



Le consentement du patient en droit de la santé

Morgan Le Goues

► **To cite this version:**

Morgan Le Goues. Le consentement du patient en droit de la santé. Droit. Université d'Avignon, 2015. Français. <NNT : 2015AVIG2042>. <tel-01267019>

HAL Id: tel-01267019

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01267019>

Submitted on 3 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

LE CONSENTEMENT DU PATIENT EN DROIT DE LA SANTÉ

Thèse pour obtenir le grade de

Docteur en Droit de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Présentée et soutenue publiquement par

Morgan LE GOUES

JURY

Madame Valérie BERNAUD

Maître de conférences-HDR à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Directeur de Thèse

Madame Guylène NICOLAS

Maître de Conférences-HDR à l'Université d'Aix-Marseille
Rapporteur

Monsieur Franck PETIT

Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse – Doyen de la faculté de droit

Madame Marthe STEFANINI FATIN-ROUGE

Directeur de recherches CNRS GERJC à l'Université d'Aix-Marseille
Rapporteur

Madame Dominique VIRIOT-BARRIAL

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Avignon, 05 juin 2015

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à remercier Madame Valérie Bernaud pour m'avoir accompagné dans cette recherche, pour sa disponibilité, ses relectures, ses conseils pertinents et sa patience.

Mes remerciements sont également adressés à l'ensemble des membres du jury qui me font l'honneur de concourir à l'appréciation de ce travail ainsi que de leur présence.

Je remercie également l'ensemble de mes proches ayant porté un intérêt particulier à la réalisation de ce projet. Notamment à ma compagne, Annabelle GRIMA, pour le soutien quotidien qu'elle a pu m'apporter. Mon père pour sa bienveillance continue, ainsi qu'à l'ensemble de ma famille, notamment mon cousin Monsieur Hervé FOURBOUL qui a suivi mon parcours universitaire avec la plus grande attention depuis le premier jour.

Je tiens également à remercier l'ensemble des personnes ayant participé activement à la correction de cette recherche, principalement Madame Mélanie FAVA pour son immense générosité.

Enfin, à défaut de pouvoir la remercier, je tiens à dédier cette recherche, ainsi que l'ensemble du travail accompli depuis le premier jour, à *ma mère* qui, malgré son absence, m'a toujours donné la force nécessaire pour avancer.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique droit administratif
AMP	Assistance médicale à la procréation
Cass. Req.	Cour de Cassation, Chambre des requêtes
CSP	Code de la Santé publique
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre sociale)
CECOS	Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Cons.	Considérant
Ed.	Edition
EHESP	Ecole des hautes études en santé publique
IMG	Interruption médicale de grossesse
IVG	Interruption volontaire de grossesse
JCP A.	Juris-classeur périodique édition administrative
JCP G.	Juris-classeur périodique édition générale
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.F.D.A	Revue française de droit administratif
R.F.D.C	Revue française de droit constitutionnel
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. Sc. Crim.	Revue de science criminelle
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen

SOMMAIRE

Partie I – Le consentement du patient : une fragile reconnaissance par les lois et la jurisprudence

Titre I – La notion de consentement du patient : des perspectives plutôt optimistes

Chapitre Premier – L’obligation d’information : élément indispensable du respect du consentement « libre et éclairé » du patient

Section I – L’évolution de l’obligation d’information

Section II- Le régime de l’obligation d’information

Chapitre Second – Le refus de soins : expression du consentement du patient

Section I – Le refus de soins : expression de la volonté

Section II – Le refus de soins, une liberté fondamentale ?

Titre II – Le consentement aux soins du patient : une réalité plutôt pessimiste

Chapitre Premier – L’intervention médicale sans consentement du patient

Section I – Le patient hors d’état d’exprimer sa volonté

Section II – L’obligation vaccinale

Section III – La « privation de liberté » en matière de soins psychiatriques

Section IV – Les pratiques médicales sans consentement sur exigences judiciaires

Chapitre Second – Le consentement médical inopérant du patient : L’exercice de la contrainte passive

Section I – Le refus de l’euthanasie active des personnes en fin de vie

Section II – Le refus d’accès à la procréation médicalement assistée

Section III – Le refus d’interruption volontaire de grossesse

Partie II – Le consentement du patient : une reconnaissance renforcée grâce aux normes supra-législatives ?

Titre I – Les droits fondamentaux en relation avec le droit subjectif à la santé, potentiels adjuvants à la reconnaissance du consentement du patient

Chapitre Premier – Les adjuvants universels au consentement médical : les droits de la personne

Section I- Le consentement aux soins et les atteintes au corps humain

Section II – La conception protectrice de la dignité humaine au secours du consentement du patient

Chapitre Second – L’adjuvant spécifique à la relation médicale privée : La liberté contractuelle comme renfort du consentement du patient

Section I – La liberté contractuelle et consentement des notions indissociables dans la relation médicale privée

Section II – L’expression du refus de soins, réification du consentement et moteur de conséquences juridiques

Titre II – Les principes constitutionnels en relation avec le « droit-créance » à la protection de la santé, potentiels obstacles à la reconnaissance du consentement du patient

Chapitre Premier – L’ordre public et les mesures restrictives de liberté en matière de consentement médical

Section I – L’ordre public et les mesures restrictives de liberté en matière de consentement médical

Section II – L’ordre public moderne : l’exportation des règles restrictives de liberté au domaine sanitaire

Chapitre Second – Le « droit-créance » à la protection de la santé obstacle autonome au développement du consentement du patient

Section I – Le caractère contraignant des « droits-créances », obstacles autonomes au développement du consentement du patient

Section II – Le droit à la protection de la santé entre « Droit-créance » et droit défensif

INTRODUCTION

Alexis Clarel de Tocqueville déclarait « *D'après la notion moderne, la notion démocratique, et j'ose le dire, la notion juste de la liberté, chaque homme, étant présumé avoir reçu de la nature les lumières nécessaires pour se conduire, apporte en naissant un droit égal et imprescriptible à vivre indépendant de ses semblables, en tout ce qui n'a rapport qu'à lui-même, et à régler comme il l'entend sa propre destinée* »¹.

Choisir et établir « *sa propre destinée* », voilà comment nous pourrions définir le terme de liberté. Pour l'auteur précité, la liberté est donc une attribution « naturelle » de l'Homme à la condition que ce dernier dispose des facultés nécessaires à sa mise en œuvre. Effectivement, l'Homme pense, réfléchit, médite afin de s'affranchir de son voisin, afin de construire son chemin. Il s'agit de l'autodétermination, au sens individuel de la notion. L'Homme est donc maître de ses actes, de ses pensées et c'est par cette maîtrise qu'il exprime sa liberté.

Néanmoins, cette liberté est-elle réalité ? Pour Baruch Spinoza « *Les hommes se trompent en ce qu'ils pensent être libres et cette opinion consiste en cela seul qu'ils sont conscients de leurs actions et ignorants des causes par lesquelles ils sont déterminés* »². Pour ce philosophe, la liberté n'est qu'une illusion. Si l'Homme peut alors avoir le sentiment de détenir une certaine liberté, ce dernier n'est alors que fiction. Pourquoi fais-je ceci ? Pourquoi fais-je cela ? Effectivement, nous pouvons légitimement penser qu'en réalité nos choix, expression d'une éventuelle liberté, sont en réalité la réponse à une certaine forme de contrainte. Qu'elles soient naturelle, morale, légale, consciente ou inconsciente, il existe plusieurs formes de contraintes qui consciemment ou inconsciemment dictent nos choix. Ainsi, sommes-nous réellement maître de notre destinée ? Sommes-nous libres de décider ce qui nous semble être le meilleur pour nous-même ? Le « meilleur » est-il une notion absolue pouvant recouvrir toutes les réalités ou est-il prédéterminé de sorte à limiter notre choix ?

Si nous laissons volontiers le soin aux philosophes de répondre à ces questions, nous, juristes, nous « contenterons » de déclarer que cette notion de « liberté » n'est pas étrangère au droit. Nous reprendrons alors la citation de Tocqueville³ qui déclare que « *Du moment où cette notion de la liberté a pénétré profondément dans l'esprit d'un peuple, et s'y est solidement établie, le pouvoir absolu et arbitraire n'est plus qu'un fait matériel, qu'un accident passager. Car chacun ayant un droit absolu sur lui-même, il en résulte que la volonté souveraine ne peut émaner que de l'union des volontés de tous* ».

Ainsi, les considérations de Tocqueville ne sont pas si éloignées de celles de Spinoza. Selon cette dernière déclaration, le premier de ces auteurs semble considérer que l'Homme n'aperçoit pas « *le pouvoir absolu et arbitraire* » constituant la contrainte car il a consenti à sa mise en place. Cette contrainte qui s'exprime à travers l'Etat est, selon Tocqueville, légitime car elle émane de la libre volonté de l'Homme, du « contrat

¹ P. Malaurie, « *Anthologie de la pensée juridique* », Saint-Amand-Montrond, Cujas, Deuxième édition, 2001, p. 195. L'auteur cite ici, Tocqueville à propos de la notion de liberté.

² B. Spinoza, « *L'Éthique* », Livre II.

³ P. Malaurie, « *Anthologie de la pensée juridique* », op. cit., p. 195.

social » selon la théorie de Rousseau. L'individu, lors de l'état de nature, a librement consenti à délivrer une partie de son pouvoir à l'Etat.

Il existe donc une dualité entre contrainte et libre volonté. Ces deux notions sont, semble-t-il, inhérentes. D'une part, il ne peut y avoir de libre volonté lorsque sur l'individu s'exerce la contrainte. Dans une autre acception, la contrainte peut être considérée comme légitime à partir de l'instant où elle a été acceptée de manière préalable à l'exercice du pouvoir contraignant. Ainsi, dans la théorie du « contrat social » de Rousseau, l'Homme a confié sa liberté à un pouvoir omnipotent en vue de sa protection par le biais d'un consentement. Ce « consentement originel » a permis d'instituer l'Etat au sommet de toutes autres entités afin que ce dernier instaure des règles permettant d'assurer la protection des individus mais, corrélativement, de supprimer une partie de leur liberté. Ainsi Carré de Malberg considérerait que seul l'Etat était en mesure de contraindre lorsqu'il déclare que « *La puissance dominatrice est le trait spécifique de l'Etat* »⁴.

Si la contrainte émane exclusivement de l'Etat, ce dernier peut-il y être soumis ? Selon le professeur Loïc Cadet « l'Etat est à la fois en dessous et au-dessus du droit ; il est dans le droit. Du droit naturel, le souverain reçoit ses fins, dont la réalisation ne peut se faire que par le biais de lois positives qu'il est en droit de faire et de défaire, mais qu'il doit respecter tant qu'il ne les a pas modifiées »⁵. C'est la théorie de l'« Etat de droit » selon laquelle, l'entité publique suprême est la seule habilitée à édicter des normes, de contraindre les individus mais également de se contraindre lui-même. Cette contrainte demeure néanmoins légitime dans la mesure où elle a été préalablement consentie. Dans son rôle de « producteur de normes », l'Etat est ainsi contraint de mettre en place une législation assurant la protection de l'individu. Cette protection est ciblée, elle concerne les « Droits et Libertés » de l'individu, ce que nous pouvons couramment appeler « Droits de l'Homme ». Effectivement, si nous partons du postulat selon lequel l'Homme a confié à l'Etat un pouvoir contraignant, au prix d'une partie de sa liberté, c'est dans l'optique de la protection des droits qui demeurent. C'est d'ailleurs pour cette raison que le doyen Favoreu considère que les « Droits de l'Homme » sont des « facultés d'agir reconnues à chaque individu, antérieurement à et au-dessus de toute institution publique ou privée »⁶.

Dans ce cadre, l'Etat est donc préposé à la protection des « Droits de l'Homme » qui sont de deux ordres. Il existe d'une part, les droits subjectifs, également appelés « droits-libertés » ou « droits défensifs ». Cette catégorie est constituée de droits inhérents de la personne humaine qui implique plusieurs obligations de la part de l'Etat. Premièrement ce dernier doit reconnaître son existence. Il est en effet impossible de

⁴ R. Carré de Malberg, « *Contribution à la théorie générale de l'Etat* », Tome I, p. 13.

⁵ L. Cadet, « *Dictionnaire de la justice* », Vendôme, PUF, 2004, p. 457.

⁶ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collection Précis, 6^{ème} édition, 2012, p. 5.

protéger quelque chose qui, pour l'autorité suprême, n'existe pas. Ce critère de la reconnaissance évite surtout la fluctuation anarchique et destructrice des droits fondamentaux. Ces derniers doivent bénéficier d'une base textuelle supra législative pour être reconnus. Une fois reconnus, ces droits subjectifs ne doivent subir aucune atteinte. L'Etat s'oblige à ne pas y porter atteinte. Parallèlement, l'Etat doit légiférer afin de rendre ces droits effectifs. Cette législation permettra à l'individu de se prévaloir de leur violation devant une juridiction afin que cette dernière l'indemnise à la hauteur du préjudice subi. Dans un « Etat de droit », l'ensemble des acteurs de la société, que ces derniers relèvent du secteur public ou privé, doivent respecter la reconnaissance des droits subjectifs de la personne et donc s'abstenir d'y porter atteinte.

D'autre part, les « droits-créances », autrement qualifiés de « droits programmatiques », de « droits sociaux » ou, dans une moindre mesure, de « droits objectifs » protègent les droits des individus par une action positive de l'Etat qui, s'autoproclame débiteur de « prestations matérielles » au bénéfice des individus. Nous y reviendrons dans notre seconde partie.

Dans cette alchimie juridique, les droits fondamentaux, qu'ils soient « droits-créances » ou « droits subjectifs », interagissent nécessairement, se concilient, se confrontent. Effectivement, il est naturel que les intérêts des individus puissent s'opposer et qu'un « conflit de normes » se dévoile. Favoreu considère que nous sommes en présence d'un « conflit de normes » lorsqu'« une même situation constitue la condition de plusieurs obligations, permissions ou interdictions et que ces conséquences ne sont pas simultanément réalisables. Il s'agit d'un conflit au sens strict ou horizontal où les normes en question ne présentent pas entre elles de différences hiérarchique »⁷. Nous verrons que dans ces situations, le Conseil constitutionnel, en particulier, s'attache à dégager des critères, des conditions afin de trouver une « issue » à ce conflit. Néanmoins, cette issue débouche nécessairement sur l'adoption d'une position qui portera *de facto* atteinte à l'une de ces normes. Certains domaines du droit sont ainsi incompatibles. Il est impossible de pleinement les appliquer de manière simultanée.

Le droit de la santé, et notamment le droit à la protection de la santé, est un « droit-créance » qui connaît de nombreux « conflit de normes ». Nous verrons tout au long de cette étude qu'il s'oppose à de nombreux principes comme la liberté religieuse, le respect de la vie privée, le principe de dignité humaine ou encore la liberté contractuelle. C'est un droit qui peut être qualifié de contraignant, car par sa nature de « droit-créance » il implique la mise en place de prestations matérielles en vue de la protection de la santé des individus. Cette protection, si elle est nécessaire, n'en demeure pas moins contraignante selon son degré de protection et selon la force que lui accorde le législateur ou encore le Conseil constitutionnel. Au plus la protection est forte, au plus la liberté de l'individu est réduite. Il ressort donc une opposition évidente

⁷ L. Favoreu, « Droit des libertés fondamentales », op. cit., p. 81.

entre le consentement qui exprime l'autonomie de la volonté de la personne et le droit à la protection de la santé qui semble alors ne pas tenir compte d'une telle liberté.

SECTION I – LE CONSENTEMENT : UNE CONCRÉTISATION DE LA LIBERTÉ DE L'INDIVIDU

La notion de consentement est complexe et ne bénéficie d'aucune définition légale positive. Nous constaterons, plus loin dans notre propos, que nous disposons en réalité d'une définition négative de ce terme. Le Code civil nous définit effectivement les cas où il n'y a pas de consentement.

Tournons-nous alors, en premier lieu, vers une définition purement littéraire de cette notion. Selon le dictionnaire « Littré », le consentement est « l'action de consentir à quelque chose » ou selon Le Grand Robert « L'acquiescement donné à un projet ; décision de ne pas s'y opposer ». Le consentement est donc la manifestation, l'expression de la volonté de la personne à une proposition qui lui est faite. Selon la deuxième définition, ce consentement peut soit être manifeste ou induit du silence de la personne, de son inaction, du défaut d'opposition.

Il résulte de ces définitions que le consentement est la concrétisation explicite ou non de la volonté de la personne. Cette volonté est donc, en principe libre et découle de la liberté de conscience de la personne. La personne est libre de penser comme elle l'entend et par voie de conséquence, d'exprimer cette dernière. Nous placerions donc cette notion de consentement, à supposer qu'il constitue un droit fondamental, dans la case des « droits-libertés », des « droits subjectifs » plutôt que dans celle « des droits-créances ». Cela pour plusieurs raisons, car la libre pensée de l'Homme est inhérente à ce dernier et que lui porter atteinte serait alors constitutif d'un préjudice et, deuxièmement, car il n'est pas logique de croire que le consentement pourrait être le fruit d'une prestation matérielle incombant à l'Etat. Cela fait donc déjà ressortir l'intérêt de notre propos et de notre étude, la dualité des deux catégories de droits fondamentaux.

Paragraphe 1 : Le consentement et le droit général

A) Le consentement, une notion pluridisciplinaire

Selon le Code civil et son article 1109, « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Il s'agit donc d'une définition négative du consentement. Néanmoins dans une analyse *a contrario*, nous pourrions dire que le consentement est l'expression de la volonté de la personne lorsque celle-ci n'a pas été exprimée par erreur ou n'est pas issue de la contrainte de la personne ou d'une tromperie.

Si nous avons défini le consentement, quelle est la valeur et la fonction de cette notion dans notre juridique ? Nous développerons cette fonction plus tard mais, nous pouvons d'ores et déjà annoncer qu'il est indispensable, en principe, à la validité d'un acte juridique. L'autonomie de la volonté qui est intimement liée à ce libre consentement se retrouve dans plusieurs matières. En effet, il est l'élément déclencheur de l'acte juridique (1), que cet acte soit civil ou administratif. Le droit semble néanmoins exclure cette notion de consentement, il s'agit du droit pénal (2).

1) L'acte juridique, le résultat du consentement

Fruit de l'autonomie de la volonté, le professeur Pierre-Yves Gadhoun déclare que le consentement est « la liberté reconnue aux individus de créer du droit par la seule volonté et en dehors des modes d'action propres à l'intérêt général. Dans ce cadre, la liberté contractuelle est souvent assimilée au principe d'autonomie de la volonté qui vise à garantir l'indépendance des personnes contractantes face à la loi. Elle est finalement un périmètre où les hommes peuvent créer librement des obligations et des contraintes juridiques sans faire appel à l'Etat »⁸.

Son acte juridique de prédilection est donc le contrat. Envisagé principalement par le droit civil des obligations, le consentement est donc l'outil indispensable de la création et de la formation du contrat. Néanmoins, le droit de la santé est-il exclusivement fondé sur la relation contractuelle ? Nous verrons dans cette étude que l'individu ne se lie pas exclusivement aux soins *via* le contrat. Lorsque l'individu recourt aux soins hospitaliers, il est alors considéré non pas comme un cocontractant mais comme un usager du service public. Pour autant, l'échange des volontés entre l'administration hospitalière et le malade constitue un acte juridique au sens où cette relation crée des effets de droit.

Ainsi, le professeur Brenner considère que « Les actes administratifs obéissent à un régime juridique à de nombreux égards différent de celui de droit commun qui est applicable aux actes civils »⁹. Pour cet auteur, il est difficile d'entreprendre une distinction claire entre ces différents régimes concernant l'acte juridique dans la mesure où les personnes publiques peuvent établir des actes relevant du droit privé et inversement concernant les personnes privées. En réalité, le débat de la distinction ne se pose pas ici. Notons simplement que lorsque l'individu a recours à la médecine privée, à la médecine libérale, la relation établie relève du droit privé et de la compétence du juge judiciaire et que lorsque le malade est un usager de l'administration hospitalière la relation se situe sur le terrain du droit public et de la compétence du juge administratif. Ainsi, la responsabilité pouvant découler de l'acte juridique sanitaire a cette

⁸ P-Y. Gadhoun, « Liberté contractuelle », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°1350 du 31 décembre 2008.

⁹ C. Brenner, « Acte juridique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2013.

particularité de pouvoir être recherchée devant le juge judiciaire et devant le juge administratif.

Notons d'une manière générale que « les actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit »¹⁰. Ainsi, les effets de droit sont, toujours selon le professeur Claude Brenner, la cause et le but recherché par les différentes volontés créant l'acte¹¹. Ainsi, dans une donation l'effet de droit recherché est le transfert de propriété à titre gratuit. Dans la convention médicale, l'effet de droit recherché est l'atteinte à l'intégrité physique de l'individu en vue de la protection de sa santé.

Cette conception des effets de droit et donc de la contrainte s'oppose aux considérations préalablement énoncées, notamment celles de Carré de Malberg selon lesquelles seul l'Etat n'est disposé à créer du droit. Ainsi l'auteur se référant au doyen Duguit¹² explique que pour ce dernier, la possibilité pour les individus de pouvoir créer des effets de droit n'est qu'une « modification de l'ordonnement juridique ». Le contrat est donc d'une exception au principe selon lequel seul l'Etat est en mesure de pouvoir créer du droit. Seulement nous pouvons considérer que la théorie du positivisme de Carré de Malberg est en réalité appliquée. En réalité, si les individus entre eux peuvent créer du droit, ce n'est que par la « permission » de l'Etat. Ainsi, l'Etat encadre et réglemente cette liberté fixant des limites à ladite liberté de créer du droit. C'est pour cette raison par exemple, qu'il ne peut être établi d'acte juridique qui soit contraire à l'ordre public.

De ce fait, la volonté de l'individu ou de l'administration de concevoir des actes juridiques se heurte aux impératifs sociaux qui sont exprimés, en général, par la protection de l'ordre public. Les auteurs d'actes juridiques ne disposent pas d'une totale liberté en la matière, le consentement ne pouvant transiger l'ordre public.

2) Le consentement exclu de la législation pénale ?

La matière qui caractérise le mieux la protection de l'ordre public est le droit pénal. Constitué de règles répressives plus ou moins contraignantes, il tend à protéger des impératifs sociaux de premier ordre. L'Etat fait apparaître à travers lui son aspect le plus coercitif, la sanction de l'individu. En effet, faisant plus que dicter des comportements, il envisage de sanctionner tout abus au nom de la société, en son propre nom. S'attachant notamment à la protection de la propriété mais également de la santé, du corps ou de la vie de la personne, il compile un ensemble de règles auquel le droit de la santé n'est pas étranger. Nous avons parsemé tout au long de notre discours des exemples frappants de recours éventuels à la loi pénale en matière médicale.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

Est-il alors possible d'intégrer une notion tel que le consentement en droit pénal, matière protectrice de l'ordre public ? Pour le professeur Philippe Salvage « Le droit pénal est par hypothèse un droit d'ordre public sur lequel les volontés particulières ne sauraient produire des conséquences. La question n'est pourtant pas aussi déplacée qu'il y paraît »¹³.

Nous épargnerons les liens qu'il peut y avoir entre la notion de consentement et le procès pénal pour ne retenir que les liens établis entre la notion de consentement et le fond de cette matière. Ces liens étant bien plus intéressants pour notre propos. En l'occurrence, la question est de savoir si la victime d'une atteinte quelconque contre sa personne peut librement consentir à cette atteinte dans le dessein de réfuter la responsabilité de son auteur ? Selon cet auteur¹⁴, mais aussi pour l'ensemble de la doctrine, il ne peut y avoir, en principe de consentement à l'infraction de la part de la victime, du moins pas de nos jours. Effectivement, au temps de la « vengeance privée » ou de la « justice privée », il était loisible pour la victime de déterminer si l'auteur du dommage était coupable, responsable de sorte à déterminer, seule, la réponse à apporter à cette atteinte. Le sort de l'auteur était donc exclusivement dépendant de la volonté de la victime et échapper, de fait, à tout contrôle étatique. Ces considérations archaïques n'ont plus lieu d'être aujourd'hui dans la mesure où seule l'Etat peut contraindre. Il est donc nécessaire l'autorité publique doit disposer, de manière exclusive, du pouvoir de sanction. En revanche, le consentement de la victime n'est pas une notion étrangère de notre droit. Il est possible de se demander si même entre les mains de l'autorité judiciaire, le consentement de la victime aux atteintes qu'elle subit permet d' « irresponsabiliser » l'auteur de ces atteintes ? Autrement dit, le consentement de la victime à l'infraction permet-il de constituer un fait justificatif d'irresponsabilité pénale ?

Nous aurions tendance à répondre exclusivement par la négative. Le droit pénal, s'il protège ou incarne l'ordre public ne saurait être conditionné en fonction du consentement de la victime. La justice pénale rend des décisions non pas au nom de la victime mais au nom de la société ; elle répare donc un trouble à l'intérêt général à travers l'intérêt particulier de la victime qui ne saurait néanmoins le surpasser. Pourtant le professeur Salvage estime que la question mérite d'être posée¹⁵.

Si le consentement ne peut outrepasser l'ordre public, il peut néanmoins le moduler. Ainsi comme le souligne l'auteur, le consentement de la victime peut être un « *obstacle à l'exercice des poursuites* »¹⁶. Ainsi, comme il le souligne concernant le viol, l'acte sexuel ne peut plus être qualifié de la sorte lorsqu'il est consenti. Le consentement détermine alors la qualification d'un acte qui, d'un point de vue de sa matérialité, est identique. La même logique peut ainsi être appliquée en matière de secret professionnel.

¹³ P. Salvage, « Le consentement en droit pénal », RSC 1991, p. 699.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

Le consentement n'est alors pas un fait justificatif mais un obstacle à la constitution de l'infraction.

Le fait justificatif, lui, n'intervient qu'après la réalisation de l'infraction. Il peut, en certaines circonstances, être retenu. Monsieur Salvage considère alors qu'en certains domaines, par exception au principe, le consentement de la victime peut constituer un fait justificatif. Il s'appuie alors sur l'exemple du domaine médical¹⁷. Il déclare que « Depuis fort longtemps on admet que des infractions puissent être commises dans la pratique de sports violents et l'on fonde la justification de celles-ci sur le consentement des protagonistes. Il en va de même dans l'exercice de l'art médical où l'on justifie les infractions que le médecin commet par le consentement que lui donne le patient lors de la formation du contrat. Toutefois de nombreux auteurs, dans un cas comme dans l'autre, précisent que le consentement de la victime n'est susceptible de jouer un tel rôle que parce que la loi ou la coutume le permettent »¹⁸.

Parmi ces membres de la doctrine se trouvent les professeurs Merle et Vitu¹⁹. Nous serons davantage d'accord avec ces derniers. Effectivement, le droit médical tolère de nombreux actes qui seraient, sans cette réglementation, susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale. S'agit-il alors du consentement comme fait justificatif? Il semblerait plutôt qu'il s'agisse de la loi, constituant un autre fait justificatif bien plus solide et admis que celui du consentement de la victime. Ainsi l'article 122-4 du Code pénal dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». En outre, notons également que l'article 16-3 du Code civil découlant de la législation relative à la protection humaine tolère de telles atteintes dès lors qu'elles revêtent un caractère médical, qu'elles reposent sur un « intérêt médical ». Le consentement de la personne devra alors, toujours selon cette disposition, être recherché.

B) Le consentement au carrefour du droit

Nous développerons cela tout au long de notre étude mais nous pouvons d'emblée annoncer que le consentement est omniprésent dans l'ensemble du droit. Que de ce consentement peut découler plusieurs exigences comme l'obligation d'information ou le droit du refus de soins (en matière médicale) ou d'un renforcement de sa protection par l'établissement d'un formalisme spécifique, le consentement de la personne est une notion phare de notre droit. De lui ou par lui découle d'innombrables conséquences. Notons par exemple que par la négation de ce consentement, nous négligeons certains droits fondamentaux de la personne que nous exposerons plus loin. Par la négation de ce consentement, nous contraignons la personne. Cette contrainte,

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ R. Merle et A. Vitu, « Traité de droit criminel, Procédure pénale », 4^{ième} édition, Tome I, n°449.

par essence, soumet la personne et dénigre sa qualité d'être humain. Elle peut donc conduire sur la violation de sa dignité, le droit fondamental par excellence.

Paragraphe 2 : Le consentement et le droit médical

Par principe, l'acte médical est un acte juridique. Il crée des effets de droit. Il implique principalement pour le professionnel de santé de prodiguer des soins « consciencieux et conformes aux données acquises de la science ». Ainsi, la Première chambre civile de la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 05 mars 2015²⁰ que « *l'obligation, pour le médecin, de donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science comporte le devoir de se renseigner avec précision sur son état de santé, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé* ». Cette obligation de soins conformes se retrouve également devant le Conseil d'Etat. Notons par exemple un arrêt du 23 octobre 2013²¹ où le juge administratif a considéré que l'utilisation d'un « magnobipulse » relevant de la magnothérapie était contraire à ladite conformité.

Dans le cadre de cet acte juridique, le patient détient une position plus passive que le professionnel de santé. Son obligation ne se limitant qu'au paiement des honoraires en matière libérale. Dans le domaine hospitalier, le patient ne fait pas l'avance des frais de santé, ces derniers pouvant même être financés de manière indirecte par le biais d'assurances complémentaires.

Si la relation médicale est un acte juridique il s'attache donc au consentement et à la volonté des parties qui s'y intéressent. Concernant le lien qui peut exister entre le consentement et la pratique des soins, nous n'y répondrons pas pour l'instant, il s'agit de l'objet de cette étude. On se bornera donc à effleurer cette problématique en évoquant la notion de consentement aux soins en droit comparé, et de présenter les normes internationales la concernant.

A) La notion de consentement médical en droit comparé

Cette thèse n'est pas une étude de droit comparé. Néanmoins, nous présenterons tout au long de cette étude des exemples de droit comparé afin de prendre du recul. Nous avons choisi pour cela plusieurs pays comme le Canada, l'Espagne, la Suisse, la Belgique, le Luxembourg, l'Italie, le Portugal, l'Allemagne ou encore l'Équateur. Les pays choisis auront pour objectif de démontrer un certain contraste avec la législation française. Ce contraste aura pour ambition de démontrer si la France adopte une politique plus ou moins libérale en matière de santé. Permet-t-elle par exemple, comme l'Espagne, la possibilité pour toutes les femmes de recourir à une « assistance médicale à

²⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 05 mars 2015, n°14-12.292.

²¹ Conseil d'Etat, Quatrième sous-section jugeant seule du 23 octobre 2013, n°349882.

la procréation » ? Permet-elle comme l'Espagne d'avoir recours à la « gestation pour autrui » ? L'interruption volontaire de grossesse est-elle envisagée de la même manière en France qu'en Belgique où elle figure au sein du Code pénal ? La personne de confiance joue-t-elle le même rôle au Canada qu'en France ? La Constitution italienne envisage-t-elle le droit à la santé de la même manière qu'en France ? Les « droits-créances » obéissent-ils aux mêmes règles en Allemagne ? L'étude comparée aura donc vocation à mettre en perspective le droit français au sein d'un panel de pays arbitrairement selon l'intérêt de la distinction ou des similitudes.

Nous commencerons donc par le droit canadien et plus particulièrement par le Code civil québécois qui entreprend cette problématique dans ses articles 10 et suivants. Selon ces dispositions, il ne peut être porté atteinte à l'intégrité physique de la personne sans que cette dernière n'ait consenti de manière « *libre et éclairée* » (article 10). Cet article fait office d'introduction à l'ensemble des dispositions suivantes qui concerne, en particulier, « *les soins* ».

D'une manière générale, il est impossible au Québec, selon l'article 11 dudit Code, de pratiquer des soins sans le consentement de la personne. Cette notion de soins est large et concerne tant les actes de prévention, d'investigation ou les actes curatifs. Cette exigence légale semble néanmoins souffrir d'une exception résultant de « *l'urgence* ». Selon l'article 13, alinéa 1, « *En cas d'urgence, le consentement aux soins médicaux n'est pas nécessaire lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utiles* ». Le législateur québécois semble donc privilégier la santé ou la vie de l'individu sur l'obtention d'un consentement. Néanmoins, se dégage une autre condition implicite qui, comme nous le verrons, s'attache à la notion d'« *urgence* », il s'agit de « *l'impossibilité* ». Le législateur prend le soin de préciser que cette autorité du corps médical n'est valable se fonde sur le *l'impossibilité* pour la personne d'exprimer sa volonté.

Concernant le mineur, en matière de santé il incombe au « titulaire de l'autorité parentale ou au tuteur » de consentir pour l'enfant selon l'article 14 du même Code. Cette règle se limite, selon l'alinéa 2, à l'âge du mineur qui peut dès « *14 ans* » consentir seul à un acte médical.

Enfin, lorsque l'acte de soins n'est recouvert d'un « intérêt médical » le consentement est renforcé par l'exigence d'un formalisme selon l'article 24 du Code civil québécois. Cette disposition vient alors nous informer, de nouveau, sur les considérations du législateur. Si le consentement de la personne est « *minoré* » lorsque se manifeste un « intérêt médical » cela signifie donc que ce dernier prime ledit consentement. Que lorsque l'atteinte au corps humain s'opère sans « intérêt médical » particulier, alors le consentement de la personne est « *majoré* » afin de légitimer la pratique d'un tel acte médical.

De nombreux Etats semblent lier ces notions de consentement et de santé. Ainsi, la loi organique de santé²² d'Equateur consacre dans son article 7 le principe du consentement. Selon cette disposition, le consentement par écrit de la personne qui recourt aux soins permet d'établir l'autonomie de sa volonté. Nous retrouvons une trace de ce « consentement », en matière de « santé reproductive » à l'article 23 selon lequel « *Les programmes et services de planification familial garantissent le droit des hommes et des femmes pour décider de manière libre, volontaire, responsable et autonome, sans contrainte, violence ou discrimination sur le nombre d'enfants qu'ils peuvent procréer, maintenir et éduquer, dans l'égalité des conditions, sans nécessité du consentement de tierces personnes...* ».

D'autres références au consentement apparaissent dans cette loi. Notamment en matière de don d'organe. Selon l'article 83, il est alors impossible de prélever des organes sur une personne décédée sans que cette dernière ait exprimé une volonté contraire de son vivant. Le consentement exprimé doit être renforcé par l'exigence d'un formalisme en matière de recherches biomédicales. Selon l'article 208 de cette loi, la personne doit consentir par écrit à la pratique de telles recherches.

En Espagne, le consentement médical est réglementé par la loi n° 41/2002 du 14 novembre 2002. Son article 8 dispose que « Tout comportement dans le domaine de la santé » nécessite l'expression d'un « consentement libre et volontaire » de la part du patient.

L'article poursuit en définissant les critères d'un tel consentement. Si par principe un tel consentement est exprimé de manière verbale, il existe des situations où l'écrit est exigé. L'écrit est de mise lorsque l'intervention peut être qualifiée de « chirurgicale », lorsque l'acte de diagnostic ou thérapeutique est « invasif » ou lorsque l'intervention entraîne des risques connus et « prévisibles » affectant la santé du patient. Toujours selon cet article, le consentement du malade est révoquant à tout instant.

Le droit étranger établit un lien étroit entre le consentement et l'application des soins. Le point commun de l'ensemble de ces législations est la recherche de l'autonomie de la personne face à l'offre de soins. Si l'acte médical est le résultat d'un acte juridique, c'est qu'il met en pratique l'expression de la volonté des différentes parties à l'acte. Le consentement étant un principe, il souffre, d'après cette analyse d'exceptions. Ainsi, le consentement sera plus ou moins renforcé en fonction des situations. Ainsi, sera privilégié, d'une manière générale, la vie de la personne ou la protection de sa santé, de celle d'autrui au détriment dudit consentement. Les législations seront donc plus ou moins restrictives ou libérales, accordant alors une place plus ou moins importante au consentement de la personne. Lorsqu'un réel « intérêt médical » du soin est reconnu, le consentement de la personne sera globalement minoré. Au contraire, lorsque « l'intérêt médical » s'estompe, la place du consentement augmentera corrélativement jusqu'à une certaine limite. La limite étant la pratique d'actes prohibés, par leur nature, en raison de

²² Ley organica de salud, Ley n°67, 22 de diciembre del 2006.

l'ineffectivité du consentement de la victime. Ce dernier ne constituant pas, comme nous l'avons vu, un fait justificatif. L'acte prohibé étant une violation de l'ordre public, il est alors logique qu'un tel consentement ne puisse l'anéantir. Cet ordre public diffère selon les Etats, selon les « Nations ». Cette modulation de l'ordre public influe les règles relatives au consentement et permet de constater des variations entre chaque Etat.

Cette reconnaissance étrangère et nationale du consentement médical est le fruit d'une prise de conscience sur le plan international. Notamment par l'élaboration de textes ayant vocation à protéger l'individu suite au constat désastreux qu'a suscité la seconde guerre mondiale.

B) L'impulsion du droit international dans la reconnaissance d'un consentement médical

C'est évidemment suite aux atrocités de la seconde guerre mondiale que les principaux textes internationaux instaurant le respect de l'autonomie de la personne furent adoptés. Les médecins de l'armée nazie ont effectivement procédé à différentes expériences sur l'individu dans les différents camps de concentration ou d'extermination. Notons à titre d'exemple qu'il a été testé sur l'Homme, sa résistance à l'administration de différents virus mortels comme le typhus, la tuberculose, la malaria, que plusieurs actes médicaux mutilants ont asservi l'être humain et l'ont rétrogradé au rang de « chose », de cobaye.

Pour le professeur Annick Dorsner-Dolivet, « le jugement, rendu en août 1947, par cette juridiction (le Tribunal de Nuremberg) établit une dizaine de règles considérées comme indispensables à la réalisation d'expérimentations médicales sur l'homme »²³. C'est ce jugement qui a inspiré les principes établis dans le Code de Nuremberg. Ce Code énonce un ensemble de principes qu'il est nécessaire d'appliquer en matière de recherches biomédicales. Son premier article dispose qu'« *Il est absolument essentiel d'obtenir le consentement volontaire du malade* ». L'ensemble des dispositions suivantes a pour objectif exclusif de protéger l'être humain contre toute forme d'asservissement médicale ou biomédicale.

Sans doute, une nouvelle fois, en mémoire des atrocités nazies le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, indique dans son article 7 que « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ». Ledit Pacte va plus loin, bien plus loin que le Code de Nuremberg. Selon ce texte, l'expérimentation scientifique ou médicale exercée sur l'Homme peut véritablement constituer une « *torture* », « *un traitement cruel, inhumain ou dégradant* » lorsqu'elle n'est pas consentie.

²³ A. Dorsner-Dolivet, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », RFDA 2003, p. 528.

En lisant entre les lignes nous pouvons également considérer que la servitude de la personne, en ce domaine, constitue une atteinte à la dignité humaine. Nous pouvons penser cela en nous appuyant sur l'adjectif utilisé par le Pacte. Il parle d'actes « *inhumains* ». Si un acte est « inhumain », alors il dénigre la qualité d'être humain de l'individu asservi et porte alors atteinte à sa dignité. Deuxièmement, cette expression nous fait vaguement penser aux dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce fondement sert aux juges européens pour condamner les atteintes à la dignité humaine comme nous le verrons plus loin. Notons que la contrainte ne concerne à cette époque que les expérimentations, les recherches biomédicales. Nous ne sommes pas encore au stade de la reconnaissance d'un consentement général à tout acte médical.

Concernant la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, également appelée « Charte d'Amsterdam » de 1994, elle consacre un paragraphe 3, relatif au consentement. Il énonce d'une manière générale qu'« *Aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement éclairé préalable du patient* ». Ce texte généralise le consentement à l'ensemble des actes médicaux et non plus aux seules recherches biomédicales. La Déclaration dégage également une prérogative qui découle du droit au consentement. Il s'agit du « droit au refus de soins » qui permet au patient de refuser le traitement d'une manière initiale ou de pouvoir « l'interrompre » à tout instant.

En outre, le consentement est désormais associé à un adjectif. Il s'agit alors « *du consentement éclairé* » que nous retrouverons et analyserons plus loin. Notons simplement que ce consentement « *éclairé* » implique le respect du consentement de la personne qui est en pleine possession des moyens lui permettant de consentir. La personne doit alors être informée de l'ensemble des aspects de l'acte médical.

Deux autres textes peuvent être ajoutés à cette liste. Il s'agit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention d'Oviedo.

Concernant la première des deux, elle constitue un nouveau « catalogue » des droits de l'individu. Pour le professeur Valérie Michel²⁴, cette Charte démontre la volonté de l'Union européenne d'étendre ses « domaines de compétences » aux droits fondamentaux et ainsi concurrencer ou compléter la Convention européenne. Le professeur Dutheil de la Rochère²⁵ considère que la Charte des droits fondamentaux s'adresse en particulier aux Etats « *qui mettent en œuvre le droit de l'Union* » selon l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 avril 2000²⁶. Cela signifie donc que ce texte n'a pas comme vocation première de constituer des droits subjectifs pour les individus. Néanmoins, avant l'élaboration du Traité de Lisbonne, cette Charte

²⁴ V. Michel, « Droits de l'homme », Répertoire de droit européen, Dalloz, aout 2007.

²⁵ J. Dutheil de la Rochère « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », JurisClasseur Libertés, Fascicule n°160 du 02 février 2010.

²⁶ CJCE du 13 avril 2000, n°C-292/97, « *Affaire Kjell Karlsson* ».

n'avait pas de caractère « contraignant » comme le rappelle l'auteur²⁷. N'étant liée et intégrée dans aucun traité, il était impossible pour elle de recouvrir une certaine force contraignante. Il aura fallu attendre l'adoption du Traité de Lisbonne pour que la Charte soit reconnue par celui-ci en son article 6 TUE selon lequel « *L'Union reconnaît, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ». Désormais, la Charte de l'Union dispose d'une véritable valeur et force juridique.

Concernant les règles qu'elle défend en rapport avec le consentement médical, notons que l'article 3, §2, a) dispose que « *le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi* » doit être respecté « *Dans le cadre de la médecine et de la biologie...* ». Cette règle laisse donc une certaine autonomie en la matière au législateur. Elle reprend néanmoins cette notion de « *consentement éclairé* » sans pour autant la définir. En outre, elle n'évoque pas la question du « refus de soins » comme l'avait fait la « Charte d'Amsterdam ». Nous pouvons donc regretter, comme le professeur Dutheil de la Rochère, que cet article n'emploie qu'une « formule semi-développée »²⁸.

Bien plus développée, la 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* », dite « Convention d'Oviedo » se spécialise pour proclamer les droits du patient. Datant du 04 avril 1997, elle n'a été ratifiée par la France que tardivement après la loi du 07 juillet 2011²⁹ donnant autorisation pour ce faire. Un tel retard s'explique selon le professeur Mireille Bacache³⁰ par une crainte du législateur français de voir sa compétence bridée « *dans un domaine où les évolutions scientifiques et technologiques sont rapides* »³¹.

Désormais, la Convention recouvre une valeur supra-législative faisant de son contenu des « droits fondamentaux » auxquels le législateur ne peut plus porter atteinte. L'auteur considère en effet que la ratification « a pour effet de lier le législateur français pour l'avenir sur les questions traitées par la Convention. Ayant une autorité supérieure à celle des lois, la Convention interdit désormais tout retour en arrière en matière de protection des droits de l'homme à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Ensuite, elle légitime le renforcement de la sanction de la violation des droits garantis par la Convention. L'élévation de la norme justifie la recherche d'une sanction plus efficace, comme en témoigne la jurisprudence relative au droit à l'information »³². Cette Convention a-t-elle donné l'impulsion d'une législation plus protectrice en France ? Nullement, dans la mesure où à l'heure de sa ratification de nombreux principes, qu'elle

²⁷ J. Dutheil de la Rochère « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », JurisClasseur Libertés Fascicule n°160 du 02 février 2010.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Loi n°2011-814 du 07 juillet 2011 « relative à la bioéthique ».

³⁰ M. Bacache, « Convention d'Oviedo », RTD civ. 2012, p. 785.

³¹ Assemblée Nationale, « Rapport au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique », n°3403 du 11 mai 2011, p. 20.

³² M. Bacache, « Convention d'Oviedo », *op. cit.*

consacre, étaient déjà reconnus et appliqué dans le même sens que cette Convention. Notons en ce sens un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 09 octobre 2001 où elle considère que si « *un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »³³.

Concernant le consentement *stricto sensu*, le Chapitre II s'intitule « *Consentement* » et détermine l'ensemble des règles qui tendent au respect d'une telle notion. Ainsi, l'article 5 dispose qu'il est nécessaire pour pratiquer un acte médical, d'obtenir de la personne un consentement « *libre et éclairé* ». Il est donc ajouté au « *consentement éclairé* », l'adjectif de « *libre* ». Cet adjectif désigne le besoin pour la personne de ne pas subir de pression ou de ne pas faire l'objet d'une tromperie pour consentir aux soins. Selon ce texte, le consentement peut être ignoré lorsqu'en cas d' « *urgence* », la personne nécessite une intervention « *indispensable pour le bénéfice de sa santé* ». En outre, la Convention exige un consentement renforcé par l'établissement d'un écrit en matière de « *prélèvements d'organes* », de « *recherches* ».

Nous reviendrons plus tard sur la réelle effectivité d'une telle Convention. Soulignons seulement qu'aujourd'hui, aucune décision du juge administratif ou judiciaire n'a été rendue sur la motivation de cette convention.

Le consentement, expression de la volonté et de l'autonomie de la personne est donc largement envisagé par les législations étrangères ou le droit international. Il est évident que si le soin est constitué par un acte juridique, que ce dernier ne puisse exister que par l'expression d'un consentement, véritable matérialisation de la liberté, au sens large, de l'individu. Nous pouvons également constater qu'il existe un lien évident entre la notion de « *consentement* » et celle de « *dignité* » à travers l'analyse de la Convention d'Oviedo. Le consentement de la personne aux actes médicaux a pour but de préserver la dignité de l'individu, d'éviter toute contrainte qui pourrait être néfaste pour la sauvegarde d'une telle notion. Pour le professeur Olivier Guillod, « *La théorie du consentement libre et éclairé du patient a surgi presque simultanément dans la jurisprudence de plusieurs pays européens et aux Etats-Unis au début des années 1960. Malgré des origines et des justifications partiellement différentes des deux cotés de l'Atlantique, c'est la conception libérale qui s'est imposée dans la plupart des pays d'Europe continentale, malgré une certaine résistance dans les quelques nations, surtout latines* »³⁴.

Ce consentement aux soins a donc permis à la personne de s'affranchir du pouvoir contraignant que représentait l'ordre médical. Ainsi le professeur Leca et Caroline Berland-Benham, maître de conférence, attestent que l'émergence du

³³ Cour de cassation, Première Chambre civile du 09 octobre 2001, n°00-14.564.

³⁴ O. Guillod, « *Le consentement dans tous ses états* » in « *Consentement et santé* », Millau, Dalloz, collection « *Thème et commentaire* », 2014, p.1.

consentement se fit tardivement³⁵. Le progrès scientifique, impliquant corrélativement une coercition importante, il était nécessaire que le législateur intervienne afin de protéger les droits subjectifs de l'individu. Il n'en demeure pas moins, encore aujourd'hui, que le « droit-créance » à la protection de la santé est un droit contraignant.

SECTION II – LE « DROIT-CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ, LA CONTRAINTE MÉDICALE ANTAGONISTE AU CONSENTEMENT DU PATIENT

Le droit à la protection de la santé de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « *Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Notons avant toute autre considérations, que le droit à la santé à cette originalité de concerner autant le droit civil des obligations que le droit administratif, voire le droit pénal. Pour les professeurs Moreau et Truchet, « médecins et malades sont liées, en médecine libérale, par un contrat civil d'une nature spécifique »³⁶. Ils ajoutent, concernant la médecine privée, qu'il s'agit d' « un contrat synallagmatique, comportant pour le médecin l'obligation d'informer le malade, de le conseiller, de recueillir son consentement et de donner des soins, et pour le malade de renseigner ce médecin, dans la mesure où il le peut, sur ses antécédents et son état et de verser les honoraires »³⁷. Concernant la médecine publique ou hospitalière, la personne ayant recours aux soins est considéré comme « usager de service public ». Selon ces mêmes auteurs, « la personne qui vient recevoir des soins un établissement d'hospitalisation public est placé juridiquement dans la situation d'un usager de service public »³⁸. Ils ajoutent qu' « Il ne se trouve pas une situation contractuelle, comme on l'a naguère pensé, mais dans un situation statutaire (...) Cela signifie qu'il est soumis à un régime juridique préétabli. IL dispose des droits et des possibilités de recours, et se voit imposer les obligations qui résultent d'une part des principes généraux applicables à tout usager de service public, d'autre part des textes applicables à l'établissement où il se trouve et qui régissent l'organisation et le fonctionnement du service. Il ne peut pas prétendre déterminer par accord avec l'établissements des modalités propres de relations avec ces dernier »³⁹. Cela signifie donc que les litiges se dérouleront tantôt devant le juge judiciaire, tantôt devant le juge administratif selon l'espèce.

³⁵ A. Leca et C. Berland-Benhaim, « Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique », in « *Consentement et Santé* », op. cit., p. 23.

³⁶ J. Moreau et D. Truchet, « *Droit de la santé publique* », Lonrai, Dalloz, Collection « Mémentos », 4^{ième} édition, 1997, p.191.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 194.

³⁹ *Ibidem*.

Ce « droit-créance » implique donc une obligation positive de la part de la « Nation », de l'Etat. Elle consiste en la mise en place d'un ensemble de prestations matérielles assurant à l'individu un accès total aux techniques lui permettant de préserver sa santé mais également dans l'établissement d'une législation protectrice qui s'applique de manière uniforme à la médecine libérale et à la médecine publique. Néanmoins, cette conception du « droit-créance » à la santé n'est pas la seule à se dégager dudit alinéa 11 du Préambule de 1946. En effet, le juge constitutionnel a déduit de cette norme qu'elle recouvrait également un véritable « droit subjectif » à la santé. Ce dernier implique, selon le régime des droits subjectifs, que nul, pas même l'Etat, puisse porter atteinte à la santé des individus. Nous avons choisi de ne pas traiter de cette conception pour l'instant afin la développer plus loin dans notre propos. A cette occasion, nous la confronterons donc au « droit-créance » à la santé, notion que nous allons développer, dans un premier temps (Paragraphe 1) avant d'étudier sa conséquence principale, le libre accès aux soins (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La conception du droit à la santé en tant que « droit-créance »

Le « droit-créance » à la protection de la santé est pleinement reconnu en droit international. Ce dernier semble d'ailleurs y être attaché. Nos voisins européens, dans leur Constitution évoquent également un tel droit (A). Cette étude nous permettra donc de faire un parallèle avec le droit à la protection de la santé tel qu'il est reconnu en France (B).

A) La reconnaissance internationale du droit à la protection de la santé

Cette reconnaissance internationale du droit à la santé s'entend donc du droit international *stricto sensu* (1), mais également du droit comparé (2). Nous constaterons que certaines Constitutions comme celle de l'Espagne ou du Portugal trouvent leur originalité en ce qu'elles mêlent le droit à la santé au droit environnemental (3).

1) La reconnaissance du droit à la protection de la santé par le droit international

Bon nombre de Déclarations ou de Pactes reconnaissent l'existence d'un tel droit. Parmi ceux-là il sera intéressant de commencer par la « Constitution » de l'Organisation mondiale de la santé adoptée par la Conférence internationale de la Santé, à New-York du 19 juin au 22 juillet 1946. Ce texte s'adresse à l'ensemble des Etats l'ayant signé. Selon l'OMS donc, la santé est « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». Les « *Etats parties* » doivent alors tout mettre en œuvre afin de parvenir à cet état de santé optimal. Bien évidemment, il s'agit d'une obligation de moyens et non résultat, nous développerons cela plus tard.

Ensuite, la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴⁰ qui énonce en son article 25-1 que : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* ».

Ce texte se rapproche en plusieurs points de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Le premier juxtapose un ensemble de droits sociaux qui impliquent une action positive de l'Etat afin que ce dernier permette d'élever le « niveau de vie » des individus. Néanmoins, ce texte semble visiblement dépourvu de tout caractère contraignant. C'est que confirme le professeur Lise Casaux-Labrunée qui reconnaît qu'il ne s'agit, ici, que de recommandations et souligne le caractère « non contraignant » de ladite Déclaration⁴¹.

Le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels⁴², dispose en son article 12-1, à propos de la santé, que : « *Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle est capable d'atteindre* ». Contrairement au texte précédent, ce texte consacre directement le droit à la santé. L'article de la Déclaration évoque la santé des individus comme étant un moyen d'atteindre un niveau de vie respectant la dignité de la personne humaine. Au contraire, ce dernier proclame le droit d'atteindre un « *bien-être physique et mental* » maximal et donc imposant aux Etats ayant adhéré à ce texte (en 1980 pour la France) de mettre en place les dispositifs nécessaires afin d'atteindre ce résultat.

Ce texte, ainsi que la Charte de l'OMS font de la santé une fin et non un moyen comme la Déclaration universelle des droits de l'homme, imposant donc aux Etats d'assurer la mise en place, le contrôle et le financement des dispositifs médicaux à la destination de tous.

Au niveau européen, la Charte sociale vise également la santé comme un droit, comme un objectif à atteindre de la part des Etats concernés. Cette Charte a été transposée en droit interne par un décret du 4 février 2000⁴³, ce qui démontre sa force juridique ainsi que la considération des Etats pour les droits qui y sont consacrés. La santé étant en corrélation avec la vie, droit également largement garanti, doit faire l'objet d'une attention particulière. Elle prévoit notamment à l'alinéa 11 de la Première partie que « *Toute personne a le droit de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre* ».

En outre l'article 11 de la seconde Partie, s'intitulant « *Droit à la protection de la santé* » dispose qu' « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé,*

⁴⁰ Article 25-1 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 à Paris par les 58 Etats qui constituaient l'Assemblée générale.

⁴¹ L. Casaux-Labrunée, « Le droit à la santé », in « *Libertés et droits fondamentaux* », Lonrais, Dalloz, Collection CRFPA, 2009, p.774

⁴² Article 12-1 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels du 16 décembre 1966

⁴³ Décret n°2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne faite à Strasbourg le 3 mai 1996

les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment à éliminer, dans la mesure du possible, les cases d'une santé déficiente (1) ; à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé (2) ; à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres, ainsi que les accidents (3) ». D'autres dispositions sont relatives à la santé, notamment dans le domaine du travail (article 3 et 22) en matière de logement (article 23).

L'Union européenne, quant à elle, s'intéresse à la protection de la santé des individus à travers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁴ précitée à propos du consentement médical. En effet, son article 35, intitulé « *Protection de la santé* », énonce que : « *Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* ».

Au delà du fait que la Charte s'efforce de rappeler que le principe de santé est universel, cette dernière précise que la santé est un droit, non seulement d'un point de vue curatif mais également préventif. L'accès à la santé doit être facilité pour la personne souhaitant soigner un mal, tout comme la personne souhaitant le prévenir.

Elle laisse, néanmoins, une certaine autonomie aux Etats membres dans les méthodes pratiquées afin d'atteindre, au mieux, ce résultat ; ce qui laisse pressentir que la santé est une fin et non pas un moyen. Tout comme les textes préalablement cités, la Charte de l'Union considère la santé comme l'objectif à atteindre et intéressant toutes « *les politiques et actions de l'Union* ».

L'ensemble de ces dispositions appelle donc, d'une manière plus ou moins contraignante, les Etats parties à instaurer des moyens matériels en vue de la protection de la santé des individus. Ces Etats devront donc financer, organiser et réglementer l'ensemble des outils envisagés afin que les individus puissent en bénéficier au maximum. Ce droit à la protection de la santé est également largement envisagé dans les Constitutions de nos voisins européens.

2) La reconnaissance du droit à la protection de la santé par nos voisins européens

Sans doute grâce à l'ensemble des textes internationaux préalablement cités, la plupart de nos voisins européens proclament un tel droit à la santé dans leur Constitution. Cela démontre également que la notion de santé est une notion clé de la condition de vie humaine. L'accès à la santé est nécessaire pour l'épanouissement de la personne, elle l'est également pour la sauvegarde de sa vie d'un point de

⁴⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 18 décembre 2000

vue pragmatique mais elle est également nécessaire à la sauvegarde de la dignité d'un point de vue plus théorique. Effectivement elle contribue à ce que l'individu bénéficie d'un niveau de vie « digne ».

Certains Etats comme la Belgique se contentent de mentionner un tel droit sans pour autant envisager les mesures entreprises pour parvenir à un tel résultat. Il appartiendra donc au législateur de déterminer l'ensemble des actions qu'un tel droit nécessite. Ainsi, l'article 23 de la Constitution belge dispose qu'il existe un « *droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique* ». La Constitution belge du 17 février 1994 déclare que la protection de la santé contribue au droit de chacun : « *de mener une vie conforme à la dignité humaine* ». Il existe donc une corrélation évidente entre le principe de sauvegarde de la dignité humaine et la protection de la santé.

De la même manière, la Constitution luxembourgeoise déclare au cinquième point de l'article 11 de la Constitution du 17 octobre 1868 que : « *La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap* » comme la Constitution néerlandaise du 17 février 1983 où l'article 22 dispose que « *Les pouvoirs publics prennent des mesures pour promouvoir la santé publique* ». Ces Constitutions se contentent donc à énoncer le principe de la protection de la santé, laissant aux autorités publiques, notamment au législateur, de développer un tel droit.

Concernant la Constitution italienne, cette dernière fait figure d'originalité en la matière. Son article 32 prévoit effectivement que « *La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle garantit des soins gratuits aux indigents* ». Comme nous le rappellerons plus loin, ce texte reconnaît les deux conceptions du droit à la santé, son versant subjectif et son versant « droit-créance ». Selon ce dernier, il s'intéresse à la protection de la santé dans son aspect collectif.

Deux Etats se distinguent pourtant dans la rédaction de leur Constitution respective concernant le droit à la santé. Ces dernières détaillent l'ensemble des actions menées pour préserver la santé de l'individu. Il s'agit de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 et de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

En ce qui concerne la Constitution espagnole, l'article 43, commence par reconnaître la protection de la santé. Le constituant va aller plus loin en organisant cette protection, l'alinéa second de l'article énonce qu' : « *Il incombe aux pouvoirs publics d'organiser et de protéger la santé publique par des mesures préventives et les prestations et services nécessaires. La loi établira les droits et les devoirs de tous à cet égard* ». Enfin, l'alinéa 3 dispose que : « *Les pouvoirs publics encourageront l'éducation sanitaire, l'éducation physique et le sport. Ils faciliteront, en outre, l'utilisation appropriée des loisirs* ». La Constitution espagnole désigne donc la protection de la santé comme un droit universel qui, malgré sa gestion par les pouvoirs publics, est l'affaire de tous. Nous

pourrions donc dire qu'il s'agit d'un article avant-gardiste dans la mesure où l'éducation sanitaire pourrait pallier de nombreux comportements couteux pour les Etats, mais également par des comportements dangereux qui tendraient vers le « tout médical » comme l' « automédication », l'utilisation de moyens médicaux de prévention potentiellement dangereux pour la sante même de l'individu comme l'utilisation de vaccins.

Pour le Portugal, l'article 64 de la Constitution va considérer la protection de la santé comme un « droit » mais également comme un « devoir ». L'article va ensuite définir sa politique de santé en décrivant le fonctionnement du système médical portugais. L'article 64 va promouvoir explicitement l'universalité et la « gratuité » des soins. Comme son homologue ibérique, le constituant portugais va tendre à « *l'amélioration des conditions de vie et de travail, la promotion de la culture physique, sportive, scolaire populaire, et par le développement de l'éducation sanitaire du peuple et des habitudes de vie saine* ». L'information et l'éducation sanitaire semblent être une priorité pour ces deux pays afin de limiter les coûts mais également pour que chacun puisse disposer d'une « *vie saine* » et non édulcorée par l'absorption de produits chimiques, médicamenteux.

La Constitution portugaise décrit ensuite le fonctionnement du système de santé public et privé. En effet, l'article exige de la part de l'Etat une répartition de l'offre de santé « *rationnelle et efficace de ressources humaines et d'unités de santé* », un contrôle de l' « *exercice privé de la médecine* » et de « *la production, la distribution, la commercialisation et l'utilisation des produits chimiques, biologiques, pharmaceutiques, ainsi que des autres moyens de traitement et de diagnostic* ».

3) Le lien entre le droit à la protection de la santé et le droit environnemental, l'originalité des Constitutions espagnole et portugaise

La logique entreprise par Madame Laurence Gay⁴⁵, chargée de recherche au CNRS, est de cerner les liens qui peuvent caractériser la relation sante-environnement. Elle donne pour cela l'exemple des Constitutions ibériques. Pour justifier son propos, elle cite les normes relatives à ce droit à l'environnement. Ainsi, l'article 66, alinéa premier dispose que : « *Toute personne a droit à un cadre de vie humain, sain et écologiquement équilibré et a le devoir de le défendre* ». L'alinéa second précise que s'il appartient à chacun d'intervenir dans la défense de cet environnement sain, cette obligation incombe en premier lieu : « *à l'Etat, au travers d'organismes spécialisés...* ». Il s'agit donc d'une obligation de l'Etat dont l'ensemble des individus sont à la fois créanciers et débiteurs. Néanmoins, les individus ne sont considérés comme débiteurs qu'à travers l'action de l'Etat, à travers sont obligation de protection de l'environnement. Il s'agit donc d'un « droit-créance » qui s'entremêle avec la protection de la santé. En effet, selon cet article il est nécessaire de préserver un environnement « *sain* », non nocif pour la santé de l'homme. L'article dispose donc d'une double portée, une portée primaire et une portée

⁴⁵ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007, p.410

plus enfouie, plus lointaine. La portée primaire est d'effectivement protéger l'environnement par la mise en place d'actions tendant au respect de l'écologie et au respect de l'ensemble de la biodiversité. La portée lointaine est bien évidemment la protection de la santé. La protection de l'environnement constitue une action de l'Etat dans l'optique de promouvoir et protéger la santé publique, qui constitue également un « droit-créance ». Cette action constitue donc une obligation sans laquelle la protection de la santé ne pourrait pas pleinement être consacrée et surtout sans laquelle la responsabilité de l'Etat, dans sa démarche de recherche de protection de la santé publique, pourrait être engagée.

En ce qui concerne la Constitution espagnole, l'article 45, alinéa premier, dispose que « *Tous ont le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer leur personnalité et le devoir de le conserver* ». L'utilisation de termes plus généraux semble plus difficilement rattacher la notion de protection de la santé publique et de la protection de l'environnement. Néanmoins l'alinéa second ajoute que : « *Les pouvoirs publics veilleront à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, afin de protéger et améliorer la qualité de la vie...* ». Si la référence à la protection de la santé publique est moins explicite que dans la Constitution portugaise, elle peut néanmoins se déduire par l'utilisation de la notion de « *qualité de vie* ». La santé est une condition de la qualité de la vie, au sens où l'objectif est d'atteindre un état de « *parfait bien-être* » selon l'OMS. Laurence Gay nous rapporte une justification juridique du nécessaire lien entre la protection de la vie et la protection de la santé. N'existant pas de référence au droit « à la santé » dans la Loi fondamentale allemande, « la Cour constitutionnelle fédérale s'était ainsi appuyée sur l'article 2, protégeant les droits à la vie et à l'intégrité physique, pour juger d'une affaire qui aurait pu l'être en termes d'environnement »⁴⁶. Il est dès lors, assez clair qu'il existe un lien intangible entre l'ensemble de ces notions que sont la protection de la santé, de l'environnement et de la vie.

B) La reconnaissance nationale du droit à la protection de la santé

Découlant de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, la Constitution française reconnaît donc, grâce à son « bloc de constitutionnalité », un droit à la santé ou plus précisément, un droit « *à la protection de la santé* ». Comme ses homologues européens, la France adopte une expression précise pour désigner l'accès aux soins des individus. Alors quelle différence entre le « droit à la santé » et le droit « à la protection de la santé » ? Ces deux expressions semblent très proches, premièrement quant à la leur nature. Il s'agit de véritables « droits à... », de véritables « droits-créances » qui impliquent une action positive de l'Etat afin de préserver le droit fondamental en question. La nuance tient au régime des obligations qui découlent de ces expressions.

⁴⁶ L. Gay, « Les droits créances constitutionnels », Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007, p.411, à propos de la « Décision du 20 décembre 1979, rapportée par (M.) Fromont, « R.F.A. : la jurisprudence constitutionnelle en 1979 », R.D.publ., 1981, pp 367-369 ».

Lorsque nous évoquons la notion de « droit à la santé » nous pouvons imaginer que lorsque nous sommes malades, nous nécessitons des soins, il incomberait à l'Etat de nous donner une « nouvelle santé ». Or, la santé est chose aléatoire et ne dépend pas du bon vouloir de la puissance publique. Elle dépend de plusieurs paramètres qui la rendent incertaine, comme l'état global de la personne, de la nature et de l'avancée de la maladie, des moyens scientifiques et techniques à la disposition de l'appareil médical. Ce caractère aléatoire de la santé rend bien évidemment difficile de l'assurer. Pour cette raison, l'obligation pesant sur les médecins et les établissements de santé est depuis l'arrêt « *Mercier* » de la Cour de cassation de 1936 une obligation de moyens. Cela a été rappelé dans l'article L. 1142-1 du Code de la Santé publique⁴⁷, n'envisageant, pour retenir la responsabilité du médecin, qu'une faute de ce dernier. Dès lors, le constituant français ne pouvait imposer à l'Etat une obligation de résultat en matière de santé. La notion de « *protection de la santé* » reflète bien cette logique dans la mesure où lorsqu'on parle de « *protection* » l'on désigne un acte, une action tendant à la préservation de la santé de l'individu. Donc, s'il est matériellement impossible de consacrer un réel « droit à la santé », qui ne peut *in fine* exister, l'on peut néanmoins imposer à l'Etat, ses appareils de dispense de soins et à la médecine privée de procéder à l'action de « *protection de la santé* ». Celle qui a été choisie par les constituants portugais, italiens, belges ou encore espagnols semble être la plus adaptée, plus précise quant au contenu des obligations dont l'Etat est le créancier. L'Etat doit tout mettre en œuvre afin de préserver la santé des individus.

1) Le caractère contraignant du droit à la protection à la santé

Le « *droit à la santé* » est une notion très large, susceptible d'empiéter, d'écraser de nombreuses valeurs constitutionnelles. Ainsi, le professeur Turpin s'inquiéta des susceptibles limites que peut apporter le droit au respect de la santé sur l'ensemble des autres droits fondamentaux. Alors qu'en principe, il n'existe aucun droit supérieur aux autres. Il s'emblerait que dans la pratique jurisprudentielle, certains droits soient fortement absorbés par les impératifs qu'inspire un tel droit. Ainsi, ce professeur a comparé deux jurisprudences constitutionnelles relatives au droit de grève et observe la différence entre les deux décisions. Dans une première décision du 25 juillet 1979⁴⁸, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la loi prévoyant la réquisition de personnel en temps de grève afin d'assurer le principe de continuité du service public, pourtant qualifié de principe d'« *intérêt général* ». Dans sa seconde décision concernant de nouveau le droit de grève, le Conseil constitutionnel prit une décision totalement différente. En effet, le Conseil a déclaré⁴⁹ que « *s'agissant de la détention et de l'utilisation de matières nucléaires, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de*

⁴⁷ Article L.1142-1, alinéa premier, du Code de la Santé publique : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ».

⁴⁸ Conseil constitutionnel, n°79-105 DC du 25 juillet 1979, « *Droit de grève à la radio et à la télévision* ».

⁴⁹ Conseil constitutionnel, n°80-117 DC du 22 juillet 1980, « *Protection des matières nucléaires* ».

faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ». Le Conseil constitutionnel reconnaît explicitement que le droit de grève et le droit à la protection de la santé sont tous deux de nature constitutionnelle, donc de nature égale mais qu'en raison du caractère impérieux que présente la protection de la santé, le droit de grève doit « s'incliner » face à lui. M. Turpin conclut en déclarant qu' : « alors que la grève peut parfaitement faire obstacle à la continuité des services publics, elle ne pourra jamais porter la moindre atteinte à la santé des personnes ou à la sécurité, du moins le souhaite-t-on ». Effectivement, nous le souhaitons. Alors que tous deux sont des droits fondamentaux, alors que tous deux sont des droits sociaux, le caractère impératif de la protection de la santé exige qu'en cas de collision de droits fondamentaux ce dernier en sorte « vainqueur ». La protection de la santé, de la vie et de la dignité doit primer l'ensemble d'autres droits.

D'ailleurs, une autre décision est venue conforter l'idée de l'importance d'une telle protection dans le domaine de la santé. En validant une loi tendant à la restriction de la « *propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques* » et qui a pour « *objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes ; qui de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle* »⁵⁰, le Conseil constitutionnel a également considéré tout l'importance de la protection de la santé à travers des actions préventives.

Comme le souligne Laurence Gay, la protection de la santé des personnes semble au départ se distinguer de la protection plus générale des personnes, notamment quant à leur sécurité, qui renvoie à la notion de protection de l'ordre public⁵¹. Ainsi, dans la décision de 1980, relative à la « *Protection des matières nucléaires* » le Conseil distingue ces deux notions en les séparant. En effet, le Conseil déclare qu'il est nécessaire d'assurer « *la protection de la santé* » mais également « *la sécurité des personnes* ». Cette autonomie de la protection de la santé trouve tout son sens dans la décision de 1991 lorsque le Conseil fonde sa décision sur « *le principe constitutionnel de protection de la santé publique* ». Néanmoins, le Conseil constitutionnel rappelle dans une décision de 1993 que les notions « *d'ordre public* » et de « *protection de la santé publique* » si elles semblent toujours se distinguer, recouvrent un objectif commun qu'est la protection globale de la personne et « *revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle* »⁵². Nous constaterons donc que la distinction entre ces notions de sécurité et de santé est moins aisée qu'elle n'y paraît. Que l'ordre public sanitaire s'inspire et s'aide de l'ordre public traditionnel.

⁵⁰ Conseil constitutionnel n°90-283 DC du 08 janvier 1991, « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ».

⁵¹ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », op. cit., p. 391.

⁵² Conseil constitutionnel n°93-325 DC du 13 août 1993, « *Maitrise de l'immigration* ».

La considération de la protection de la santé semble aller au-delà de nombreuses libertés fondamentales, même de nature équivalente. Ainsi, comme nous l'avons vu, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété sont largement atteints dans la décision « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ». En ce qui concerne la seconde il n'est pas sans rappeler que Favoreu s'était exprimé à son sujet. Il déclara que : « le droit de propriété est une liberté fondamentale à protection constitutionnelle atténuée »⁵³. En ce qui concerne la liberté d'entreprendre, une décision 16 janvier 1986⁵⁴ dispose que : « *la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue, s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi...* ». A cet effet, le professeur Patrick Wachsmann⁵⁵ déplore le peu de résistance des « libertés économiques » face à l'intérêt général que peut recouvrir la protection de la santé publique. Il considère effectivement que, les auteurs de la saisine fondent leur soutien à l'inconstitutionnalité de la loi par le fondement de l'article 11 de la Déclaration, à savoir la liberté d'expression. Néanmoins, s'il s'agit effectivement d'une expression, cette dernière revêt un caractère de propagande commerciale qui peut être considérée comme résultant de la liberté d'entreprendre. En outre, la liberté d'expression n'est pas non plus épargnée par les limitations législatives, notamment par la loi pénale en ce qui concerne la diffamation. Dès lors nous sommes en mesure de considérer qu'une telle liberté puisse également être restreinte pour des raisons de protection de la santé publique.

A titre d'exemple dans la jurisprudence « ordinaire » observons un arrêt de la Première chambre civile⁵⁶ de la Cour de Cassation du 04 juin 2014 où elle a considéré que : « *l'interdiction de toute publicité auprès du public, faite aux groupements ou réseaux d'officine, était justifiée par un objectif de protection de la santé publique (...) que cette interdiction apportait, à la liberté d'expression, (...) une atteinte nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis...* ».

Dès lors, de nombreux membres de la doctrine se sont demandés s'il n'existait pas un traitement de faveur à l'égard de la protection de la santé publique. Notamment, le professeur Valérie Goesel-Le Bihan qui considéra la décision du Conseil constitutionnel « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* » trop lourde et trop restrictive à l'égard du droit à la propriété et à la liberté d'entreprendre. En effet, cette dernière a considéré que : « des mesures d'information auraient pu être jugées suffisantes pour atteindre l'objectif poursuivi tout en présentant l'avantage d'être moins attentatoires au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre »⁵⁷. Tout d'abord, sur la nécessité d'une telle mesure nous pouvons considérer que le but poursuivi, à savoir la « *protection de la santé publique* » exige que des précautions strictes soient entreprises. Dans la mesure où le

⁵³ L. Favoreu, « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 in : La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* », PUF, 1989, p.138.

⁵⁴ Conseil constitutionnel n°85-200 DC du 16 janvier 1986, « *Limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité* ».

⁵⁵ P. Wachsmann, « De la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général », AJDA 1991, p.382

⁵⁶ Cour de cassation, Première chambre civile du 04 juin 2014, n°13-16.794

⁵⁷ V. Goesel-Le Bihan, « *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel* », R.F.D.C., 1997, p.258

tabagisme est reconnu de tous comme étant nocif pour la santé, il est nécessaire que l'Etat intervienne en ce domaine dans le cadre de son obligation relative à la protection de cette dernière. En 2014, l'Etat français va encore plus loin. Marisol Touraine, ministre des Affaires sociales, de la Santé et Des droits des femmes, a présenté le 25 septembre 2014, en Conseil des ministres, un programme dont l'une des mesures phares est d'uniformiser le packaging des cigarettes afin de limiter leur côté attractif. Un ensemble de mesures ont été voté en avril 2015 en vue de la protection de la santé.

Nous en venons donc à la question de la proportionnalité de la décision. Alors que le programme de lutte contre le tabagisme, en 2015, restreint à plus forte raison la liberté d'expression et la liberté d'entreprendre *via* l'uniformisation des paquets de cigarettes, votée par les députés le 02 avril 2015, en 1991 nous étions loin d'une telle mesure. En effet, à l'époque, la restriction ne concernait que la publicité directe ou indirecte des différentes marques de tabac. S'agissait-il d'une « expropriation » comme le soutenaient les auteurs de la saisine ? Nullement, dans la mesure où il n'existait aucun transfert de propriété du tabac, des fruits de son exploitation. La solution proposée par le professeur Goesel-Le Bihan semble, avec du recul, dérisoire par rapport à l'objectif poursuivi dans la mesure où même l'interdiction de la publicité n'a pas eu l'effet escompté, à savoir le recul du tabagisme chez les jeunes en France. La décision semble donc proportionnée pour l'époque. En effet, l'interdiction de la publicité n'était pas totale dans la mesure où elle reste tolérée dans les débits de tabac. De cette façon, la publicité s'adresse, en principe, à un public averti et majeur. L'argument du transfert du droit propriété concernant l'exploitation de la marque n'est pas valide dans la mesure où nul autre n'exerce une telle exploitation sur la marque. Pour le reste, nous connaissons la suite du raisonnement du Conseil constitutionnel qui renouvellera l'affirmation selon laquelle, l'ensemble des droits et libertés doivent respecter le but poursuivi de la protection de la santé publique qui revêt, lui aussi, une valeur constitutionnelle selon la décision « *Maitrise de l'immigration* » de 1993.

Ce contrôle de la nécessité et de la proportionnalité est réalisé de manière plus manifeste dans la décision du 12 aout 2004⁵⁸, « *Loi relative à l'assurance maladie* ». En l'espèce, la loi mettant en place le dossier médical informatisé a fait l'objet d'une saisine en ce qu'elle violait les dispositions constitutionnelles relative au respect de la vie privée mais également les dispositions relatives « *au droit à la protection sociale* » dans la mesure où les personnes qui refusaient la mise en place et l'utilisation de ce dossier voyaient leur remboursement de soins restreints. Seule cette dernière dimension nous intéresse, ici, le « respect de la vie privée » du patient étant un droit subjectif qui serait hors de propos. Le Conseil constitutionnel déclare ainsi « *qu'eu égard aux finalités des dispositions contestées, qui sont d'une part, d'améliorer la qualité des soins, d'autre part, de réduire le déséquilibre financier de l'assurance maladie, et compte tenu de l'ensemble des garanties qui viennent d'être rappelées, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles en cause, une conciliation qui n'apparaît pas manifestement*

⁵⁸ Conseil constitutionnel n°2004-504 DC du 12 aout 2004, « *Loi relative à l'assurance maladie* ».

déséquilibrée ». Qu'il l'exerce de manière plus ou moins explicite, le contrôle de nécessité et de proportionnalité opéré par le Conseil constitutionnel reste indispensable. Il est indispensable dans la mesure où les divers principes, droits ou libertés fondamentaux, de nature constitutionnelle, ne sont pas supérieurs les uns aux autres. Comme nous l'évoquions préalablement, dans le litige qui s'oppose « aux juges ordinaires », comme au Conseil constitutionnel, et à plus forte raison depuis la réforme constitutionnelle de 2008, ces derniers doivent répondre à la question que leur est soumise et doivent nécessairement trancher. Lorsque le Conseil constitutionnel « tranche », rend sa décision, cette dernière répond nécessairement à la question posée. La décision revêt, alors, le caractère d'une solution qui résoudra un conflit. Pour résoudre ce conflit, la décision doit nécessairement être équilibrée, comme le prône Laurence Gay, car d'elle va découler tout un ensemble d'actes normatifs censés protéger l'intérêt général toujours favorisé, à juste titre, aux intérêts individuels. Ainsi, dans les décisions de 1991, et de 2004, l'intérêt général est la protection de la santé, car comme nous l'évoquions, la santé est l'affaire de tous. Le but d'intérêt général poursuivi prime donc légitimement les « libertés économiques » ou les intérêts privés dans la mesure où même la personne qui revendique la promotion du tabac ou de l'alcool est concernée par la protection de sa santé. Les droits sociaux, constitutionnellement garantis, n'ont dès lors pas vocation à l'exclusion.

2) Le rattachement du droit « à la protection de la santé » au droit environnemental en France ?

En ce qui concerne la source de rattachement du « droit-créance » de la protection de la santé, nul doute qu'il s'agisse du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 août 2004. Néanmoins, à l'instar des Constitutions espagnoles et portugaises Laurence Gay⁵⁹ se pose la question d'un rattachement plus moderne, celui de Charte de l'environnement. Véritable source constitutionnelle depuis la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005, cette dernière proclame de nombreux principes pouvant être rattachés à la protection de la santé.

Ainsi l'article premier de ladite Charte énonce que : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Cette disposition fait directement référence à « la protection de la santé ». Néanmoins, d'autres considérations mentionnées dans son préambule sont sous-jacentes du lien qui peut exister entre la protection de l'environnement et protection de la santé. En effet, le préambule évoque les notions d' « *émergence de l'humanité* », « *l'avenir et l'existence même de l'humanité...* », « *les conditions de la vie et sur sa propre évolution* », « *l'épanouissement de la personne...* », « *la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation* ». S'inscrivant dans un texte instituant des devoirs pour la *Nation* et l'ensemble des

⁵⁹ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », op. cit., p. 408.

personnes qui la compose, ces notions nous inspirent un sentiment de responsabilité. En effet, évoquant des devoirs évasifs et moraux, la Charte de l'environnement rappelle en premier lieu que nous sommes libres. De ce fait, la Charte nous rappelle qu'en tant que membre de la « *Nation* », la protection de la santé publique n'est pas seulement affaire de l'Etat, qui y contribue majoritairement, mais concerne également l'ensemble des citoyens. Dès lors, nous avons le sentiment que cette Charte de l'environnement présente une dualité quant à l'intérêt que nous pouvons y porter. Nous pouvons nous poser la question de savoir si cette charte ne constitue pas en réalité un moyen à la perfection d'une exigence à valeur fondamentale telle que la protection de la santé ?

A la lecture de l'article premier et des considérations du préambule nous pouvons légitimement considérer que cette Charte a vocation à protéger la santé publique par un ensemble de moyens mentionnés. Dans cette optique, la Charte de l'environnement constituerait un moyen à la réalisation du but poursuivi.

Par exemple, en ce qui concerne le contentieux de l'implantation des antennes relais, même si le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître comme fondement aux pouvoirs de police du maire l'article 5 de ladite Charte, les décisions restent cependant équivoques. Premièrement, de nombreux refus du maire concernant l'installation d'antenne relais se base sur le principe de précaution instauré par ledit article. Il existe dès lors, un lien certain entre les dispositions de la Charte et l'impact de certains agissements incriminés sur la santé de l'Homme. Le Conseil d'Etat, s'il refuse cette argumentation semble ouvert à une évolution jurisprudentielle. Ainsi dans un arrêt du 30 janvier 2012⁶⁰, ce dernier considère : « *qu'en portant une telle appréciation, au regard seulement de risques incertains, sans rechercher si des éléments circonstanciés étaient de nature, en l'état des connaissances scientifiques et des pièces versées au dossier, à justifier qu'il soit fait opposition à la déclaration préalable...* ». Le Conseil d'Etat ne mentionne aucunement que l'article 5 n'est pas applicable, il considère seulement que pour que la déclaration préalable prévue par l'article R.111-15 du Code de l'urbanisme soit conforme aux exigences du Code de l'environnement ainsi que de la Charte, alors le maire doit relever des « *éléments circonstanciés* ».

Ainsi, sans être trop réducteur à l'égard de ladite Charte nous pouvons considérer qu'outre sa fonction certaine tendant à la protection de l'environnement, la Charte constitue un moyen non négligeable à la protection de la santé publique. De ce fait, le Conseil d'Etat⁶¹ a considéré que : « *les requérants peuvent utilement invoquer la méconnaissance des dispositions de l'article 1^{er} de la Charte pour contester la légalité d'un décret attaqué ; qu'en effet, d'une part, il appartient aux autorités administratives de veiller au respect du principe énoncé par l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement lorsqu'elles sont appelées à préciser les modalités de mise en œuvre d'une loi définissant le cadre de la protection de la population contre les risques que l'environnement peut faire courir à la santé et il incombe au juge administratif de vérifier, au vu de l'argumentation*

⁶⁰ Conseil d'Etat, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunie du 30 janvier 2012, n°344992 « *Société Orange France c/ Commune de Noisy-le-Grand* ».

⁶¹ Conseil d'Etat, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies du 26 février 2014, n°351514

dont il est saisi, si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires, n'ont pas elles-mêmes méconnu ce principe... ». Le Conseil d'Etat confirme l'intérêt que peut avoir la Charte de l'environnement en vue de la protection de la santé. Mais l'utilisation de cet article ne présente aucun intérêt véritable dans la mesure où il existe déjà l'alinéa onzième du Préambule de la Constitution de 1946. La réelle innovation depuis l'arrêt du de février 2014 réside en l'utilisation de l'article 5 de la Charte qui consacre le principe de précaution et prévoit la possibilité de mesures conservatoires. Le Conseil d'Etat prévoit que : « *les requérants peuvent utilement, pour critiquer l'exclusion de toute définition d'une valeur dite de gestion pour les fibres courtes, invoquer la méconnaissance des dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement... ».*

Paragraphe 2 : L'objet du droit à la santé en tant que « droit-créance »

Cet objet est donc de garantir un accès aux soins à l'ensemble des individus se trouvant sur le territoire. Cet accès concerne notamment le financement de prestations médicales, ainsi que la « lutte contre les exclusions ». En cela le droit de la santé se présente comme un droit universel. Ainsi comme le note le professeur Franck Petit « L'alinéa 2 de l'article L. 115-2 du Code de l'action sociale et des familles présente une série de domaines dans lesquels la lutte contre l'exclusion devra se développer : emploi, logement, protection de la santé, justice, éducation, formation et culture, protection de la famille et de l'enfance »⁶².

D'une manière plus pragmatique notons que le droit à la protection, en tant que « droit-créance » trouve l'Etat comme principal financeur (A). Ce dernier a pour objectif de permettre un égal accès aux soins pour tous. Il a pour cela notamment règlementer l'exercice libérale de la médecine (B).

A) Le droit à la protection de la santé, un droit universel

La protection de la santé est enjeu considérable du notre ère. La problématique est la suivante : Existe-t-il pour ce droit des solutions pour en limiter les dépenses ? En effet, le droit l'accès à la santé, étant universel et gratuit (1) représente un coût exorbitant pour l'Etat (2). Ce dernier a donc tenté de mettre en place diverses solutions, dont le parcours de soins coordonné (3).

1) Une médecine de pointe universelle, gratuite et solidaire

Le Préambule de la Constitution de 1946, prévoit que la « Nation » assure son effectivité auprès de « tous ». Ce principe a donc vocation à être universel, à s'appliquer à l'ensemble des personnes vivantes, voire aux personnes futures, transitant sur le territoire français. Les dispositions légales du Code de la santé publique (CSP) tendent à

⁶² F. Petit, « Le droit à l'accompagnement », Revue de droit social, 2008, p. 413.

préservé cet objectif d'universalité en interdisant les discriminations. En effet, l'article L. 1110-3, alinéa 1, énonce qu' : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou soins* ». Même si cet alinéa est limpide, son caractère général a poussé le législateur à préciser que l'on ne peut refuser des soins préventifs ou curatifs à une personne en raison : « *de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Le législateur renvoie de manière, sans doute symbolique, mais également dans un souci d'efficacité et de précision aux critères discriminatoires retenus par l'article 225-1, alinéa premier, du Code pénal. Mais l'article ne s'arrête pas ici et précise également qu'il est impossible pour un professionnel de santé de refuser un patient en raison du fait qu'il est « *bénéficiaire* » de la protection complémentaire d'état en matière de santé (couramment appelé CMU-C et prévue à l'article L. 861-1 du Code de la Sécurité sociale) ou de l' « *aide au paiement d'une assurance complémentaire santé* » (prévue à l'article L.863-1 du Code de la Sécurité sociale) et enfin à raison de leur bénéfice de l' « *Aide médicale d'Etat* » prévue à l'article L. 251-1 du Code de l'Action sociale et des familles. Nous verrons qu'en réalité, le professionnel de santé dispose d'un droit de refuser les soins sous certaines conditions.

En plus d'être universelle, l'offre de santé est, en France, « alléchante ». En effet, la qualité du système hospitalier, de la formation des médecins, du financement de la recherche et de la technologie de pointe des appareils utilisés ouvrent des perspectives dorées sur les soins prodigués, dispensés et surtout sur l'espérance de vie de chacun. L'offre de santé en France est alléchante de par sa gratuité. En effet, les principes de la Sécurité sociale se basent sur la mutualisation de la dépense de santé et la solidarité. L'offre de santé est donc basée sur la gratuité, ou la quasi gratuité (prise en compte de la franchise médicale, du « ticket modérateur »). C'est par un système de cotisations, de prélèvements obligatoires et de taxes que les « caisses » de la Sécurité sociale, organisme financeur des soins, se « remplissent » ou du moins, ne se vident pas à une allure vertigineuse. En effet, si la gratuité reste tout de même relative (l'on peut évoquer une forme de paiement indirect par les cotisations sociales, patronales, les prélèvements obligatoires, les taxes, mais également par les cotisations auprès d'assurances complémentaires santé), les dépenses de l'Etat, dans le domaine de la santé sont astronomiques. Si dans la réalité, il s'agit de la Sécurité sociale et des diverses caisses d'assurance maladies qui financent les frais de santé (régime corporatiste de la dépense en santé), il n'en reste pas moins qu'il s'agit de l'Etat qui organise, régule et contrôle le financement de ces différentes caisses. En ce qui concerne la Sécurité sociale et donc le régime général d'affiliation (cela concerne principalement les salariés du privé qui sont les plus nombreux), les dépenses en santé ne cessent d'augmenter et les perspectives pour les années à venir ne sont pas excellentes.

2) Le coût exorbitant de la santé pour l'Etat

Néanmoins, la population française est une grande consommatrice en matière de santé. Pour Stéphane Thébault⁶³, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, la dépense massive en matière de santé résulte majoritairement d'un phénomène : le vieillissement de la population. De nombreuses études ont démontré un vieillissement certain de la population de par l'augmentation de l'espérance de vie, mais aussi par le vieillissement des personnes issues du « baby-boom ». La population des plus de 80 ans, selon lui, passera de 3 millions en 2007 à 8 millions en 2060.

La logique est implacable et nous rend pessimistes pour les années à venir. En effet, nous sommes tous bien conscients qu'une personne âgée (une personne âgée d'au moins 75 ans) a des besoins médicaux plus importants qu'une personne de trente, quarante ou cinquante ans. Et ses besoins ne vont cesser de croître de manière quasi proportionnelle à son avancée dans l'âge. Donc, si les personnes âgées consomment de plus en plus en matière de soins et qu'elles sont de plus en plus nombreuses, nous ne sommes pas prêts de constater une diminution des dépenses en santé.

Néanmoins certaines études, menées sur le plan international (et en France) démontrent que lien entre le vieillissement de la population et l'augmentation des dépenses en santé n'est que « limité ». Pour lui, les dépenses de santé concernent en réalité toutes les tranches d'âge. Chacun d'entre nous est potentiellement confronté au décès par la maladie. Il souligne une étude qui démontre, effectivement, que « la croissance des coûts de santé n'est pas liée à l'âge calendaire mais au temps qu'il reste à vivre ». En ce sens, où un jeune de 15 proche de la mort, coûtera autant, en matière de dépenses de santé, qu'une personne de 85 ans dans la même situation.

Or, même si cette théorie est cohérente, compréhensible et réelle, il n'en demeure pas moins que l'on retrouve une proportion beaucoup plus importante de personnes âgées, malades et proches de la mort, que de jeunes.

D'ailleurs, dès 1999, les sénateurs français étaient « inquiets » du vieillissement de la population et de son impact sur les dépenses en santé. Le rapport sénatorial souligne en effet, qu'entre 1950 et 1997, la dépense moyenne, en matière de santé, par habitant a été multiplié par onze. Ils soulignent une étude de l'INSEE selon laquelle : « les dépenses totales de santé sont deux fois plus élevées que la moyenne pour les personnes âgées de 60 à 69 ans, et près de quatre fois plus élevées pour les personnes âgées de plus de 70 ans ». Cette étude démontre également, qu'outre la dépense des « soins de ville », les ordonnances des personnes âgées sont également plus coûteuses.

Pour le Sénat, il y a déjà plus de dix ans, c'est à l'ensemble des acteurs de l'économie sanitaire qu'il faut faire prendre conscience de la gravité de la situation. En effet, selon lui : « réformer l'assurance maladie suppose nécessairement l'émergence d'une attitude différente des assurés, des prescripteurs, tuteurs et gestionnaires afin que

⁶³ S. Thébault, « Dépenses de santé et vieillissement », Revue française de Finances publiques du 01 novembre 2012, n°120, p. 811.

ceux-ci aient désormais clairement conscience de leur intérêt commun »⁶⁴. C'est effectivement par la consommation massive de la population en matière de santé, la volonté de consulter un médecin généraliste pour un simple rhume ou coup de fatigue que le montant de la dépense explose. A cela, il faut également ajouter l'attitude des prescripteurs qui ont doublement intérêt à établir une ordonnance. D'une part, leur intérêt réside dans la récompense des groupes pharmaceutiques à la prescription de masse de leur produit de santé et d'autre part dans la « fidélisation » de leurs patients. En effet, dans l'esprit de beaucoup de monde, un médecin qui ne prescrit pas ou peu est un mauvais médecin, un médecin que l'on retournera plus voir. Ainsi, les sénateurs, dans leur rapport énonce que les : « comportements des médecins en matière de prescription révèle que 5% d'entre eux prescrivent en moyenne 45 euros de soins divers par consultation, tandis que 10% prescrivent plus de 110 euros sans qu'aucun élément objectif, tenant notamment à l'état de santé de leur clientèle, ne parvienne à expliquer cette différence ».

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2015⁶⁵, reprenant les chiffres de l'année 2013 dispose que seule la branche « Maladie » de la Sécurité sociale représente des dépenses à la hauteur 189,1 milliards d'euros pour 182,2 milliards d'euros, soit un solde négatif de 6,9 milliards d'euros. Dans son rapport de septembre 2014, la Cour des Comptes estime que « De premiers résultats ont été obtenus : les déficits de la sécurité sociale ont commencé à se réduire. Mais le rythme de rééquilibrage de ses comptes est plus faible qu'attendu et reste systématiquement en-deçà des objectifs visés, alors que, dans le même temps, aucun de nos grands voisins n'accepte un déficit durable de sa protection sociale qui fait reposer sa charge sur les générations suivantes »⁶⁶.

Néanmoins, cette part considérable du budget de la Nation démontre le véritable enjeu de la santé. Cela démontre surtout la valeur du bien-être, la vie est certes plus chère en matière de santé mais elle est également plus « confortable » et douce d'un point de vue physiologique. Cela démontre également la place de la santé dans les politiques publiques et sa considération en tant que « droit-créance ». Véritable « créance » de l'Etat envers ses administrés la santé semble prendre de plus en plus d'importance sur le plan juridique. Prévue sur le plan constitutionnel et conventionnel, nul doute que ce droit fondamental fasse l'objet de priorité aujourd'hui, tant son importance normative que l'importance de sa signification humaniste et son lien étroit avec le droit au sommet de la pyramide des droits fondamentaux le droit à la vie.

⁶⁴ Sénat, Rapport « au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, Adopté par l'Assemblée Nationale, Après déclaration d'urgence, relatif à l'assurance maladie », 21 juillet 2004, Tome I, p. 2.

⁶⁵ Loi n°2014-1554 du 22 décembre 2014 « de financement de la sécurité sociale pour 2015 ».

⁶⁶ Cour des comptes, « La Sécurité sociale, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale », septembre 2014, p.3.

3) La tentative de solution : le parcours de soins coordonnés

Le législateur a donc tenté de trouver des solutions permettant de réduire les dépenses de santé sans affecter la qualité des soins. Outre la mesure du « *dossier médicale personnel* » prévu à l'article L. 161-36-1 qui peut poser des problèmes d'atteinte à la vie privée, nous nous attarderons plus sur la mesure du « *médecin traitant* » qui tout en instituant un réel plan d'économie, optimise, nous le pensons, la qualité des soins.

L'article L. 162-5-3 du Code de la Sécurité sociale, tel que modifié par la loi de 2009⁶⁷, énonce que l'intérêt du « *médecin traitant* » est de : « *favoriser la coordination des soins...* ». Il ajoute que : « *tout assuré ou ayant droit âgé de seize ans ou plus indique à son organisme gestionnaire de régime de base d'assurance maladie le nom du médecin traitant qu'il a choisi, avec l'accord de celui-ci. Le choix du médecin traitant suppose, pour les ayants droits mineurs, l'accord de l'un au moins des deux parents ou du titulaire de l'autorité parentale. Le médecin traitant choisi peut être un généraliste ou un spécialiste. Il peut être un médecin hospitalier* ».

L'alinéa 3 de l'article décrit le rôle du « *médecin traitant* » qui, outre sa fonction de médecin, « *participe à la mise en place et à la gestion du dossier médical personnel* » du patient.

Enfin, l'alinéa 5 énonce les conséquences du défaut de déclaration du « *médecin traitant* ». En effet, l'article prévoit une « *majoration* » de la « *participation* » du patient en cas de non renseignement et de non déclaration, auprès des caisses d'assurance maladie, du « *médecin traitant* ».

Le « *médecin traitant* » constitue donc la « *case départ* » de toute entreprise médicale. Pour Geneviève Rebecq⁶⁸, maître de conférence, « dans ce parcours de soins coordonnés, le patient est incité à consulter en première intention son médecin traitant qui le conseille et l'oriente, en tant que de besoin et avec son accord, vers un autre praticien, le médecin correspondant, que le patient choisit librement. Le patient peut également, tout en restant dans le parcours, consulter directement, des médecins relevant de spécialités dites à accès direct ».

Concernant, le *médecin traitant*⁶⁹, l'auteur considère que le « *choix n'est pas impératif*. Il n'y a aucune obligation de choisir un *médecin traitant*, le non-choix se traduisant par la diminution de la prise en charge par l'assurance maladie et par une majoration d'honoraires en cas de recours aux médecins spécialistes en dehors du parcours de soins coordonnés ». Effectivement aucun texte ne dispose que l'individu, l'assuré social soit contraint de choisir un *médecin traitant*. En revanche, les pénalités

⁶⁷ Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant « réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ».

⁶⁸ G. Rebecq, « Régime général : Assurance Maladie. Prestation en nature – Conventions nationales des médecins », JurisClasseur Protection sociale Traité, fascicule n°430-30, du 23 janvier 2014.

⁶⁹ *Ibidem*.

financières peuvent constituer une réelle entrave au principe de l'accès aux soins. Il s'agit en réalité d'une contrainte indirecte.

L'intérêt pour l'Etat est donc de limiter ses dépenses de santé. Un individu, ne pourra plus recourir directement au médecin spécialiste dont les honoraires sont souvent plus élevés qu'un médecin généraliste. Ainsi, le médecin traitant aura pour fonction de freiner, de diminuer la consommation effrénée des assurés sociaux.

Dans son obligation de fournir des prestations de santé à moindre coût, la France se fonde alors sur le principe de l'universalité selon lequel nul ne doit être exclu d'un tel droit, la gratuité ou quasi gratuité, la solidarité mais aussi la responsabilité. Nous sommes tous financeurs, nous sommes tous potentiellement concernés par un recours aux soins. Le point noir du système de Sécurité sociale reste son caractère obligatoire. Effectivement, tout individu est contraint de cotiser afin de mutualiser les risques. Ce caractère révèle le premier aspect du caractère contraignant du droit « à la protection de la santé ».

Néanmoins, quid du monopole de la Sécurité sociale en matière d'assurance maladie ? En effet, ce caractère obligatoire semble être remis en cause depuis un arrêt du 03 octobre 2013⁷⁰ rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Selon la Cour, en raison d'une directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005, toute concurrence déloyale constitue une violation de ladite directive. Que cette règle s'applique tant aux professionnels relevant du droit privé, qu'aux professionnels de droit public, même investi d'une mission d'intérêt général. Ce monopole légal constitue donc une concurrence déloyale. Cela signifierait-il que le marché de l'assurance maladie tend à s'ouvrir ? Il existe effectivement des organismes privés d'assurance maladie qui financent les soins. En revanche ne risque-t-on pas de déboucher sur un système à l'américaine ? La contrainte est parfois indispensable.

B) La réglementation de l'exercice libérale des professions médicales en vue de l'accès aux soins

Peut-on encore qualifier de profession libérale le fait, à titre privé, de conclure un contrat de soin avec des personnes malades ? La profession médicale est de plus en plus réglementée et cela ne semble pas fini avec la « Loi Santé » prévoyant l'extension du tiers-payant. Les médecins ne sont pas, en définitive, devenus des agents de la Sécurité sociale ? La question mérite aujourd'hui d'être posée.

Cette réglementation a pour but final de permettre un accès aux soins le plus optimal possible quitte à sacrifier les fondements de la profession libérale et de l'exercice de la profession médicale. Ainsi, existe entre l'organisme de Sécurité sociale et

⁷⁰ CJUE du 03 octobre 2013, n°C-59/12, « *BKK Mobil Korperschaft des öffentlichen Rechts / Zentrale sur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* ».

les professionnels médicaux une Convention permettant « *de préserver le caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie auquel ils sont attachés...* »⁷¹.

Le législateur se trouve donc entre deux feux, d'une part assurer l'effectivité d'un tel accès aux soins pour les individus et de l'autre préserver les fondamentaux d'une profession mise à mal. Ainsi, comme le souligne le professeur Dominique Viriot-Barrial « Démobilisation, désaffection des jeunes pour la médecine libérale, la crise de la médecine générale ne semble pas simplement occasionnelle mais réellement profonde »⁷².

Comme le rappelle l'auteur, l'exercice de la profession libérale était alors fondé sur des principes tels que « la liberté thérapeutique et de prescription, de liberté de fixation d'honoraires due à une entente directe entre le médecin et le patient, liberté d'installation, un contrôle des médecins par leurs pairs »⁷³.

L'exercice de la profession médicale reposait effectivement sur de nombreux droits établis par la Charte médicale adoptée le 30 novembre 1927. Concernant le premier de ces principes qu'est « l'indépendance du médecin », les professeurs Anne Laude, Didier Tabuteau et Bertrand Mathieu considèrent que « l'indépendance signifie donc que le professionnel ne soit pas en conflit d'intérêts avec des industriels du secteur de la santé ou plu largement les institutions amenés à se prononcer sur les questions de santé »⁷⁴. Ils ajoutent que « ce principe signifie aussi que le professionnel dispose d'une liberté par rapport au patient lui-même, à sa famille ou à des proches »⁷⁵. Ce principe d'indépendance a-t-il vocation à s'appliquer aux seuls professionnels libéraux ? Non, ce principe est reconnu tant pour les professionnels libéraux que ceux travaillant pour l'administration hospitalière selon un arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 2011⁷⁶.

En outre, le principe de la « liberté de prescription » implique selon les professeurs Laude, Tabuteau et Mathieu « l'exercice de la médecine libérale ou salariée. Il est le socle de la relation de confiance entre le médecin et son patient, et la base d'une absence de discrimination dans l'exercice de cet art, la garantie de l'indépendance professionnelle. La liberté de prescription signifie que le médecin est libre dans le choix de ses prescriptions, de ses actes, selon sa science et sa conscience »⁷⁷.

Deux autres prérogatives sont inhérentes à la profession médicale. Il s'agit de la « liberté d'installation » et le « droit aux honoraires ». En ce qui concerne la première elle « suppose que l'ouverture d'un cabinet médical puisse se faire sans autorisation administrative préalable et en tout lieu choisi par le praticien »⁷⁸. Enfin, pour le « droit

⁷¹ Arrêté du 03 février 2005 « portant approbation de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes ».

⁷² D. Viriot-Barrial, « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », RDSS 2011, p. 73.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, « *Droit de la santé* », Lonrai, PUF, Collection « Thémis droit », 3^{ième} édition, 2012, p. 409.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Conseil d'Etat, 4^{ième} et 5^{ième} sous-sections réunies du 23 décembre 2011, n°339529.

⁷⁷ A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, « *Droit de la santé* », op. cit., p. 410.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 412.

aux honoraires », il s'agit de « la détermination du montant des honoraire qui résultait de l'application de plusieurs principes découlant du caractère libéral de la profession, à savoir le principe de l'entente directe, du paiement à l'acte et du paiement direct »⁷⁹.

Par une succession de lois, la profession libérale n'a cessé d'être perpétuellement réglementée. Notons pour exemple, la loi dite « HPST » du 21 juillet 2009⁸⁰. Ainsi en son article 46, la loi tente d'instaurer une répartition égale de l'offre de soins sur l'ensemble du territoire. Effectivement, certaines régions sont peu pourvues voire dépourvues de tout médecin exerçant à titre libéral. La loi tente donc « d'appâter » les jeunes médecins à s'installer dans ces régions en « *contrepartie d'une allocation* ». Une fois l'allocation acceptée, le médecin devra exercer au minimum deux ans dans cette région. Si, au fond, la liberté d'installation existe toujours, elle n'en reste pas moins qu'elle est largement atteinte par cette tentation financière.

Comme le soulève justement le professeur Viriot-Barrial⁸¹, et comme nous le développerons plus loin, le droit subjectif à la santé qui implique la règle d'un libre choix du praticien, ne semble pas s'appliquer à son égard concernant le choix du patient. En effet, malgré l'existence d'un contrat lorsqu'il exerce à titre privé, la liberté contractuelle ne lui permet pas de librement refuser un patient. Cette règle s'apparente alors à celles concernant le refus de vendre en matière de droit de la consommation, le refus de soins émis par le médecin peut s'analyser comme une faute. Nous y reviendrons.

Les médecins libéraux sont également astreints à la mise en place d'un service de « permanence » afin d'assurer de manière continue des soins de qualité. Ainsi selon l'article L. 4130-1 le professionnel de santé doit « *participer à la mission de service public de permanence des soins dans les conditions fixées à l'article L. 6314-1* ». Cette permanence constitue donc, une « *mission de service public* ». Pour autant, le médecin ne bénéficiera pas, par principe, de la protection juridique que peut apporter l'Etat en la matière. Ainsi selon le professeur Jacques Moreau « Dès qu'un particulier ou qu'une personne morale de droit privé assume la gestion confiée régulièrement (...) la compétence est attribuée à l'ordre administratif de juridiction si et seulement si des prérogatives de puissance publique ont été dévolues au gestionnaire privé ou s'il agit pour le compte d'une personne publique »⁸².

En outre, les professionnels de santé sont astreints à respecter certaines obligations. Notamment, les « conditions d'accès » à la profession. Ainsi l'article L. 4111-1 CSP dispose que nul ne peut être médecin sans être titulaire « *d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné* » par la loi. L'accès à la profession est également conditionné par la nationalité de l'individu ou de son inscription « *au tableau de l'ordre* ».

⁷⁹ *Ibidem*, p.414.

⁸⁰ Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 « portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ».

⁸¹ D. Viriot-Barrial, « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *op. cit.*

⁸² J. Moreau, « Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif) », Répertoire de contentieux administratif, juin 2002, n°528.

Il s'agit ici des principales obligations soumettant le professionnel de santé, exerçant à titre libéral. A celles-ci s'ajoute les obligations qui découlent du Code de déontologie ou celle découlant de la loi et veillant à la protection des droits du patient. Pour le professeur Jean-Michel de Forges « la réglementation et l'organisation de santé ont été établies dans l'intérêt de la société tout entière, et c'est en ce sens que l'on doit les considérer comme faisant partie de l'ordre public sanitaire »⁸³. Pourtant ne seront en désaccord avec lorsqu'il considère que « la naissance des ordres professionnels, en pleine Occupation, a montré combien il pouvait être précieux de disposer d'une organisation qui concilie les droits de l'Etat et l'autonomie d'une morale professionnelle. On ne peut que souhaiter la pérennité de cet équilibre ». Effectivement malgré la présence d'un Ordre des médecins, il semblerait qu'il n'existe que trop peu d'autonomie des professionnels de santé dans l'exercice de leur fonction libérale.

SECTION III – LA PROBLÉMATIQUE

L'ordre public sanitaire est donc un « ogre » semblant tout absorber sur son passage, au nom du respect et de l'effectivité du « droit-créance » à la protection de la santé. Nulle autre considération ne semble tenir face à cette machine arbitraire et contraignante. Si nous reviendrons plus amplement sur cette notion lorsqu'il s'agira de la confronter aux droits du patient, force est de constater qu'elle bride de manière substantielle les droits du professionnel de santé.

« Liberté » et « Sécurité » voilà donc un débat qui n'épargne pas le droit de la santé. Dans sa démarche « sécuritaire » et protectrice, nous observons que les obligations dont l'Etat est débiteur se matérialisent par des règles contraignantes. À l'image du droit pénal, la législation sanitaire porte nécessairement atteintes aux droits et liberté de l'individu. Nous avons premièrement constaté que les droits qui fondent l'exercice des professions médicales, notamment lorsque ces dernières sont exercées à titre libéral, sont de moins en moins effectifs. La frontière qui a longtemps séparé les deux ordres de médecines rétrécit au fil des années et des réformes. Si les droits des professionnels de santé réduisent, ceux du patient augmentent. Effectivement, nous avons pu observer depuis le début des années 2000 une augmentation croissante de dispositions législatives permettant aux patients de disposer d'une plus grande autonomie face à l'offre de soins. Par exemple, avec la loi du 04 mars 2002 relative « *aux droits des malades* », la loi du 22 avril 2005 relative « *aux patients en fin de vie* ». Ces deux législations ont été accompagnées de mesures ponctuelles en matière de bioéthique, d'interruption volontaire de grossesse, de soins psychiatriques, ouvrant à chaque fois un peu plus les droits des malades.

⁸³ J.-M. De Forges, « *Le droit de la santé* », Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? », 8^{ième} édition, 2012, p. 122.

Malgré cette multiplication législative, les droits du patient sont-ils pour autant plus effectifs ? Alors que le consentement aux soins constitue un des principaux droits du patient issus de la loi du 04 mars 2002, ce dernier est-il pleinement effectif ou subit-il de profondes atteintes comme nous avons pu le constater à propos des professionnels de santé ? L'intérêt de cette analyse soulève des enjeux bien plus fondamentaux que pour ces derniers. Effectivement, la matière médicale se fondant sur des atteintes plus graves pour les patients que pour les professionnels de santé dans la mesure où elle tend à porter atteinte à l'intégrité physique du patient, il est nécessaire de se demander si un tel consentement est susceptible de constituer un rempart suffisant contre l'arbitraire médical et l'ordre public sanitaire ? Ce principe consacré sur le plan international mais absent de toute norme constitutionnelle a-t-il une autorité suffisante pour parer à la contrainte médicale ? Ce droit pouvant valablement découler du droit subjectif à la santé, dans la mesure où il implique une abstention de porter atteinte à l'intégrité physiologique d'autrui, fait-il le poids face au « droit-créance » à « la protection de la santé » ?

SECTION IV – ANNONCE DE PLAN

Les droits du patient sont nombreux. Effectivement, il dispose d'un droit à la santé d'une manière générale, mais il dispose également de droits relatifs à sa personne comme le respect de sa dignité, le respect de son corps humain ou de son autonomie. Nous poserons donc la question, en matière de consentement, de savoir si les différentes lois et mesures entreprises sont suffisantes pour permettre une réelle effectivité du droit au consentement ? Nous constaterons que la reconnaissance du consentement du patient par la loi et la jurisprudence est fragile (Partie I).

Nous constaterons alors que tout n'est pas véritablement perdu. Le droit au consentement du patient ne disposant pas d'une assise constitutionnelle, il sera alors nécessaire de se poser une nouvelle question. Il s'agira de se demander si la reconnaissance peut être renforcée grâce aux normes supra-législatives ? (Partie II).

**PARTIE I – LE CONSENTEMENT DU PATIENT :
UNE FRAGILE RECONNAISSANCE PAR LES LOIS ET
LA JURISPRUDENCE**

Le professeur Olivier Guillod considère que le consentement aux soins « est devenu la clé de voûte de la relation médecin-patient et la légitimation première de l'acte médical »⁸⁴. Il fonde cela sur l'article L. 1111-4 CSP selon lequel « *aucun acte médical ou aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Effectivement cette disposition tend vers le libéralisme de la relation médicale. Le libéralisme médical s'entend de la possibilité pour le patient d'avoir librement recours à des pratiques préventives, curatives, palliatives. Il ne peut y avoir plus d'autonomie dans la relation « patient-médecin » que lorsque le droit au consentement y est pleinement consacré. Ladite disposition du Code de la santé publique ainsi que celle y faisant référence ont une optique d'autonomisation de la personne face à l'offre de santé. Ce libéralisme s'envisagerait alors comme une proposition générale de soins à laquelle chaque individu est libre, de par la manifestation de son consentement, d'y recourir. Cette utopie trouve sa place dans l'ancien système de santé américain où comme sur tout autre marché, la santé se monnaie. Le libéralisme absolu se définirait alors, en matière sanitaire, comme la possibilité d'avoir recours à n'importe quelle pratique désirée ou de pouvoir refuser toute offre de soins. Pour le professeur Carole Girault, ce « libéralisme médical » s'oppose alors sur la notion « d'humanisme médical »⁸⁵. En France, nous avons choisi un système hybride. En vertu de l'alinéa onze du Préambule de 1946, et du « droit-crédence » à la protection de la santé qui en découle, le système sanitaire repose sur des principes comme la gratuité, la solidarité et l'universalité. L'ensemble de ces principes, garantissant un accès aux soins et en raison de la protection de la santé publique, limitent l'autonomie de l'individu par l'exercice d'une contrainte de l'Etat qui régule par la loi l'offre de soins. Par exemple, l'instauration récente de nouvelles règles concernant le fichier médical informatisé ou le parcours de soins coordonnés⁸⁶ sont autant de contraintes qui nuisent au parfait consentement « *libre et éclairé* ». Si les apparences sont trompeuses et les lois « bien faites » il n'en demeure pas moins que la relation « patient-médecin » est initialement conventionnée et conditionnée sans même que l'offre et la demande ne se rencontrent.

Le droit de la santé et ses principes, dans leur appareil, sont pleins de bonnes intentions. Le droit au consentement, mais à quel prix ? L'énoncé de tels principes libéraux constitue vraisemblablement l'arbre qui cache la forêt. Si la législation positive est similaire à celle des textes internationaux tels que la Convention d'Oviedo encore faut-il que ce dernier ait une valeur juridique prépondérante dans l'ordre interne afin de constituer une source supra législative nécessaire à l'établissement d'un droit fondamental. En outre, le consentement aux soins est effectivement consacré au niveau de la loi, constituant alors une « *liberté publique* » dont seul le législateur pourrait y

⁸⁴ O. Guillod, « Le consentement dans tous ses états » in « *Consentement et santé* », Millau, Dalloz, collection « Thème et commentaire », 2014, p.1.

⁸⁵ C. Girault, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », La Semaine Juridique Edition Générale, n°15, du 09 avril 2003, II, p. 10062.

⁸⁶ Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 « *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* ».

porter atteinte. Il décline ce droit au consentement « *libre et éclairé* » en formant un droit à l'information médicale mais également en instaurant un « *droit au refus de soins* ». Ces principes restent néanmoins soumis à la volonté politique et à l'instauration de normes nouvelles pouvant anéantir de manière substantielle toute liberté.

La limitation des « *libertés publiques* » entraîne en matière médicale des conséquences non-négligeables. Si le principe énoncé retentit encore dans les premiers articles du Code de la santé publique, mieux vaut ne pas trop se pencher sur les dispositions qui suivent. Le libéralisme médical semble alors éteint par les pratiques qui sont imposées à l'homme ou celles dont la demande ne peut aboutir qu'au refus de l'administration sanitaire. Pour des raisons impérieuses et dont la nature relève souvent de droits fondamentaux, autant dire que les principes de l'article L.1111-4 CSP ne font pas le « poids ». Ainsi, la préservation de l'ordre public sera privilégié face aux libertés individuelles et notamment face à la liberté d'aller ou de venir de l'homme malade, ou encore le droit à la protection de la santé justifiera l'atteinte à l'intégrité physique et physiologique en matière vaccinal.

Quelle est donc la politique adoptée par la France et les autres Etats en matière d'autonomie du patient ? Cette dernière est-elle pleine et effective ou demeure-t-elle soumise à une multiplicité de règles qui rendent son effectivité limitée ? Si nous pouvons constater, dès lors, que deux courants s'opposent en matière de santé, il ne nous est pas difficile de les identifier à travers cette étude. Nous avons bien évidemment un ensemble de règles qui nous permettent d'être optimistes pour la sauvegarde des droits du patient, son autonomie, des règles qui consacrent alors un certain libéralisme médical. Il n'en demeure pas moins que cet optimisme s'estompe rapidement, lorsque nous approfondissons notre lecture du Code de la Santé publique. En effet, des règles humanistes qui considèrent l'Homme plus comme une substance physique vivante à protéger qu'un être sensé, pourvu d'émotions pouvant découler sur l'établissement d'une volonté, d'une autonomie, viennent empêcher le développement d'un réel droit au consentement. Nous verrons donc, qu'*a priori*, en apparence, l'autonomie de la volonté de l'Homme est consacrée essentiellement par la loi du 04 mars 2002 (Titre I) mais qu'en réalité la substance du droit à la protection de la santé telle qu'issue du Préambule de la Constitution de 1946 ne laisse guère de place au libéralisme médical mais laisse davantage place à une lecture pessimiste du libre consentement du patient (Titre II).

TITRE I – LA NOTION DE CONSENTEMENT AUX SOINS : DES PERSPECTIVES PLUTÔT OPTIMISTES

Le droit au consentement tel que prévu par la loi constitue de manière certaine une liberté publique. Cette dernière tend alors à protéger l'individu contre les atteintes potentielles de l'administration hospitalière mais également de l'ensemble des personnes ayant vocation à prodiguer des soins. C'est dans la loi du 04 mars 2002 qu'a été consacré ledit consentement à travers l'article L. 1111-4 CSP qui requiert deux caractères distincts afin que ledit consentement soit parfait. Il est nécessaire qu'il soit « *libre et éclairé* ».

De cette disposition découle une traduction libérale qui justifie des perspectives optimistes en matière de liberté et d'autonomie de l'individu face à l'offre de soins. Véritable traduction du libéralisme corporel et, *in fine*, de la dignité humaine, les dispositions du Code de la Santé publique ne sont que la suite logique des principes du Code civil issus des lois de bioéthique du 29 juillet 1994. Le corps humain est chose sacrée, il est interdit d'y porter atteinte de manière générale mais spécialement lorsque la personne n'a pas consenti à cette atteinte. Si « *Le corps humain est inviolable* »⁸⁷, alors ce principe doit nécessairement trouver une transposition en matière médicale, matière sujette aux atteintes physiques les plus importantes, les plus intrusives ou invasives. L'art médical touchant la personne en sa chair, cette dernière doit bénéficier de certaines garanties légales afin de lui permettre une réelle indépendance à l'égard de ces pratiques pourtant justifiées par d'impérieux motifs.

Que signifie donc le consentement « libre et éclairé » exigé en matière médicale ? Le professeur François Vialla considère que la liberté et l'éclairage requis par loi pour la validité du consentement sont « deux fondements complémentaires »⁸⁸. Il ajoute que « Signe de l'humanité, et donc de la dignité, le consentement requis donne tout son sens aux dispositions de l'article 16 du Code civil »⁸⁹. Plus que deux critères complémentaires, nous pouvons considérer qu'il s'agit de deux critères cumulatifs.

Ce cumul des conditions renforce la protection de cette liberté publique qui exige donc que le consentement soit « *libre* », c'est-à-dire que la personne puisse valablement refuser une offre de soins (Chapitre 2) mais pour cela, il est nécessaire qu'au préalable, ce consentement soit « éclairé », que la personne bénéficie d'une information complète (Chapitre 1).

⁸⁷ Article 16-1, alinéa second du Code civil.

⁸⁸ F. Vialla, « Bref retour sur le consentement éclairé », Recueil Dalloz 2011, p. 292.

⁸⁹ *Ibidem*.

CHAPITRE PREMIER - L'OBLIGATION D'INFORMATION : ELEMENT INDISPENSABLE DU RESPECT DU CONSENTEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ » DU PATIENT

L'obligation d'information due au patient est un élément déterminant de la relation médicale. En effet, afin de consentir à l'intervention médicale, nul doute que le patient doive être informé. D'ailleurs, Henri de Mondeville, chirurgien montpelliérain du XIV^{ème} siècle disait que : « *Le moyen pour le chirurgien de se faire obéir de ses malades, c'est de leur exposer les dangers qui résultent pour eux de leur désobéissance. Il les exagérera si le patient à l'âme brave et dure ; il les atténuera, les adoucira ou les taira si le malade est pusillanime ou bénin, de crainte qu'il ne se désespère* ».

En droit interne, l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique énonce en son premier alinéa que : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé.* » Par une lecture simple et stricte de cet alinéa, nous pouvons entendre de la loi qu'il s'agit d'un droit inhérent à chaque personne, à chaque patient. L'alinéa second de ce même article confirme que l' : « *information incombe à tous les professionnels de santé* ». Cet alinéa nous démontre bel et bien qu'il s'agit ici d'une obligation du professionnel de santé vis-à-vis du patient, du malade.

D'autres textes, ayant force juridique en France, font référence à cette obligation d'information de manière plus ou moins explicite. Notamment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a une valeur normative contraignante avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009. Pour l'auteur Anthony Astaix⁹⁰ « Le Traité de Lisbonne lui a confié la même force juridique obligatoire que les traités ». Elle énonce en son article 3 qu'en matière de médecine, le consentement libre et éclairé de la personne doit être recherché. Une directive du 9 mars 2011⁹¹ énonce clairement que « *les prestataires de soins de santé fournissent des informations utiles, pour aider chaque patient à faire un choix éclairé...* ». Enfin, la Convention d'Oviedo dispose en son article 5 qu'une personne ne peut subir une intervention médicale qu'après avoir : « *donné son consentement libre et éclairé* ». Cette personne doit recevoir « *préalablement une information adéquate* ».

Néanmoins, nous pouvons nous demander comment cette obligation d'information, d'origine prétorienne avec l'arrêt « Teyssier » de la Cour de cassation du 28 janvier 1942, est encadrée, appliquée et reconnue par notre droit. Cette obligation qui semble être de nature contractuelle, l'est -elle vraiment ? Comment le professionnel de santé peut-il apporter la preuve de l'accomplissement de son obligation ?

Il s'agira donc pour nous, de définir les caractères de cette obligation d'information, d'en déterminer les contours (SECTION I), de qualifier son régime juridique, d'en analyser la preuve de son accomplissement devant les juridictions afin de

⁹⁰ A. Astaix, « Application de la Charte des droits fondamentaux : publication du rapport 2011 », Dalloz actualité du 13 juillet 2012.

⁹¹ Article 4 de la Directive 2011/24/UE du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers.

déterminer si cette dernière constitue réellement un élément fondamental dans la protection du consentement du patient (SECTION II).

SECTION I - L'ÉVOLUTION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Si le médecin, gentilhomme des temps anciens, marabout intouchable, sage savant et même parfois considéré comme mage ou sorcier, voit son image peu à peu se rapprocher du commun des mortels par les « charges », obligations que lui impose la loi à considérer le patient comme son égal, ne plus le considérer comme un simple profane soumis à la toute puissance médicale, l'obligation d'information en est la matérialisation la plus parfaite.

Même si la notion de responsabilité du médecin a été évoquée dans des jurisprudences de 1906⁹², voire par un arrêt de la Cour impériale de Paris de 1853, c'est la Chambre des requêtes de la Cour de cassation qui posa en 1942⁹³ le principe de l'information du patient qui a depuis évolué. Il s'agira donc d'étudier l'apport de l'arrêt Teyssier, ainsi que son évolution à travers les caractères qui la composent, avant d'envisager l'information du malade, consommateur de produits médicamenteux.

Paragraphe 1 : L'arrêt « Teyssier » du 28 janvier 1942, arrêt fondateur de l'obligation d'information

En l'espèce, le « *sieur Teyssier* », victime d'un accident automobile, intègre l'hôpital de Bordeaux avec une fracture de l'humérus, au radius et du cubitus du bras droit. Le docteur X..., chirurgien de cet établissement de santé, procède à l'opération de l'ostéosynthèse, puis, quelques mois plus tard, à l'amputation du bras droit infecté par une telle pratique. Le médecin qui a en réalité pris l'initiative de l'ostéosynthèse n'a pas informé le patient du recours à cette pratique, ni de l'existence d'une thérapie alternative beaucoup moins risquée.

La demande en réparation du préjudice physique subi, et découlant de la non-information du patient, exprimée par le plaignant, fût accueillie tant par les juges du fond que par les juges du droit de la Cour de cassation.

Le moyen au pourvoi du médecin considérant que cette obligation d'information ne concerne pas « *l'exercice technique de l'art médical* », il ne peut être tenu pour responsable. Selon lui cette obligation incombe au « *fonctionnement du service public d'assistance médicale de l'hôpital* » de sorte que sa responsabilité personnelle ne puisse être mise en cause, la faute n'étant pas « *détachable de sa fonction* ».

La Chambre des requêtes de la Cour de cassation rend un fameux arrêt de principe en énonçant que : « *comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier*

⁹² Cour d'appel de Paris du 08 mars 1906 ; de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence du 22 octobre 1906

⁹³ Cass. Req., 28 janvier 1942, « *Teyssier* »

est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, et qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler ».

Cette décision, bien que forte dans son principe et son engagement sera néanmoins trouble quant aux détails qui l'entourent et aux caractères qui la constituent, ce qui donnera lieu à pléthore de jurisprudences postérieures et de textes légaux dans notre ordre juridique. Les apports de cette jurisprudence résident dans l'« universalité » de l'obligation d'information qui est justifiée par le respect des droits du patient et le respect de la personne humaine.

A) L' « universalité » de l'obligation d'information

Dans son contenu, cette jurisprudence est riche d'enseignements. Elle énonce en premier lieu que l'obligation d'information s'applique à tous les professionnels de santé, que ces derniers dépendent du droit privé, de la médecine dite libérale, ou du droit statutaire, du droit public. En l'espèce, le médecin est un agent public qui, comme le rappelle la Cour de cassation, appartient au secteur « hospitalier ». Il n'existe aucune distinction entre le médecin exerçant de manière libérale de celui qui exerce au sein d'un service « hospitalier ».

Elle justifie son principe par le fait que l'obligation d'information est une obligation médicale incombant à tout le corps médical. Elle énonce en effet, que le manquement à l'obligation d'information est un « manquement à ses devoirs proprement médicaux ». De ce fait, la « faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler » implique la compétence des juridictions judiciaires.

Pour Louis René, Médecin, humaniste, le code de déontologie médicale, prévoyant l'obligation d'information : « traite des devoirs que doit observer tout médecin inscrit au tableau de l'Ordre, qu'il exerce ou non la médecine de soins »⁹⁴.

Ce code de déontologie, ayant une valeur réglementaire, publié au journal officiel le 06 septembre 1995, fait directement référence à cette obligation d'information introduite par l'arrêt Teyssier. Son article 35 énonce en effet que : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

⁹⁴ Code de déontologie médicale commenté, Éditions du Seuil, 1996, p.43

L'« universalité » de l'obligation d'information implique donc d'une part que l'information soit dispensée par tout médecin, ainsi que l'information ait le même caractère loyal vis-à-vis de l'ensemble des patients afin qu'il ne puisse exister une médecine à deux vitesses. La sanction systématique de cette faute justifie cette « universalité ».

B) La justification de l'obligation d'information du patient

Si les détails sur la constitution de l'obligation d'information sont pauvres, la Cour ne manque cependant pas de justifier son raisonnement par un argument qui aura des répercussions dans l'élaboration de nombreux textes, tant sur le plan jurisprudentiel que sur le plan légal ou *supra* légal.

La justification est la violation du « *droit des malades* », et surtout « *le respect de la personne humaine* ». Cette solution semble véritablement avant-gardiste dans la mesure où l'on mentionne la notion de « *droits des malades* ». Remise dans son contexte, la solution semble même paradoxale. Rappelons que nous sommes sous la Seconde Guerre mondiale et que les expériences nazies sur des cobayes humains sont concomitantes à ladite décision.

La Cour mentionne également la notion de « *respect de la personne humaine* », ce qui nous renvoie inéluctablement à la notion de dignité humaine développée plus tard lors d'une décision constitutionnelle à propos des lois de bioéthiques⁹⁵. Cette décision, en son considérant numéro 2, évoque directement cette notion de protection de la dignité humaine contre les « *régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne* » durant le début des années 1940 en Europe.

Dès 1942, malgré les atrocités commises par les régimes totalitaires, la Cour de cassation dégage un principe central, précurseur et fondamental du droit médical, le respect implicite de la dignité humaine.

La dignité humaine est nécessairement liée au droit de la santé et à tous les principes qui le composent. Le droit de la santé touche de près à la personne, il concerne une matière, un art, qui a pour objet principal de toucher l'Homme dans sa chair. Dans la mesure où le corps, réification de la personne, connaît de nombreuses lésions du fait de l'art médical, il est nécessaire que la personne assujettie soit informée, hors cas de force majeure comme le mentionne la Cour, de manière assez précise afin de pouvoir consentir de manière libre et éclairée

⁹⁵ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « *Loi relative à la bioéthique* ».

Paragraphe 2 : Les caractères d'une obligation d'information généralisée à l'ensemble du droit et pharmaceutique

Une fois la première pierre posée par la jurisprudence « *Teyssier* », il a incombé à la jurisprudence postérieure et à la loi d'en dessiner les contours, les caractères afin de connaître les conditions d'application de cette obligation d'information. Cette dernière est applicable pour le patient qui se trouve face au professionnel (A) de santé mais également à la personne qui consomme des produits de santé, des produits médicamenteux (B).

A) L'obligation d'une information complète à la charge du professionnel de santé

Cette étude de l'obligation d'information nous démontrera que cette dernière est une « créance » dont dispose le malade vis-à-vis du professionnel de santé, un droit de la personne qui reçoit les soins, néanmoins, elle fût, un temps, également une prérogative de l'enfant à naître avec l'arrêt « *Perruche* ». Il incombe au professionnel de santé, en application de cette « créance », une obligation d'information dont il est débiteur et dont la violation entraînerait réparation en faveur du patient.

1) L'évolution de l'obligation d'information depuis l'arrêt « *Teyssier* »

Comme nous venons de l'énoncer, c'est par une prise de position jurisprudentielle qu'a vu le jour l'obligation d'information du patient, de manière non équivoque, par une position de principe en 1942. Cette position prétorienne a connu de nombreuses évolutions par d'autres arrêts mais aussi par la loi ou par la voie de la conventionalité, des textes internationaux.

a) L'évolution jurisprudentielle de l'obligation d'information

a1) L'obligation d'information selon la jurisprudence de la Cour de cassation

La Cour de Cassation fût la principale actrice de la définition des caractères de cette obligation d'information depuis l'arrêt « *Teyssier* », apportant peu à peu des éléments de réponse sur sa définition que nous donnerons à la suite de cette étude jurisprudentielle.

- *L'information des risques des pratiques médicales, l'instauration des critères de fréquence et de gravité*

Un arrêt rendu par la Première Chambre civile en 1988⁹⁶, précisa que l'obligation d'information portait sur les risques que pouvaient entraîner une intervention chirurgicale. En l'espèce, Mme Y, souffrant d'une luxation congénitale bilatérale des hanches, a subi plusieurs opérations pratiquées par le docteur X... Suite à des complications nerveuses et l'apparition d'une sciatique, la plaignante décida d'assigner son médecin en réparation du préjudice subi. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné le médecin au paiement de dommages et intérêts, en dépit de toute faute dans la conduite des opérations, pour négligence, pour avoir omis d'informer la patiente des risques possibles suite au traitement chirurgicale.

Le médecin contesta cet arrêt, estimant que le risque trop peu quantifiable était très peu connu des avancées scientifiques de l'époque, qu'un rapport quantitatif sur ces risques n'est paru qu'une année après l'intervention chirurgicale. Qu'étant un risque exceptionnel, il n'était pas tenu d'en informer la patiente.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi estimant que le dommage subi par Mme Y était la concrétisation d'un risque « *inhérent aux opérations correctrices de luxation congénitale de la hanche* », qu'il était dérisoire de savoir si le risque était exceptionnel ou non dans la mesure où le risque était tel qu'il aurait permis à la patiente « *de prendre sa décision après avoir comparé les avantages et les risques qu'elle courait* ».

La Cour de cassation dégage en l'espèce deux critères d'appréciation dans l'obligation du médecin que sont la gravité du risque et sa fréquence. En ce qui concerne cette dernière, la Cour écarte le caractère exceptionnel du risque afin de rejeter le pourvoi. Nous pouvons considérer, *a contrario*, que si elle avait retenu un tel moyen s'attachant à la fréquence de réalisation du risque, elle aurait pu faire droit au pourvoi et donc qu'un risque d'une fréquence exceptionnelle est un motif d'irresponsabilité du médecin vis-à-vis de son obligation d'information. Comment justifier une telle règle ? Pourquoi considérer qu'un risque exceptionnel ne permet pas de retenir la responsabilité d'un professionnel de santé ? Nous pouvons valablement considérer qu'une telle démarche relève de l'utilité du recours aux soins. Que l'énumération des risques peut procurer chez le patient un effet dissuasif du recours aux soins. Afin d'éviter un tel effet, la logique qui se dégage de la décision de la Cour de cassation est donc de considérer que ne constitue pas une faute, la non-information du patient concernant les risques mineurs dont la fréquence est exceptionnelle.

Le deuxième caractère évoqué par cette jurisprudence est bien plus implicite et se déduit de la syntaxe de la Cour de cassation. Il s'agit de la gravité du risque. En l'espèce, le risque était la paralysie de la sciatique, un risque assez grave qui dès lors semble écarter tout fait ou critère justificatif d'irresponsabilité pour le « débiteur » de

⁹⁶ Cour de Cassation, Première chambre civile du 19 avril 1988, n°86-15.607

l'information. En effet, la Cour énonce qu'il est « *peu important à cet égard que la fréquence de sa réalisation n'ait été chiffrée que postérieurement au traitement* », que ce qui importe est de pouvoir établir un rapport bénéfices et risques lorsque les risques encourus sont importants ou graves. En effet, la première chambre civile estime que le rapport quantitatif sur les risques de cette intervention chirurgicale, qui aurait pu véritablement révéler la fréquence exceptionnelle ou non, n'a que trop peu d'importance puisque le risque de paralysie est un risque grave. Le risque grave balaie donc ce critère de fréquence pouvant, lorsqu'il est exceptionnel, exonérer le médecin de toute responsabilité.

- *Le défaut d'information, la greffe d'un préjudice spécifique*

Dans une autre décision de 1990⁹⁷, la Première Chambre civile de la Cour de cassation apporte des précisions sur la qualification du préjudice subi. En l'espèce, un patient est atteint d'importants troubles de la vision suite à une effraction de la paroi interne de l'orbite droite survenue lors d'une opération visant à soigner une sinusite aiguë. Le médecin, faisant grief à l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon, fonde son pourvoi sur le fait que si le patient avait été informé du risque inhérent de cette opération, celui-ci aurait refusé l'intervention médicale.

La Cour de cassation rejette le pourvoi estimant que le manque d'information du patient a privé ce dernier d'une chance de prendre une décision autre que celle qui lui a causé ce dommage corporel. Il s'agit donc ici de l'avènement d'un qualificatif pour le préjudice subi par une personne privée d'une information complète sur les risques d'une intervention médicale. Comme nous le verrons plus tard, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat vont s'appuyer sur ce grief afin de justifier leur jurisprudence indemnitaire, même si celle-ci va connaître des évolutions. Il semble évident que le préjudice subi par la perte d'une chance soit ici soulevé. La Cour de cassation indique ici que ce préjudice est indépendant du préjudice physique subi, ce qui semble logique dans la mesure où la plupart du temps le préjudice physique n'est pas l'issue d'une erreur de conduite lors de l'opération. Ce préjudice a été vivement critiqué par la doctrine, cette dernière estimant que le préjudice de la perte d'une chance était le seul pouvant être retenu en l'espèce dans la mesure où le lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice physique subi était trop indirect. Il est clair que le préjudice physique subi ne connaît aucun lien réel avec le défaut d'information. Néanmoins ce défaut d'information constitue à lui seul la perte d'une chance de se soustraire à l'opération.

⁹⁷ Cour de Cassation, Première Chambre civile du 07 février 1990, n°88-14797.

- *L'urgence, impossibilité, refus et analyse subjective de l'intention du malade comme exceptions de responsabilité et qualités intrinsèques de l'information médicale*

La Cour de cassation va continuer à donner des précisions sur les caractères de l'information due au patient dans une jurisprudence abondante. Notamment, dans un arrêt du 7 octobre 1998⁹⁸ où la victime d'un accident perd l'utilisation de son œil gauche suite à une opération consistant à la mise en place d'un cadre de Hartchild et d'une greffe vertébrale lui causant une thrombophlébite du sinus caverneux.

Les juges du fond déboutent la patiente de sa demande, estiment que : « *l'information que doit donner le praticien n'est exigée que pour des risques normalement prévisibles, qu'en l'espèce, la complication de thrombophlébite du sinus caverneux bien que connue est très rare ; qu'il en déduit que le chirurgien n'avait pas à en avertir Mme X...* ». La Cour d'appel de Lyon ne reprend qu'à moitié le raisonnement qu'avait amorcé la Cour de cassation dix ans plus tôt lorsque cette dernière avait évoqué le critère de la fréquence. En effet, lorsque nous sommes face à un risque exceptionnel, le professionnel de santé n'est pas tenu à son obligation d'information mais la Cour d'appel oublie que ce critère de fréquence est effacé lorsque le risque est grave, un raisonnement implicite non retenu, en l'espèce, par les juges du fond.

Néanmoins, les juges du droit vont aller plus loin que leurs prédécesseurs dans leur raisonnement et vont reprendre les deux mêmes critères déjà évoqués que sont la fréquence et la gravité. Ils cassent donc la décision des juges du fond pour énoncer qu' : « *hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* ».

La Cour de cassation reprend donc de manière explicite, cette fois-ci, le raisonnement de l'arrêt de 1988 visiblement incompris par les juges du fond. Elle énonce bien que, malgré le caractère exceptionnel du risque, lorsque ce dernier est grave, le médecin est tenu par son obligation d'information qu'elle va détailler de manière exhaustive.

La Cour suprême de l'ordre judiciaire détaille les conditions dans lesquelles le médecin n'est pas tenu à son obligation d'information. Selon la solution énoncée, le professionnel de santé ne voit pas sa responsabilité engagée pour défaut d'information lorsqu'il est dans l'impossibilité de la donner, dans l'urgence ou qu'il se voit incapable de remplir son obligation par un refus du patient d'être informé. A ces trois conditions, deux décisions du 20 juin 2000 et du 03 novembre 2002 viendront en apporter une quatrième, celle où le patient ne peut démontrer qu'il aurait pris une décision différente s'il avait été informé des risques.

D'autant que cette solution ne s'arrête pas à cela, elle continue en détaillant les qualités intrinsèques de l'information donnée par le praticien. Cette dernière doit être

⁹⁸ Cour de cassation, Première chambre civile du 07 octobre 1998, n°97-10267.

loyale, claire et appropriée. Ces qualités de l'information sont logiques, comme nous le disions, le professionnel de santé, homme de savoir ne peut tenir un discours d'expert, incompréhensible auprès du patient profane.

Cela nous renvoie à la notion de déloyauté, au dol en droit commun des contrats, où chaque cocontractant doit traiter son partenaire comme quelqu'un de sa propre famille, il se doit d'avoir l'attitude la plus loyale possible. Pour exemple l'article 1116 du Code civil, en son alinéa premier, dispose que le « *dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Néanmoins, le droit spécial des conventions médicales conforte visiblement le fameux adage « *specialia generalibus derogant* ». En droit commun du contrat, la sanction pour cause de dol est la nullité du contrat, c'est à dire la destruction de la convention, accompagnée d'une rétroactivité. Le dol n'est retenu pour annuler une convention que lorsque l'une des parties n'a pas fait part d'une information précontractuelle de manière volontaire⁹⁹, mais que néanmoins, des dommages et intérêts peuvent être alloués pour le manquement à cette obligation¹⁰⁰. Nous reviendrons dans la seconde partie, relative au consentement sur l'ensemble des vices qui peuvent être soulevés.

La Cour de cassation stoppe sa démarche indemnitaire un tant soit peu par l'arrêt du 20 juin 2000¹⁰¹. Une jurisprudence constante qu'elle confirmera à plusieurs reprises dans l'avenir. En l'espèce, un individu est victime d'une perforation de l'intestin suite à une coloscopie avec ablation d'un polype. Il s'agit là de l'accomplissement d'un risque inhérent à l'intervention. La victime n'ayant point été avertie de ce risque, elle demande une indemnisation du préjudice subi.

Néanmoins, les juges du fond, avec « la bénédiction de la Cour de cassation », vont estimer qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, à indemnisation de la victime avec l'avènement d'une nouvelle exclusion de responsabilité du praticien. Cette dernière donne lieu à une analyse plus subjective que les précédentes. Elle prend en compte la personnalité du patient et son ardent désir à subir l'intervention médicale pour diverses raisons comme par exemple, en l'espèce, son caractère hypocondriaque exacerbé. Le consensus des magistrats édicte donc la règle selon laquelle le professionnel de santé ne peut être tenu pour responsable du défaut d'information lorsque l'accomplissement de cette obligation n'aurait pas influé sur la décision du malade. Cet argument est même recevable lorsque le risque est inhérent à l'intervention, qu'il n'est pas seulement exceptionnel, et lorsqu'il recouvre un caractère grave. Il s'agit donc ici une voie d'issue pour le professionnel de santé au caractère indemnitaire de la politique menée par les juridictions françaises depuis l'avènement de l'arrêt « *Teyssier* ». Il appartient, cependant, aux juges du fonds de prendre en considération plusieurs critères liés au patient comme son état de santé, l'évolution prévisible de ses affections, maladies, de sa personnalité, « *les motivations des*

⁹⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale du 28 juin 2005, n°03-16.794.

¹⁰⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 28 mai 2008, n°07-13.487.

¹⁰¹ Cour de cassation, Première chambre civile du 20 juin 2000, n°98-23046

propositions d'investigations ou de soins, les caractéristiques de ces investigations, de ces soins ou de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus ».

- *Une information complète en matière de chirurgie esthétique*

En 2013, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu un arrêt¹⁰² confirmant la tendance jurisprudentielle en matière de chirurgie esthétique quant à l'obligation d'information. En l'espèce, une personne, ayant recours à un acte de dermopexie avec pose d'implants mammaires en position rétro glandulaire, constate, le jour de l'opération, une perte de la sensibilité motrice du membre inférieur droit. La Cour d'appel confirme la décision de première instance faisant droit à la demanderesse et se prononce quant à l'obligation d'information. Estimant que cette dernière est « renforcée » en matière de chirurgie esthétique. Cette solution est la confirmation d'un argument jurisprudentiel déjà bien construit depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 janvier 1959 créant une obligation particulière d'information. Cela a été repris par la Cour d'appel de Lyon, le 8 janvier 1981, qui énonce que : « *le chirurgien esthéticien doit, plus que tout autre, informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles pouvant en résulter (...), le devoir d'information ne cessant pas avec l'achèvement de l'acte opératoire* ». Cette solution, reprise dans de nombreuses décisions, a connu une consécration avec la loi du 04 mars 2002.

- *La tentative de définition de l'information médicale au regard de la jurisprudence*

L'ensemble de ce *corpus* jurisprudentiel donne donc une définition des caractères de l'obligation du médecin. Hormis les cas de chirurgie esthétique où l'information du médecin doit porter sur les risques mêmes exceptionnels, pour les cas de médecine préventive ou curative, cette dernière ne peut porter que sur les risques normalement prévisibles à moins que le risque encouru ne soit d'une gravité telle que cette information devienne obligatoire même pour un risque exceptionnel.

L'information doit être claire, appropriée et loyale. Les notions de clarté et d'information adaptée sont subjectives car elles prennent en compte la personnalité du patient. L'information devra être claire et compréhensible pour le patient profane, alors qu'elle pourra être plus technique pour le patient expert. En ce qui concerne la loyauté, la convention médicale se distingue du droit commun des contrats par la sanction qui est, par essence, différente de la nullité traditionnelle. La loyauté, s'apprécie de manière subjective dans la mesure où le but recherché pour le professionnel de santé est l'accomplissement de cette convention par l'obtention du consentement du patient. Le rôle du médecin est d'apporter une réponse au mal-être de son patient et donc de lui permettre d'atteindre l'état de santé le plus accompli possible. Pour cela, l'information

¹⁰² CA Aix-en-Provence, Chambre 10 du 03 juillet 2013, n°11/1152.

de ce dernier sera orientée en fonction de la personnalité du patient comme l'indique la maxime d'Henri de Mondeville qui introduit notre propos.

Nous pourrions donc dire, au regard de l'ensemble de ces jurisprudences, que l'information médicale est l'obligation, incombant à tout professionnel de santé, de prévenir son patient des risques d'une gravité exceptionnelle ou fréquents, inhérents à une intervention médicale préventive ou curative, d'investigation ou de soin, tout en gardant pour objectif premier de convaincre le malade d'atteindre un état de santé optimal, sans user de manières frauduleuses, de mensonges ou de désinformation. La responsabilité du professionnel ne peut, néanmoins, être engagée en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé ou lorsque ce dernier aurait recouru, quelles qu'en soit les conditions, à l'intervention médicale.

a2) L'information médicale selon la jurisprudence du Conseil d'Etat

- *La prévalence du caractère exceptionnel devant le juge administratif ?*

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette dernière bien qu'admettant l'existence d'une responsabilité se fondant sur le défaut d'information, elle opte pour une vision et une théorie différente de celle de la Cour de cassation. Si nous retrouvons bien les deux critères de fréquence et de gravité, utilisés à la même époque par le juge judiciaire, leur appréciation demeure dissemblable. Dans un arrêt du 09 avril 1986¹⁰³, le juge administratif semble réfuter la thèse selon laquelle le critère de gravité l'emporte sur celui de la fréquence. Il considère qu'« *il est établi que M. X... avait été personnellement informé de la nature de l'acte qu'il devait subir ; que l'administration hospitalière n'a pas commis une faute en s'abstenant d'en informer, en outre, le médecin traitant du patient ; qu'en admettant que le requérant n'ait pas été averti des risques que comporte une artériographie médullaire, il résulte de l'instruction que rien ne permettait de craindre que M. X... fût exposé du fait de cet examen, à un risque grave, qui n'a qu'un caractère exceptionnel...* ». Le Conseil d'Etat reconnaît que lorsqu'un risque inhérent à une thérapie ne présente qu'un caractère exceptionnel, alors l'administration n'est pas tenue d'informer la personne.

Il confirme cette position dans un arrêt du 15 janvier 1988¹⁰⁴ où il révèle que « *la responsabilité du centre hospitalier ne saurait être engagée du fait que l'intéressée n'a pas été avertie des risques liés à l'intervention dès lors que ces risques ont un caractère exceptionnel* ». Une position alors bien différente de celle de la Cour de cassation qui s'oblige à analyser *in concreto* le caractère de la gravité afin de vérifier si ce dernier peut emporter le caractère exceptionnel du risque.

¹⁰³ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies du 09 avril 1986, n°47246.

¹⁰⁴ Conseil d'Etat, 5^{ème} sous-section, du 15 janvier 1988, n°65033.

Cette règle va changer au début des années 2000¹⁰⁵ où le Conseil d'Etat va juger que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ». Avec cet arrêt, nous sommes en présence d'un retournement de jurisprudence qui marquera la nouvelle conception de la responsabilité de l'assistance publique en matière d'information médicale. Le caractère de la fréquence ayant été abandonné au profit de celui de la gravité, désormais le Conseil d'Etat admet que lorsque la thérapie envisagée endosse un risque mortel ou d'« invalidité », il est indispensable que la personne soit informée desdits risques hormis lorsque l'« urgence », l'« impossibilité » ou le « refus du patient » justifie une telle abstention.

- *La similitude avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de chirurgie esthétique*

En matière de chirurgie esthétique, le Conseil d'Etat adopte une position similaire à celle de son homologue. En effet, très tôt, dans un arrêt du 15 mars 1996¹⁰⁶, le Conseil d'Etat admet qu'« en matière de chirurgie esthétique, le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client ». Notons que le juge administratif parle de « client » et non pas de « patient » ce qui semble expliquer une telle règle. Alors que le but recherché en matière thérapeutique est la préservation de la santé de la personne, il n'existe, dans cette démarche, aucune intention mercantile au contraire de la chirurgie esthétique qui reste fondée sur le confort plutôt que sur un aspect curatif. Dans cette logique, nous pouvons valablement estimer que le Conseil d'Etat réclame un régime plus strict dans la dispense d'information à l'égard de la personne ayant recours à la chirurgie esthétique en l'assimilant à un « consommateur ». A l'inverse, dévoiler l'ensemble des risques encourus par un « patient » risquerait de le dissuader d'avoir recours aux soins et, alors, de mettre en danger sa santé ou sa vie. Cette volonté démontre l'attachement du juge à ces deux valeurs mais également leur caractère contraignant.

a3) L'information médicale selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Pour la Cour européenne, le droit à l'information impacte le droit à la dignité humaine de la personne ainsi que son droit au respect de la vie privée.

¹⁰⁵ Conseil d'Etat, Section, du 05 janvier 2000, n°181899.

¹⁰⁶ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, du 15 mars 1996, n°136692.

- *Le consentement aux soins, une histoire de dignité humaine*

Au niveau de la jurisprudence européenne, plusieurs arrêts traitent de l'information médicale dans des contextes différents.

Un premier arrêt de 1992¹⁰⁷, énonce qu'un prisonnier, temporairement interné en hôpital psychiatrique du fait de la détérioration de son état physique et mental, à qui l'on injecte « de force » une substance (Taractan) afin de provoquer chez lui un état de somnolence et de pouvoir le transfuser, suite à quoi il a présenté des symptômes de pneumonie et de néphrite n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour réfute la requête de M. Herczegfalvy comme quoi l'administration de substances médicamenteuses sans consentement – et donc *a priori* sans information sur les risques – n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention, qu'il ne s'agit pas d'un traitement inhumain et dégradant, ni d'un acte de torture. Même si la Cour rappelle que les patients d'établissements psychiatriques doivent faire l'objet d'une vigilance particulière quant à la protection de leurs droits garantis par la Convention, elle retient néanmoins, en l'espèce, les arguments du Gouvernement selon lesquels, l'administration de substances de force n'avait pour seul objectif que l'avancée favorable de l'état de santé du plaignant, et que l'administration de sédatifs n'avait pour objet que de stopper son état de violence et de résistance face au personnel hospitalier.

- *L'avènement de la violation de la vie privée pour le défaut d'informations relatives à la santé*

Hors du cadre médical, la Cour a été interrogée, dans un arrêt de 1998¹⁰⁸, afin de savoir si l'information concernant la santé des individus relevait de l'article 10, paragraphe 2, concernant le droit à l'information ou de l'article 8 relatif au respect de la vie privée et de la vie familiale.

En ce qui concerne le droit à l'information prévue à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, la Cour a estimé que ce dernier ne créait pas un droit positif à la charge de l'État. Elle a estimé que l'Etat italien, en l'espèce, n'était pas dans l'obligation de divulguer des informations sur les risques pour la santé de citoyens vivant à proximité d'une usine chimique. Néanmoins, ce droit à l'information implique pour les Etats, signataires de la Convention, de ne pas s'opposer à la divulgation d'information lorsque la demande émane des citoyens.

Cette décision doit-elle faire jurisprudence ? Est-elle empreinte d'une valeur de principe juridique ? Assurément, nous pouvons imaginer qu'il n'en n'est rien de ce point de vue. Dans la mesure où, le droit à la santé est le pendant du droit à la vie si ardemment défendu par cette même Cour, nous pouvons considérer que l'information sur les risques pour la santé doit bénéficier d'une obligation positive des Etats. Ainsi, notre Code de la santé publique, en son article L.1171-1 prévoit d'assurer la promotion

¹⁰⁷ CEDH n°10533/83 du 24 septembre 1992, « *Affaire Herczegfalvy c/ Autriche* » :

¹⁰⁸ CEDH n°116/1996/735/932 du 19 février 1998, « *Affaire Guerra et autres c/ Italie* ».

des comportements préservant un état de santé. Nous pensons ici, par exemple, aux différentes mesures publicitaires mises en place afin de rappeler l'importance de la consommation d'une alimentation équilibrée, de la pratique d'une activité sportive ou de la lutte contre le tabagisme. La Cour énonce donc que : « *ladite liberté ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations* ». La décision apporte bien une précision sur l'applicabilité de l'article 10, paragraphe 2, et le droit à l'information, estimant que ce dernier ne pouvait être appliqué lorsque les faits étaient similaires à l'espèce et donc qu'il pouvait être applicable dans des situations différentes.

Néanmoins, c'est sous le visa de l'article 8 que la décision de la Cour prend tout son sens quant à l'information des risques sur la santé. En effet, la Cour considère que le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas garanti lorsque l'Etat ne fait pas parvenir les informations nécessaires, lui incombant en raison d'un décret transposant une directive européenne¹⁰⁹, permettant d'éviter les affections à l'environnement ou à l'homme et donc de prévenir les éventuelles atteintes à sa santé. Elle énonce que : « *les requérantes sont restées, jusqu'à l'arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine* ». Pour la Cour, le fait de ne pas avoir informé les requérantes sur les risques susceptibles de porter atteinte à leur santé, par le fait de rester à proximité de l'usine produisant des fertilisants, est une atteinte à leur vie privée et familiale de sorte à constituer une violation de l'article 8 de la Convention. En effet, la juridiction européenne justifie son propos en énonçant que si, en principe, l'article 8, alinéa second, tend à l'inaction des Etats dans la vie privée et familiale de leurs ressortissants, « *à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect de la vie privée ou familiale* ».

Désormais, nous pouvons nous poser la question de savoir quel est le lien entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la santé ? Si la Cour nous montre clairement, par cette décision, qu'un lien existe entre ces deux notions, si la violation du droit à la santé, par la non-information, entraîne la violation de l'article 8 de la Convention protégeant le respect de la vie privée et familiale, alors le droit à la santé n'est-il pas une composante de l'article 8 ? Le droit à la santé, dans sa conception subjective, serait-il, alors, un droit parmi les droits de la personnalité qui composent le droit au respect de la vie privée et familiale ? Nous répondrons à cette question dans notre deuxième partie.

En attendant, des pistes peuvent soutenir notre propos, comme l'article 3 du Code civil Québécois de 1994 qui dispose que : « *Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels que le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au*

¹⁰⁹ Directive CEE 82/501 relative aux risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles.

respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée » ou comme l'article 2 de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande selon laquelle : « *Chacun a droit au libre développement de sa personnalité pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale* ». Les notions de « *développement de la personnalité* », de « *droit à la vie* », « *à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne* » sont des notions intimement liées au droit à la préservation de la santé de la personne, un droit à son bien-être et à la sauvegarde de sa vie. La Cour européenne semble retenir une définition extensive du droit au respect de la vie privée, englobant le droit au respect de la santé.

Ce lien entre la notion de vie privée et santé a été confirmé de manière plus explicite par la Cour, notamment dans le fameux arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* de 2002¹¹⁰ que nous développerons en deuxième partie.

Cette tendance jurisprudentielle sera répétée dans un arrêt du 24 septembre 2004¹¹¹ où la Cour déclare qu'outre le respect des « *éléments se rapportant à l'identité d'une personne tels que son nom ou son droit à l'image* », le droit au respect de la vie privée « *couvre l'intégrité physique et morale d'une personne* » dont la santé est une des composantes. L'information médicale qui tend à prévenir des risques pour la santé de la personne, pour le respect de son intégrité physique, morale ou sur son droit à la vie est en conséquence un élément constitutif de la vie privée.

Dans un contexte un tant soit peu plus médical, la Cour a rendu un arrêt important le 19 octobre 2005¹¹². Monsieur Roche, militaire dans les années 1960 de l'armée anglaise, s'est porté volontaire, à deux reprises, pour que des expériences soit effectuées sur sa personne. Les expériences consistaient en l'exposition de ce dernier à des gaz, notamment le gaz moutarde et des gaz neurotoxiques, en contrepartie d'une solde supplémentaire pour Monsieur Roche. Des années plus tard, suite à des troubles respiratoires, le plaignant forma un recours devant la Cour européenne sur le fondement de l'article 8 et de l'article 10, estimant qu'il eût à l'époque que très peu d'informations sur les risques de ces expériences. La juridiction européenne a considéré que : « *la question de l'accès à des informations qui auraient pu soit apaiser les craintes de l'intéressé, soit lui permettre d'évaluer le danger auquel il avait été exposé, présente un lien suffisamment étroit avec la vie privée du requérant au sens de l'article 8 pour soulever une question sur le terrain de cette disposition* ».

Cette décision est beaucoup plus explicite que les précédentes en ce qui concerne l'information du patient. En effet, la Cour estime que l'information médicale est nécessaire, et relève de l'article 8 CEDH, dès lors qu'elle permet au patient, au malade, au sujet d'expérience, d'évaluer les dangers auquel il s'expose. Nous pouvons considérer que cette décision est plus percutante, plus appropriée à notre démonstration, et surtout, rejoint la jurisprudence française en ce qui concerne l'évaluation des risques.

¹¹⁰ CEDH du 29 avril 2002, n°2346/02, « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* ».

¹¹¹ CEDH du 24 septembre 2004, n°59320/00, « *Affaire Von Hannover c/ Allemagne* ».

¹¹² CEDH du 19 octobre 2005, n°32555/96, « *Affaire Roche c/ Royaume-Uni* ».

Néanmoins, là où la jurisprudence française considère que le défaut d'information est une faute autonome, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) la rattache à un droit fondamental et protégé par la Convention, le respect de la vie privée et de la vie familiale. Le respect de la santé et tous ses corollaires, comme notamment le droit à l'information, sont dépendants de l'article 8 et non pas de l'article 10, relatif au droit à l'information, comme l'a encore rappelé la CESDH.

Est-il nécessaire de fonder les recours devant les juridictions nationales sur l'article 8 CEDH ? À cette question il nous faudra répondre par la négative. En effet, dans la mesure où la jurisprudence française a édifié un principe solide de l'information médicale, il n'est pas nécessaire et indispensable, d'invoquer l'article 8 de la Convention. Les conditions de mise en responsabilité du praticien sont telles, qu'il est très difficile pour ce dernier qu'elle ne soit pas engagée. Si la « boîte de Pandore » venait un jour à se refermer, il faudrait, alors, ne pas hésiter à soulever cet argument juridique pour la rouvrir.

b) L'analyse légale de l'obligation d'information

Les lois de 2002 ont permis de concrétiser une avancée notable dans la sauvegarde « des droits du patient ». La loi du 02 janvier 2002¹¹³, dans un premier temps, et la loi du 04 mars 2002¹¹⁴, dans une mesure plus importante en ce qui concerne notre propos, représentent selon Lucie Cluzel-Métayer, maître de conférence à l'Université Paris II, « la consécration solennelle » du consentement¹¹⁵.

Le consentement étant libre et éclairé à la condition d'une information préalable, comment cette information est-elle définie par la loi française ? Retrouve-t-on les caractères préalablement établis par la jurisprudence ? Comment les lois étrangères de leur côté, appréhendent-elles la question de l'information médicale ?

b1) L'obligation d'information médicale dans les lois françaises

- *La recherche de l'autonomie et du respect de la dignité de l'utilisateur des services sociaux et médico-sociaux via l'information*

La loi du 02 janvier 2002 vient modifier, compléter le Code de l'action sociale et des familles (CASF). Notre but sera de relever l'ensemble des dispositions relatives à l'information du patient, à l'obtention de son consentement libre et éclairé. Dès l'article 2, retranscrit dans l'article L. 116-1 du CASF, nous trouvons une obligation pour les personnes publiques permettant l'« autonomie » des personnes. L'« autonomie » des personnes signifie la capacité à agir seules, à consentir, à contracter dans le domaine

¹¹³ Loi n°2002-2 du 02 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale

¹¹⁴ Loi n°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

¹¹⁵ L. Cluzel-Métayer, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », RDSS 2012, p. 442.

médico-social, et pour ce faire, l'Etat et l'ensemble des personnes publiques affiliées à ce secteur sont tenus à une obligation d'information prévue à l'article 5 de ladite loi.

Cet article 5 énonce que : « *L'action sociale et médico-sociale, au sens du présent code s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale suivantes :* » et notamment par l' : « *Evaluation et prévention des risques sociaux et médico-sociaux, information, investigation, conseil, orientation, formation, médiation et réparation* ». Plusieurs missions correspondent à une mission d'information dans le cadre social et médico-social, outre l'information qui est une mission à part entière, le conseil, l'orientation, la formation sont également des missions qui peuvent être traduites par la transmission d'informations, permettant l'obtention de l'autonomie des personnes capables d'agir par leur propre consentement, libre et éclairé et par la protection et le « *respect de l'égalité dignité de tous les êtres humains* » selon l'article 3 de ladite loi.

L'article 7 est d'autant plus explicite dans la mesure où il énonce, en son alinéa premier, que l' : « *exercice des droits et libertés individuels est garanti* » pour l'ensemble des individus pris en charge par les établissements et services médico-sociaux. A cette fin, l'article liste l'ensemble des actions menées dont « *le respect de la dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité* » (1° de l'article 7). A partir de là nous pouvons nous demander si l'ensemble de ces actions tend à protéger le consentement de la personne, son droit à l'information préalable. En ce qui concerne la dignité humaine, un raisonnement plus approfondi sera établi plus loin dans notre démonstration, néanmoins, nous pouvons d'ores et déjà dire que les deux notions semblent être proches, notamment en matière médicale dans la mesure où l'acte médical touche à la personne à son intégrité physique. La protection de cette dite « *intégrité* », prévue aux articles 16 et suivants du Code civil, est certainement un corollaire de ce grand principe de respect de la dignité humaine. Cependant, ce que nous pouvons admettre, c'est que les notions de « *vie privée* » et d' « *intimité* », synonymes, disposent d'un lien avec la notion d'information médicale. Comme nous l'avons vu, la Cour européenne des droits de l'homme a fait un rapprochement certain entre ces deux notions dans sa jurisprudence constante, « *Guerra et autres c/ Italie* » (n°14966/89), « *Pretty c/ Royaume-Uni* » (n° n°2346/02), « *Von Hannover c/ Allemagne* » (n°59320/00) ou encore « *Roche c/ Royaume-Uni* » (n°32555/96). Elle a systématiquement considéré que le manquement à la transmission d'une information essentielle pour la sauvegarde de la santé de l'individu entraînait la violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Elle a notamment apprécié dans son arrêt « *Roche c/ Royaume-Uni* », que le défaut d'information prive l'individu d'un réel pouvoir de décision dans la mesure où celui-ci ne se trouve pas dans la capacité d'établir un rapport bénéfiques, risques essentiel à l'expression de la volonté du malade.

En ce qui concerne la notion de sécurité invoquée comme dernière mission de l'Etat dans le domaine médico-social s'agit-il d'une simple formulation tendant à la protection de l'intégrité physique ou moral des individus ou doit-on y voir une signification plus profonde ? Même si ce terme semble prendre le sens de la protection de l'individu,

pourquoi alors le séparer de la notion d'intégrité dans cette juxtaposition ? Quel est le but de mettre cette notion en bout de liste si ce n'est de l'exposer, de la montrer et de lui donner une force légale ? Pourquoi ne pas imaginer qu'il s'agit, ici, d'une « liberté publique », le droit à la sécurité contre les agissements des administrations, face à leurs actes administratifs, leurs circulaires, règlements intérieurs ? La liberté publique ayant vocation à protéger l'individu contre les décisions de l'administration, le droit à la sécurité pourrait légitimement trouver sa place ici, comme rempart et protection des diverses libertés publiques inhérentes à l'homme et au respect de son corps.

Les autres moyens visés par l'article au respect des missions de l'Etat sont la recherche du « *consentement éclairé* » de la personne ou de son représentant légal afin de favoriser l'autonomie de cette dernière (3°), l'accès aux informations relatives « *à sa prise en charge* » (4°) ou encore une « *information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales ou contractuelles dont elle bénéficie* » (5°).

Nous pouvons constater que le processus de recherche du consentement et le devoir d'information empreignent largement cette loi. Comme il y est clairement mentionné, la recherche de l'autonomie de l'individu fonde la direction, la portée entreprise par ce texte. Comment peut-on imaginer une personne autonome, libre dans les rouages de l'administration médico-sociale si cette dernière est dénuée de droit d'information ? Dès lors, nous pouvons légitimement considérer que le défaut d'information mène au dévoiement des droits fondamentaux.

- *La loi sur les droits des patients en France, la consécration d'une liberté publique*

En ce qui concerne la loi du 04 mars 2002, celle-ci énonce le principe de l'information médicale. Elle a été modifiée par une loi du 21 juillet 2003¹¹⁶, puis par une loi du 11 février 2005¹¹⁷. En tout état de cause, la législation actuelle des « droits des malades et à la qualité du système de santé » fait de nombreuses références au droit à l'information du patient. L'information médicale est, dans le Code de la santé publique (CSP), une notion éparse envisagée de manière spéciale dans de nombreux textes en fonction de la spécificité médicale (notamment en matière de chirurgie esthétique).

- *L'avènement d'une définition légale du droit à l'information médicale*

Pour le principe, il est mentionné à l'article L.1111-2 du CSP qui définit l'information médicale et ses caractères. Il énonce en son alinéa premier, que l'information du patient doit porter sur « *son état de santé* », « *sur les différentes investigations, traitements, ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent*

¹¹⁶ Loi n°2003-660 du 21 juillet 2003

¹¹⁷ Loi n°2005-102 du 11 février 2005

ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus », l'obligation d'information continue après l'acte médical si des « *risques nouveaux sont identifiés* » sauf s'il est impossible de retrouver la personne.

Ce premier alinéa est riche d'informations et reprend pour partie les caractères avancés par les jurisprudences de la Cour de cassation. En effet, il rappelle en « préambule », dans sa première phrase, que l'obligation d'information porte sur la santé du patient. Abordée d'une manière générale, globale, cette information concerne la santé du patient au moment de sa rencontre avec le praticien mais elle concerne également son état de santé futur, prévisible à l'issue du traitement, mais également comme cela est énoncé par la suite sur son état de santé lié aux risques que peuvent entraîner les différentes actions médicales. Dès 1999, Pierre Sargos, conseiller à la Cour de cassation, avait estimé que « cette information devait avoir une dimension globale »¹¹⁸. Pour lui, l'information doit également porter sur l'état de santé du patient et sur les évolutions de ce dernier à raison des différents risques dus à la thérapie.

En ce qui concerne l'état de santé découlant des thérapies, l'ensemble des actions envisagées doit être proposé au patient en envisageant pour chacune d'elles leurs risques inhérents. Cela afin que ce dernier puisse effectuer un rapport bénéfices, risques lui permettant de choisir et de consentir à la thérapie la plus adaptée. Le législateur a ajouté, deux caractères que sont l'utilité de la thérapie et son urgence. Parmi les solutions thérapeutiques envisageables par le patient ce dernier devra choisir celle qu'il estime la plus utile et celle envisageable à plus ou moins long terme selon l'urgence.

Pour la fréquence et la gravité, le législateur reprend la jurisprudence antérieure afin de considérer qu'il est tenu à l'information des risques fréquents inhérents à l'acte médical et sur les risques simplement prévisibles, donc même exceptionnels, lorsque ceux-ci sont entachés d'une certaine gravité.

Un autre apport important de la loi est la durée de l'obligation d'information. Selon le législateur, l'obligation d'information n'incombe pas au praticien seulement de manière préalable, c'est à dire en amont à l'acte médical. En effet, cette dernière perdure dans le temps dès lors que les « *données acquises de la science* » permettent d'évaluer de nouveaux risques fréquents ou graves.

- *La mise en œuvre et les caractères du droit à l'information*

Les alinéas suivants apportent d'autres précisions sur ce droit à l'information comme notamment le fait que celle-ci soit dispensée lors d'un « *entretien individuel* » (alinéa 3), que le droit à l'information implique un droit à la non-information dans la mesure où cette ignorance n'aboutit pas sur un risque de transmission pour les tiers (alinéa 4). L'information doit être distribuée aux personnes exerçant l'autorité parentale pour les mineurs ou pour le tuteurs des personnes incapables. Néanmoins, les « *intéressés* » ont également droit à la réception de l'information (alinéa 5).

¹¹⁸ P. Sargos, « L'obligation d'informer le patient », Les Petites Affiches du 22 septembre 1999, n°189, p. 09.

Enfin, l'alinéa 2 énonce le principe repris par l'arrêt Teyssier. Le principe d'« universalité » de l'obligation d'information. L'article dispose que l'« *information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables* ». Il n'y a donc aucune distinction entre la médecine libérale ou la médecine privée qui relève d'une relation contractuelle¹¹⁹ et la médecine publique, la médecine statutaire. L'ensemble des professionnels de santé est concerné.

L'article énonce également les conditions dans lesquelles la responsabilité du médecin ne peut être engagée. L'urgence, l'impossibilité (alinéa 2) ainsi que le refus d'information du patient (alinéa 4) sont les seules causes d'irresponsabilité retenues par le législateur. Le législateur n'a pas voulu consacrer la cause d'irresponsabilité selon laquelle un médecin ayant omis de divulguer une information, ne peut être déclaré fautif si le patient aurait, quoi qu'il arrive, recouru aux soins.

Cette présentation succincte mais complète de l'information médicale nous donne une idée de la volonté du législateur de protéger le patient des abus de pratiques médicales en lui donnant un réel droit à l'information. Le principe essentiel de ce droit est l'« universalité » du droit à l'information dans le sens où, comme nous l'avons énoncé, ce principe incombe à l'ensemble des professionnels de santé et bénéficie donc à l'ensemble des patients. Que la personne soit majeure, majeure protégée, mineure, usager du service public, patient d'un établissement privé, l'information fournie doit être similaire. Cette information tend d'ailleurs à être similaire avec les « *recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information* » fournies par la Haute Autorité de Santé et « *homologué par arrêté du ministre chargé de la santé* ».

- *Un droit universel à l'information, un droit renforcé dans les matières sensibles*

Ce principe d'information étant universel, il existe des matières médicales où son application se voit fortifiée. Il s'agit de matières sensibles comme les recherches biomédicales où les conditions d'information du patient, prévues par une loi de 2004¹²⁰, sont renforcées. En effet, l'article L. 1122-1-1, alinéa 1, du CSP énonce qu' : « *Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1* ».

L'information prévue à l'article précité est beaucoup plus complète que le principe d'information mentionné à l'article L. 1111-2 car outre les obligations de cet article d'autres éléments doivent être fournis. La personne se soumettant à une recherche biomédicale doit être informée de « *l'objectif, la méthodologie et la durée de la*

¹¹⁹ Nous abordons ce sujet plus loin. Effectivement, dans la seconde partie, nous appuyant sur la liberté contractuelle pour soutenir le droit au consentement de la personne, nous évoquons la qualité de la relation patient/médecin qui fût basée sur le principe de la relation contractuelle avec l'arrêt « *Mercier* » puis remis en cause au début des années 2010, puis effectuant un retour en force depuis 2014.

¹²⁰ Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

recherche » (1°), des « *bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme* » (2°), des « *éventuelles alternatives médicales* » (3°), des « *modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, si une telle prise en charge est nécessaire, en cas d'arrêt prématuré de la recherche, et en cas d'exclusion de la recherche* » (4°), de l'avis des comités de protection des personnes prévus à l'article 1123-1 CSP et de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé prévue à l'article 1123-12. « *Il l'informe également de son droit d'avoir communication, au cours ou à l'issue de la recherche, des informations concernant sa santé, qu'il détient* » (5°). Le patient peut également être informé de son « *interdiction de participer simultanément à une autre recherche ou la période d'exclusion prévue par le protocole et son inscription dans le fichier national prévu à l'article L. 1121-16* » (6°).

Outre ces informations, le patient doit également être averti qu'il est pour lui loisible « *de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité, ni aucun préjudice de fait* » selon l'alinéa 2.

Néanmoins, selon l'alinéa 3 de ce même article, l'information peut être succincte dès lors que la recherche concerne des personnes saines et si elle ne « *présente aucun risque sérieux prévisible* ».

La loi de bioéthique de 2004¹²¹ prévoit à l'article L. 1244-7, alinéa 2, une information particulière pour la donneuse d'ovocytes qui doit être prévenue : « *des conditions de stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire. Elle est informée des conditions légales du don, notamment du principe d'anonymat et du principe de gratuité* ».

Comme nous l'avions déjà énoncé, en matière de chirurgie esthétique l'information du patient est également accrue. En effet, sous l'impulsion de la jurisprudence, une ordonnance de 2003¹²² énonce que : « *Pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications.* » Ici, même les risques éventuels doivent être mentionnés lors de l'information du patient ou du « client ». En effet, la pratique de chirurgie esthétique tendant à se banaliser, l'obligation d'information est légitimement renforcée pour éviter les éventuelles dérives des praticiens qui deviennent de véritables prestataires de services.

Enfin, en matière de don d'organes, il existe également une information renforcée aux alinéas 2 et 3 de l'article R. 1231-1¹²³ du CSP. L'information concerne le donneur,

¹²¹ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

¹²² Ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003 portant « simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation »

¹²³ Article 2 du décret n°2012-1035 du 7 septembre 2012

elle est « *délivrée par le comité d'experts ou, en cas d'urgence vitale, par le médecin qui a posé l'indication de greffe ou pas tout autre médecin du choix du donneur porte sur les risques courus par le donneur, sur les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique du prélèvement, sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur ainsi que, le cas échéant, sur les modalités d'un don croisé. Elle porte également sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur* ». Nous voyons donc bien que l'information est renforcée car elle ne concerne pas seulement les risques liés à la santé physique comme peut le sous-entendre l'article L. 1111-2, elle ne concerne pas simplement les dommages corporels mais envisage également les différents risques de troubles mentaux et les impacts que l'ensemble de ces risques peuvent avoir sur la vie du donneur.

La justification de l'information renforcée en matière de don d'organes est soulignée dans l'alinéa suivant. En effet, le comité chargé de vérifier la réelle volonté du donneur, « *s'assure que ce dernier a mesuré les risques et les conséquences du prélèvement au vu de l'information qui lui a été délivrée* ».

Le don d'organes est un domaine tellement sensible d'un point de vue éthique, d'un point de vue du sacrifice personnel que l'information sur les risques ne peut qu'être renforcée au plus haut point. Cela se concrétise dans notre législation car malgré la délivrance de l'information par un comité d'experts ou un professionnel de santé chargé du prélèvement, ce comité va vérifier la bonne diffusion de l'information mais également sa compréhension de la part du donneur lors d'une audition.

b2) L'obligation d'information médicale dans les réglementations étrangères

L'étude comparée du droit à l'information nous permet de distinguer les différences que peut revêtir cette dernière. Ce que nous pouvons remarquer, c'est la reconnaissance du droit à l'information dans la plupart des pays étrangers. Cette information est néanmoins définie différemment, laissant plus ou moins de place à son interprétation. Par exemple, comme nous le verrons ci-après, en Belgique la définition légale du droit à l'information médicale est plus large que la nôtre ou encore que celle de l'Espagne et laisse donc plus de place à l'interprétation. Cela est-il mieux ? Pas nécessairement, comme nous le démontrerons plus loin, une définition trop large est dangereuse pour la sécurité juridique et l'application d'une même règle aux mêmes espèces, et une définition trop étroite peut, parfois, être trop restrictive de liberté.

- *La définition large du droit à l'information par la législation belge*

En ce qui concerne les législations étrangères, notamment le droit belge, une loi de 2002¹²⁴ « *Relative aux droits du patient* » reconnaît un droit à l'information de ce dernier et en détermine les contours.

¹²⁴ Loi n°2002022737 du 22 août 2002 « *Relative aux droits du patient* »

L'article 7 de ladite loi définit les contours de l'information et donne une définition très proche de notre article L. 1111-2. L'alinéa 1^{ier} de l'article reste néanmoins beaucoup plus vaste et plus large que le nôtre. En effet, il énonce que : « *Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à toutes les informations qui le concerne et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état et son évolution probable* ». Là où notre Code de la Santé publique détaille l'ensemble des domaines où le patient a droit à une information, la loi belge, elle, énonce un principe général applicable en toutes circonstances et semble favorable au patient. Néanmoins, même si la loi française conditionne l'information au patient cette dernière semble complète car elle envisage les différentes situations possibles de la relation patient-professionnel de santé.

En Belgique, l'information incombe également à tout professionnel de santé (la loi parle de « praticien professionnel »). Ce dernier doit informer le patient dans une langue claire. Même si cette condition de clarté et de loyauté sur la forme du discours du médecin n'est pas envisagée par notre Code de la Santé publique, cette condition existe néanmoins par un principe jurisprudentiel évoqué préalablement. Le patient peut refuser l'information sauf lorsque cette désinformation pourrait constituer un risque pour les tiers.

La loi belge sur l'information semble donc similaire à la nôtre. La seule différence c'est que cette loi laisse une part plus importante à l'interprétation et au développement que la nôtre. Ce qui, au niveau de la sécurité juridique, n'est pas forcément plus mal dans la mesure où la loi a vocation à s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des affaires en cours devant les tribunaux.

- *La reconnaissance du droit à l'information via le code de déontologie médicale au Luxembourg*

Au Luxembourg, la loi reconnaît le droit à l'information du patient de manière indirecte. Si ce droit n'est pas directement reconnu par une loi ou un règlement, c'est au travers du Code de déontologie, codifié par un Arrêté ministériel¹²⁵, que ce droit tient force de loi. Ce sont les articles 35 à 37 de ce Code de déontologie qui déterminent l'information due au patient.

Les caractères du droit à l'information luxembourgeois et sa définition sont très proches de notre législation française. Même si l'article 35 rappelle que l'information doit être « *loyale, formulée dans un langage clair et adapté à ses capacités de compréhension et d'assimilation* », il rappelle les mêmes critères d'exclusion de responsabilité du médecin que sont l'« *urgence* », le « *refus du patient* » et « *l'impossibilité* ».

L'article 36, tout comme l'article L. 1111-2, détermine les domaines de l'information, à savoir sur « *les investigations à prévoir, les risques des mesures diagnostiques et thérapeutiques prévues, les risques de l'absence de traitement, etc.* » sans pour autant se prononcer sur la condition de fréquence et de gravité. Doit-on en conclure que ces

¹²⁵ Arrêté ministériel du 7 juillet 2005 approuvant le code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste édicté par le Collège Médical

conditions n'existent pas selon le droit luxembourgeois ? « *Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* », il faudrait alors comprendre que ces conditions ne sont pas retenues.

L'article 37 reconnaît un droit de refus de l'information qui n'est pas « *absolu* » dans la mesure où le patient ne peut passer outre s'il en résulte un grave préjudice pour lui ou pour un tiers.

Enfin, le principe d' « universalité » ne semble pas être le même qu'en France ou en Belgique dans la mesure où le texte s'adresse seulement au « *médecin* ». Que faut-il entendre par ce terme ? Le « *médecin* » est-il uniquement le médecin généraliste ? Est-il seulement un membre du corps médical parmi d'autres ? Ce texte, Code de déontologie médicale ne semble s'adresser qu'aux membres du corps médical, à savoir le médecin généraliste tout comme le spécialiste, le dentiste ou toute autre membre assermenté par l'ordre médical. En sont donc exclues les professions paramédicales comme les kinésithérapeutes, les infirmiers ou encore les podologues etc. Cette obligation d'information est donc de ce fait beaucoup plus restreinte de par la liste des membres tributaires à son accomplissement dans la mesure où notre droit français évoque la notion de « *tout professionnel de santé* ».

- *La loi espagnole, une loi proche de la loi française*

En Espagne, c'est une loi du 15 novembre 2002¹²⁶ qui organise le droit à l'information du patient. L'article 2 de la loi commence par énoncer que l'ensemble de ces dispositions, garantissant un droit à l'information, tendent à promouvoir le respect de la dignité humaine.

Le droit espagnol estime que l'ensemble des patients ont « *le droit de connaître* » l'ensemble des informations disponibles sur sa santé. L'article 4 continue en indiquant que le droit à l'information implique également un droit à la non-information. L'information concerne la finalité et la nature de chaque intervention et l'ensemble de ses risques et conséquences.

L'alinéa suivant insiste sur la véracité de l'information ainsi que sur sa clarté, sur son adaptation en fonction des capacités de compréhension du patient afin de l'aider à prendre une décision de manière libre et autonome. L'obligation d'information incombe au médecin responsable mais également à l'ensemble des acteurs de santé présents durant le processus de soins.

L'article 5, alinéa 1, énonce que le patient est le titulaire de ce droit à l'information mais également sa famille dans la mesure où le malade ne le refuse pas de manière expresse. En ce qui concerne le patient incapable, il s'agira alors d'informer son représentant légal. En cas d'incapacité pour le patient d'entendre l'information du médecin, alors ce dernier devra informer sa famille. De même, le médecin pourra juger de ne pas informer le patient pour des raisons objectives et de nécessité thérapeutique si cette information risque de nuire gravement à la santé du patient.

¹²⁶ Loi 41/2002 du 14 novembre 2002 portant « Régulation de l'autonomie du patient et les droits et obligations en matière d'information et de documentation clinique »

Enfin, l'article 6 de la loi de 2002 permet à tout citoyen ou à un ensemble de citoyens de connaître les problèmes sanitaires d'une collectivité lorsque ces derniers impliquent des risques pour la santé publique ou individuelle.

La loi espagnole est donc semblable à la loi française en matière d'information médicale, elle prévoit une information complète à tous les stades du processus médical, par l'ensemble des intervenants, elle prévoit également un principe d'universalité par son article 1 qui rappelle que cette obligation incombe aux médecins du secteur public comme du secteur privé. Néanmoins, elle s'attarde moins sur les conditions d'irresponsabilité du médecin, qui semble être tenu à un devoir d'information auprès de la famille du malade lorsque ce dernier n'est pas en mesure de l'entendre. Elle semble donc beaucoup plus stricte que la loi française qui à elle seule prévoit trois causes d'irresponsabilité du médecin.

- *Une loi québécoise ni trop large, ni trop étroite*

Pour le Canada, une loi québécoise modifiée en 2014¹²⁷ apporte des précisions quant aux droits des usagers des services médico-sociaux. L'article 8 énonce que : « *Tout usager des services de santé et des services sociaux a le droit d'être informé sur son état de santé et de bien-être, de manière à connaître, dans la mesure du possible, les différentes options qui s'offrent à lui ainsi que les risques et les conséquences généralement associés à chacune de ces options avant de consentir à des soins le concernant* ». Il s'agit d'un alinéa complet car comme pour les lois européennes, la loi québécoise prévoit une ample information qui concerne autant l'état de santé actuel du patient que les risques liés aux différentes interventions qu'il peut subir.

Selon l'alinéa 2, l'information concerne également les conséquences d'un accident médical survenu durant une intervention. En effet, il énonce qu' : « *Il a également le droit d'être informé, le plus tôt possible, de tout accident survenu au cours de la prestation de services qu'il a reçu et susceptible d'entraîner ou ayant entraîné des conséquences sur son état de santé ou son bien-être ainsi que des mesures prises pour contrer, le cas échéant, de telles conséquences pour prévenir la récurrence d'un tel accident* ». La loi française ne mentionne pas l'information liée aux accidents mais cette dernière n'est-elle pas un pléonasme ? Dans la mesure où l'accident médical est un risque de l'intervention médicale initiale, l'information de ce dernier peut être envisagée dès la prise en charge du patient.

Selon l'article 12, le droit à l'information peut être dispensé au titulaire de l'autorité parentale du mineur ou au représentant légal du majeur incapable, par tout mandataire engagé par un majeur « *inapte* » antérieurement à son incapacité, à une « *personne qui démontre un intérêt particulier pour l'usager majeur inapte* ».

Nous pouvons constater que de nombreux Etats ont édicté des normes similaires aux nôtres en matière d'information du patient. Ces législations sont plus ou moins précises,

¹²⁷ Loi du 5 janvier 2014, n°RLRQ c S-4.2, portant « Loi sur les services de santé et les services sociaux »

plus ou moins générales, connaissent le principe d' « universalité » de l'information ou non mais une différence flagrante ressort de cette analyse légale comparée. La France a une avance sur les autres dans la mesure où elle envisage une information post opératoire. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article L. 1111-2 prévoit cette possibilité pour le patient d'être informé après un traitement sur les risques de ce dernier compte tenu des nouvelles informations médicales acquises par les professionnels de santé. Cette obligation pour les professionnels de santé semble, néanmoins, très lourde dans la mesure où cette loi n'inclut aucune limite temporelle. Le médecin est donc lié tout au long de sa carrière à la personne qu'il a soigné. La seule limite reconnue étant celle de l'impossibilité de retrouver la personne. Cette limite implique donc que le médecin prouve qu'il a tout mis en œuvre pour retrouver une personne mais que l'ensemble de ces manœuvres n'a pu aboutir sur la localisation de la personne.

Néanmoins, la question est de savoir si cette partie de l'information médicale concerne notre propos relatif au consentement ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où il s'agit d'une information *a posteriori* et que le consentement du patient a déjà été donné préalablement à l'intervention médicale et seule l'information médicale *a priori* peut être considérée comme étant nécessaire au libre consentement de la personne.

2) L'information sur la maladie de l'enfant à naître : l'affaire « Perruche »

Il exista une jurisprudence « folle », du moins « saugrenue » en l'arrêt Perruche¹²⁸, dans la mesure où elle a établi un préjudice de naissance, qui considéra que la mauvaise information sur l'état de santé d'un embryon causait un préjudice à la mère du fait de la mauvaise santé de son enfant. S'en est suivie une disposition législative, dite loi anti-Perruche, intégrée dans la loi du 4 mars 2002.

a) La jurisprudence « Perruche », le point de départ d'une polémique juridique à propos de la mauvaise information

Dans les faits et la procédure, il s'agit du combat d'époux, de parents, d'une famille, et surtout d'une mère qui, en 1982, contaminée par le virus de la rubéole décide qu'en cas de présence de la maladie lors d'une gestation, celle-ci y mettrait fin afin de préserver l'état de santé du fœtus, de l'enfant à naître. Suite à deux analyses sanguines, les résultats du laboratoire, contradictoires mais vérifiés, annoncent que Mme P est immunisée contre ladite maladie.

Suite à cette information elle décida donc de poursuivre sa grossesse future et mis au monde Nicolas, le 14 janvier 1989, qui, un an plus tard, développa d'importants troubles neurologiques causés par une rubéole intra-utérine.

¹²⁸ Cour de cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, n°99-13701

S'en suit une longue bataille judiciaire qui aboutira en 2000. Les premiers juges ayant fait droit à la demande Mme P., s'en est suivi un bras de fer entre cours d'appel, défenderesse de l'irresponsabilité du Médecin et du laboratoire d'analyses et la Cour de cassation qui au contraire manifesta une volonté exacerbée d'établir une nouvelle règle dans la réparation d'un préjudice subi pour mauvaise information sur l'état de santé de l'enfant à naître.

La Cour de cassation, rassemblée en son Assemblée plénière, décida, le 17 novembre 2000 de faire droit aux moyens fournis par les époux P. Elle considéra que : « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ».

Pour Jacques Bonneau¹²⁹, ancien chargé de cours à l'Ecole polytechnique, la décision des premiers juges et de la Cour de cassation dans ses deux interventions est d'une logique implacable, « rigoriste » dans la mesure où les magistrats se fondent avec rigueur sur le droit des contrats, sur le consentement de Mme P. En effet, pour ces magistrats le fait d'avoir reçu une mauvaise information sur son état de santé, et dans la mesure où cette dernière avait prévenu son médecin qu'en cas de contamination elle procéderait à une interruption de grossesse, constitue une faute étant en lien direct avec le préjudice subi par la mère et au premier plan par l'enfant.

Pour lui, donc, cette décision répond à la logique implacable de l'article 1147 du Code civil, vis à vis de la mère, selon lequel la partie au contrat qui exécute mal son obligation est tenue envers l'autre cocontractant de la réparation du préjudice subi puis de l'article 1382 du même Code en ce qui concerne Nicolas P. ce qui semble plutôt logique dans la mesure où aucun lien de nature contractuelle n'unissait ce dernier, alors fœtus, au médecin et au laboratoire d'analyses.

Néanmoins, est-ce le défaut d'information qui a causé le préjudice de Nicolas P. ? Il semble logique de répondre par la négative, si cet enfant est malade, handicapé ce n'est que la résultante directe d'une propagation du virus de la rubéole. Alors, ce défaut d'information sur l'état de santé de la future parturiente est la conséquence directe de quel événement ? Dans la mesure où la condition essentielle liée à l'information de Mme P. était l'accouchement ou le non-accouchement, nous pouvons considérer que la mauvaise information a débouché sur la naissance de Nicolas, à sa vie d'handicapé. La Cour de cassation retient une théorie large du lien causal, elle retient la théorie de « l'équivalence des conditions » selon laquelle, l'ensemble des causes ayant mené au préjudice, qu'elles soient proches ou lointaines, directes ou non, peuvent être retenues pour établir la responsabilité d'un individu.

¹²⁹ J. Bonneau, « Logique juridique et éthique », La Gazette du Palais, du 27 novembre 2001, n°331, p.26.

De ce fait, la mauvaise information sur l'état de santé de Mme P. l'a privé de son droit à procéder à une interruption de grossesse, et a permis à Nicolas P. de naître handicapé ce qui constitue deux préjudices distincts.

L'information médicale est donc, selon cette jurisprudence, une obligation que l'on peut qualifier de résultat. En ce sens où l'information, même dispensée, peut engager la responsabilité du professionnel de santé

Sur le plan de l'éthique, et avec un raisonnement juridique plus poussé, nous pouvons considérer que cette décision est contestable dans la mesure où elle peut déboucher sur l'eugénisme, à savoir la recherche de l'enfant « parfait ». Cette pratique eugénique est encadrée et interdite en France par une loi du 7 août 2004 selon laquelle « *Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* ».

Dans son article, le docteur Jacques Bonneau traite de cette responsabilité recherchée par les personnes nées handicapées. Il énonce d'ailleurs que cette pratique existe dans d'autres pays et est appelée « wrongful life » dans les pays anglo-saxons. Il mentionne quelques exemples comme aux USA où un « enfant putatif » entame une procédure en responsabilité contre ses parents¹³⁰ ou en Angleterre¹³¹ où l'on considéra que l'indemnisation d'un enfant né handicapé était contraire au droit à la vie.

b) La loi « Anti-Perruche »

b1) La naissance de la personne, l'émanation de la vie ne peut être un préjudice selon le législateur

Suite aux vives émotions qu'a pu soulever la décision de la Cour de cassation, suite à l'émoi des familles, des parents de personnes handicapées, le législateur a décidé d'intervenir au travers de l'article premier de la loi du 04 mars 2002, codifié à l'article L.114-5 du CASF. Cet article a été modifié, ensuite, par la loi du 11 février 2005¹³² qui pose le principe selon lequel la naissance d'un être ne peut être en lui-même un préjudice et pose les conditions à l'ouverture de la responsabilité du professionnel de santé en cas d'handicap de l'être né.

¹³⁰ Zepeda c/ Zepeda, Cour de l'Illinois, 1964

¹³¹ Arrêt Mc Kay, Cour d'appel d'Angleterre, 1977

¹³² Loi n°2005-102 du 11 février 2005 portant « Égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ».

b2) Les conditions de recevabilité de l'action en justice pour la naissance de l'enfant handicapé

Pour que la responsabilité du professionnel de santé soit retenue, selon l'alinéa second dudit article, il faut que l'acte médical fautif ait directement causé ou « *aggravé* » un handicap. Le législateur énonce que désormais pour pouvoir obtenir réparation d'un acte fautif du médecin, ce dernier doit être en lien direct avec ledit handicap et non plus indirect comme cela fût le cas dans l'arrêt Perruche.

La deuxième condition de responsabilité du professionnel de santé est l'omission fautive n'ayant pas permis de prendre les mesures nécessaires à son atténuation. Le défaut d'information peut-il être considéré comme étant fautif ? La réponse est d'une simplicité infantile, lorsque le défaut d'information a simplement mené à la naissance de l'enfant comme dans l'affaire Perruche, alors la non-information ne peut être retenue comme fautive car elle n'atténue pas l'handicap mais procède à la mort du fœtus alors que si ce défaut d'information conduit à la non-intervention médicale, et empêche l'atténuation du handicap, alors cette non-information sera fautive.

L'alinéa 3 de l'article L. 114-5 CASF envisage une responsabilité pour « *faute caractérisée* » du médecin exclusivement vis-à-vis des parents. Cette faute étant définie par le professeur Yves Mayaud comme étant « une défaillance inadmissible (dans une) situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère »¹³³. La faute caractérisée étant prise en compte dans les liens de causalité indirecte peut-elle être applicable dans des faits similaires à l'arrêt Perruche ? Nous pouvons légitimement penser que non dans la mesure où cette « *faute caractérisée* » ne peut engager la responsabilité du professionnel de santé que vis-à-vis des parents de l'enfant handicapé, et que dès lors il s'agit d'une responsabilité directe. L'enfant handicapé pourra simplement faire appel à la « *solidarité nationale* » à travers des fonds d'indemnisation.

b3) La non-rétroactivité de l'application de la loi « Anti-Perruche »

En ce qui concerne l'application de la loi, le texte prévoyait que ces « *dispositions (...) sont applicables aux instances en cours...* ». Ce qui signifie en d'autres termes que la loi avait vocation à s'appliquer de manière rétroactive pour des faits similaires ayant eu lieu avant sa promulgation et dont une procédure avait déjà été engagée.

Sur ce point la CEDH, dans un arrêt du 21 août 2006¹³⁴, rappelle que l'application rétroactive de la loi « *prive les requérants, sans indemnisation raisonnablement proportionnée, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation* ». Pour Gilles Raoul-Cormeil, Maître de conférence, ladite disposition de la loi n'est pas conventionnelle car elle « entraîne une ingérence dans l'exercice des droits de créance

¹³³ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », Dalloz 2000, Chron. p.603.

¹³⁴ CEDH du 21 août 2006, n°1513/03, « *Affaire Draon c/ France* ».

en réparation que des victimes auraient pu faire valoir en vertu du droit en vigueur »¹³⁵, en somme cette disposition portait atteinte au droit de propriété des victimes modifiant de manière substantielle leur actif, leur créance.

En outre, un recours a été déposé devant le Conseil constitutionnel à raison de la procédure de l'article 61-1 de la Constitution concernant la validité de la loi « Anti-Perruche » tant sur le fond que sur la forme.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 11 juin 2010¹³⁶, considère que la loi, dans le fond, n'est pas contraire à la Constitution et notamment à l'article 34 qui permet au législateur « *d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel...* ». Cela signifie donc que la mauvaise information sur la santé de l'enfant à naître ne prive ce dernier d'aucun droit constitutionnellement garanti.

Néanmoins, dans son « *considérant 22* », le juge constitutionnel considère que la rétroactivité d'une loi ne peut être admise que lorsque celle-ci présente un intérêt général, ce qui, selon lui, n'est pas le cas en l'espèce. Il se fonde sur l'article 16 de la Déclaration de 1789¹³⁷ pour justifier sa décision et en précisant que cette disposition portait « *atteinte à la sécurité juridique et à la séparation des pouvoirs* ».

Pour Annick Batteur¹³⁸, professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie, il ne fait plus de doute qu'aujourd'hui le dispositif « anti-Perruche » est totalement effectif. Elle se fonde sur une décision de la Cour de cassation du 14 novembre 2013¹³⁹ qui retient le mécanisme de l'article L. 114-5 du CASF afin d'indemniser un enfant né handicapé.

B) L'information du malade, consommateur de produits médicamenteux

Outre l'information médicale traditionnelle que l'on imagine du médecin face à son patient, il existe un autre domaine où le malade a droit à une information complète, celle de l'utilisation des produits médicamenteux.

¹³⁵ G. Raoul-Cormeil, « L'inconstitutionnalité des règles transitoires de la loi brisant la jurisprudence Perruche et Quarez », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* du 15 février 2014, n°2, p. 345.

¹³⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010

¹³⁷ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹³⁸ A. Batteur, « Confirmation du dispositif « anti-Perruche » : L'exclusion définitive des indemnisations du préjudice de vie », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* du 15 février 2014, n°2, p.1.

¹³⁹ Cour de cassation, Première chambre civile du 14 novembre 2013, n°12-21576

1) L'information médicamenteuse selon le droit français

a) La notice, la réglementation de l'outil d'information du consommateur de médicaments

En France, le malade, le consommateur de médicaments obtient une information *via* la notice. Deux décrets de 2012¹⁴⁰, codifiés en partie aux articles R. 5121-147 et suivants, qui règlementent et définissent les critères de cette notice.

La notice doit, tout d'abord être conforme aux bonnes pratiques et est ensuite validée par « *le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé* ».

La notice est « *obligatoire* », à moins que les informations listées par l'article R.5121-149 soient inscrites sur l'emballage. La notice est « *rédigée en français* » et dans un langage compréhensible de tous. Si elle est rédigée dans une langue étrangère, les mentions doivent être totalement similaires.

La notice peut être demandée par toute personne dans un format adapté à la lecture, notamment pour les personnes atteintes de cécité ou de malvoyance.

Un médicament qui n'est, d'ordinaire, pas destiné à l'utilisation par le public n'est pas nécessairement accompagné de notice rédigée en français ou il peut ne pas être fait « mention » de certaines dispositions.

b) La liste exhaustive des éléments composant la notice

En outre, l'article R. 5121-149 établit une liste exhaustive de l'ensemble des informations devant figurer dans la notice.

Les renseignements obligatoires sont répartis en plusieurs parties, dont ceux qui sont nécessaires à l'« *identification du médicament* » comme le nom ou le dosage. Une partie concernant les « *indications thérapeutiques* », une autre pour « *l'énumération des informations nécessaires avant la prise du médicament relatives aux contre-indications, aux précautions d'emploi, aux interactions médicamenteuses et autres interactions susceptibles d'affecter l'action du médicament et aux mises en garde spéciales* », « *les instructions nécessaires pour un bon usage* », « *une description des effets indésirables pouvant être observés lors de l'usage normal du médicament ou du produit et, le cas échéant, la conduite à tenir* », « *un renvoi à la date de péremption figurant sur le conditionnement extérieur* », « *lorsque le médicament est autorisé conformément aux articles R. 5121-51 et suivants sous des noms différents dans les Etats concernés, une liste des noms autorisés dans chacune de ces Etats* » et enfin, « *la date à laquelle la notice a été révisée pour la dernière fois* ».

L'article ajoute que certains médicaments, concernés par le règlement CE n°726/2004, doivent voir sur leur notice une mention supplémentaire concernant « *une*

¹⁴⁰ Article 5 du décret n°2012-597 du 27 avril 2012 et articles 3 et 4 du décret n°2012-1244 du 8 novembre 2012

surveillance supplémentaire ». Enfin, l'article ajoute que « *Pour les préparations radiopharmaceutiques, la notice doit, en outre, mentionner les précautions à prendre par l'utilisateur et le patient durant la préparation et l'administration du produit et les précautions spéciales pour l'élimination du conditionnement et de ses contenus non utilisés* ».

c) L'étrange décision de la Cour de cassation sur le consommateur de médicaments

L'exhaustivité de la liste et l'ensemble des paramètres qu'elle prend en compte, semblent démontrer une réelle attention de la part des autorités nationales et européennes face à l'utilisation de médicaments qui, par un mauvaise utilisation, peuvent s'avérer dangereux pour la santé de la personne. Néanmoins, le juge ne semble pas toujours enclin à solliciter une telle vigilance.

En effet, dans un arrêt du 29 mai 2013¹⁴¹, la Cour de cassation considère que la notice d'un médicament, d'un vaccin en l'espèce, ne s'adressant pas à un professionnel de santé mais au malade, profane, pouvait être « vulgarisée » afin que le médicament ne soit pas détourné de son objectif premier, à savoir la vaccination et le traitement préventif. De ce fait, la notice ne peut comporter, selon le juge, « *que les éléments essentiels et suffisamment fiables* » et non pas « *une information non vérifiée* » ou difficilement vérifiable « *faisant simplement l'objet d'une suspicion et ne reposant que sur le rapport de quelques cas extrêmement rares dont l'imputabilité au produit n'est pas démontrée* ».

Le problème de l'espèce reposait sur la preuve de la défectuosité du produit, ayant pu causer pour la plaignante un préjudice physique, la survenance de la sclérose en plaque, en lien, pour elle, avec la vaccination contre l'hépatite B. Ce risque, lié à l'utilisation du médicament était mentionné dans le dictionnaire Vidal et dans le « résumé caractéristique du produit (RCP) » mais pas dans la notice fournie aux malades sous crainte de détourner le médicament de son utilisation.

Alors, pouvons-nous considérer que la décision de la Cour de cassation est totalement partielle ou intéressée dans un but de protection des laboratoires pharmaceutiques ou des agences de l'Etat qui agrémentent la circulation de tels produits ? Nous ne le saurons jamais. Ce que nous savons, en revanche, c'est que cette juridiction a pourtant déjà établi un lien de causalité entre l'administration d'un vaccin et la survenance de symptômes importants, avant¹⁴² et après¹⁴³ cette espèce. Nous savons également, quoi qu'il en soit, que la Cour de cassation a perdu une réelle occasion de se prononcer sur l'obligation d'information des risques liés à l'administration ou l'ingurgitation de médicaments en se fondant sur la loi du 04 mars 2002.

Si en l'espèce, la loi du 04 mars 2002 n'était pas applicable du fait de sa non-rétroactivité la Cour de cassation aurait pu rappeler qu'en vertu de ce texte l'ensemble

¹⁴¹ Cour de Cassation, Première chambre civile du 29 mai 2013, n°12-20903

¹⁴² Cour de cassation, Première chambre civile du 26 septembre 2012, n°11-17738

¹⁴³ Cour de cassation, Première chambre civile du 10 juillet 2013, n°12-21314

des risques doit être communiqué au patient dès lors que ces derniers relèvent d'une certaine gravité comme c'est le cas en l'espèce. Si la Cour ici se penche davantage sur le caractère de la fréquence du risque en parlant simplement de probabilité, ce dernier est, comme nous l'avons énoncé, à balayer dès lors qu'un risque grave est encouru. Nous pouvons donc constater que malgré les recommandations législatives à l'égard de la notice d'un médicament, notamment à propos des effets indésirables, la jurisprudence préfère le recours au vaccin en raison de son aspect préventif ou curatif plutôt que de dissuader la personne d'y avoir recours. Nous pouvons également constater dans cette espèce que l'information donnée aux consommateurs dans la notice n'est pas toujours la même que celle fournie aux professionnels de santé. Le droit suisse, lui, prévoit dans sa législation une information due au patient ainsi qu'aux professionnels de santé.

2) L'information médicamenteuse l'exemple suisse et le débat devant le Sénat français

Le droit suisse intègre, contrairement à la France, une subdivision dans sa législation entre l'information du malade face aux produits pharmaceutiques et l'information du professionnel de santé, ce qui lance le débat de l'opportunité de l'information apportée aux médecins. Ce débat a été évoqué par le Sénat français en 2006.

a) L'information médicamenteuse du malade et du professionnel de santé selon le droit suisse

Selon le droit suisse, une ordonnance de 2001¹⁴⁴ définit les conditions d'information des consommateurs de médicaments.

a1) L'information complète destinée au patient

Dans la section 4 de l'ordonnance sur les « *exigences relatives à l'étiquetage et l'information sur les médicaments* », l'article 14, alinéa premier, énonce que : « *Le titulaire de l'autorisation doit joindre une notice d'information destinée aux patients à chaque emballage de médicament à usage humain distribué par ses soins. Il doit aussi mettre l'information destinée aux patients à la disposition des personnes habilitées à prescrire, à remettre ou à utiliser des médicaments à usage humain. L'information destinée aux patients doit satisfaire aux exigences définies à l'annexe 5, en fonction des catégories de médicaments* ».

L'annexe 5 de l'ordonnance nous donne l'ensemble des caractéristiques de l'information destinée aux patients. Cette annexe détermine la typographie de l'information, les langues (français, italien, allemand), le contenu concernant la

¹⁴⁴ Ordonnance du 9 novembre 2001 portant « exigences relatives aux médicaments »

description du produit, les modalités d'utilisation ou les exigences de non-utilisation, les risques à raison d'autres maladies ou affections, les effets secondaires. L'annexe distingue ensuite le contenu de l'information selon le type de médicaments, qu'il s'agisse de médicaments homéopathiques et anthroposophiques, de médicaments phytothérapeutiques.

a2) Une information différente à l'égard du professionnel de santé

Selon l'alinéa second présente une exception au principe d'information pour les produits « *destinés à être administrés par le médecin ou dentiste* », les médicaments non-utilisés directement par le patient, à savoir par exemple les injections (vaccins) ou les perfusions. Dans ce cas, s'applique l'article 13 de l'ordonnance, régissant l'information des médicaments à destination des professionnels de santé.

Enfin, selon le dernier alinéa, le médicament peut être dispensé de notice lorsque les informations requises sont mentionnées sur l'emballage du produit.

Ces deux législations sont quasiment similaires, à ce détail près que la loi suisse distingue entre l'information due aux professionnels ou celle due aux patients. Néanmoins, dans la pratique, l'information du professionnel de santé français est également différente de l'information du patient. Cette question de l'information des professionnels est, pour le Sénat, d'une très haute importance dans la mesure où elle permet d'éviter les « *prescriptions inadaptées* » qui mènent à la « *surconsommation* », qui intéresse davantage les analystes des comptes publics, et aux « *accidents* » qui nous intéressent davantage.

b) Le débat du Sénat français sur l'opportunité de l'information médicamenteuse des professionnels de santé

Pour le Sénat, donc, l'information du professionnel de santé est trop « *galvaudée* » et pas assez prise au sérieux, notamment dans la formation continue où le temps d'apprentissage pharmacologique est, selon le rapport parlementaire, le « *plus court d'Europe* ».

Selon ce rapport, toujours, la formation pharmacologique des étudiants en médecine doit être plus ciblée selon leur spécialité afin que ces derniers aient une véritable connaissance des médicaments qu'ils auront à prescrire, et non pas une simple approche de l'ensemble des médicaments. Ainsi, le législateur rappelle que la loi du 04 mars 2002 prévoit une « *Formation médicale continue* » obligatoire pour les médecins libéraux, salariés ou hospitaliers au sein de « *Centre nationaux à la formation médicale continue* » (CNFMC).

Des soucis demeurent néanmoins quant à l'indépendance de ces formateurs vis-à-vis des laboratoires et donc de l'influence sur l'information du patient et sur la prescription. L'industrie pharmaceutique joue un rôle « *controversé en matière*

d'information » à travers les « *visites médicales* » pour le Sénat la « *source d'information est par nature biaisée* ». Les laboratoires consacrent la plus grosse partie de leur budget liée à la promotion de leurs médicaments aux visites médicales même si la réglementation du métier de « démarcheur médical » est très stricte, tant au plan de la formation, que de la rémunération. L'information de ces visiteurs commerciaux est de manière certaine exposée aux bienfaits de leurs produits, laissant de côté les effets secondaires ou les contre-indications. Le rapport cite la revue « Prescrire » selon laquelle lors de 74% des visites médicales, la question des effets secondaires ou des contre-indications est passée sous silence, ce qui constitue sans contestation possible une information nécessairement opportune, une information destinée à la désinformation du professionnel de santé mais surtout du patient et à la prescription de masse.

Une nouvelle charte sur la visite médicale a été mise en place, permettant la diffusion d'une information de qualité à l'attention du professionnel de santé. Une directive de 2001¹⁴⁵ crée une obligation pour les délégués médicaux en son article 93, alinéa troisième, qui doit diffuser l'information sur l'ensemble des caractéristiques du médicament, et notamment sur ses effets secondaires, auprès de l'agence nationale mettant les médicaments sur le marché.

Toujours selon le rapport, la presse spécialisée manque, elle aussi, d'indépendance. Le Sénat souligne que le financement de ces magazines médicaux est pour l'essentiel dû à la publicité et la promotion de médicaments qui y est intégrée et donc indirectement financées par les laboratoires. Les sénateurs ajoutent la plupart des articles rédigés dans ces revues sont élaborés par des spécialistes qui ont tendance « à fonder leur jugement sur des études exclusivement favorables au produit dont ils estiment légitime de promouvoir la prescription ». Le texte soulève néanmoins deux moyens de lutte contre cette menace, la mention des intérêts qui peut avoir un professionnel de santé avec certains produits pharmaceutiques¹⁴⁶ et une accréditation de certaines revues, utilisées lors de la « formation médicale continue », préalablement soumise à un « examen attentif du contenu ».

b1) L'information directe et indirecte du malade

L'information du malade, consommateur de médicaments se fait donc de deux manières différentes. D'une part *via* la notice intégrée dans chaque contenant, il s'agit de la manière directe, puis par une information indirecte, celle du professionnel de santé, tenu lui aussi à une information de son patient *via* l'article L. 1111-2 CSP. Dans les deux cas nous pouvons constater que le chemin est encore long jusqu'à ce que nous arrivions à la dispense d'une information complète.

¹⁴⁵ Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 « instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain »

¹⁴⁶ L'article 26, alinéa second, de la loi du 4 mars 2002 disposant que : « *Les membres des professions médicales qui ont des liens avec des entreprises et établissements produisant ou exploitant des produits de santé ou des organismes de conseil intervenant sur ces produits sont tenus de les faire connaître au public lorsqu'ils s'expriment lors d'une manifestation publique ou dans la presse écrite ou audiovisuelle sur de tels produits* ».

Premièrement, en ce qui concerne l'information directe que peut recevoir le consommateur de médicament, nous avons pu constater à travers l'arrêt du 29 mai 2013 que l'information des notices n'est pas toujours intégrale et parfois vulgarisée. A savoir, la notice du vaccin ne précisait pas les risques de sclérose en plaque pourtant mentionnés dans le Vidal. La Cour de cassation a justifié cette différence sur le fondement de l'utilité du médicament et de son risque de détournement par une trop grande crainte à son égard. Le rapport du Sénat fait mention d'une évolution des mentalités, avec une grande demande d'information de la part des français en matière de santé. Ce rapport salue l'information qu'il qualifie également de « directe » via le développement des bases de données tel que le site internet de l'Afassaps qui est une agence étatique et donc *a priori* indépendante de toute pression financière de la part des industriels pharmaceutiques. Pour lui, cette information directe permet de limiter la « surconsommation médicamenteuse » qui est malsaine pour les finances publiques mais surtout pour la santé des consommateurs qui, à défaut d'information, ingurgite ces produits de manière totalement anarchique, poussé par cette inconsciente mais pourtant naturelle frénésie, envie de « guérir par tous les moyens ».

En ce qui concerne l'information indirecte, l'information dispensée par les professionnels de santé, elle, sera malgré les mesure établies, souvent guidée par la recherche d'intérêts financiers ou par une mauvaise information, à la base, par les délégués médicaux qui agissent, eux, dans un but exclusivement mercantile. Le scandale du Médiateur a poussé le Sénat à établir un nouveau rapport, avec de nouvelles préconisations quant à l'information des professionnels de santé. Ce nouveau rapport de 2011 amène les sénateurs à citer l'Inspection Générale des Affaires Sociales¹⁴⁷ (Igas) pour qui le scandale du Médiateur est en partie dû à une mauvaise information des professionnels de santé par les visiteurs médicaux. Cette mauvaise information se répercute *de facto* sur le patient qui se verra fournir une information biaisée ou à défaut subira les actes d'un prescripteur « dépendant » des enjeux financiers d'une telle visite. Les sénateurs rappellent que cette « vulgarisation » de l'information envers les professionnels de santé ne devrait pas avoir lieu dans la mesure où l'article R. 5121-11 du CSP énonce la règle selon laquelle « *la présentation verbale d'un médicament* » doit s'accompagner d'un certain nombre d'informations comme le « *résumé des caractéristiques du produit* »¹⁴⁸, « *le classement du médicament en matière de prescription*

¹⁴⁷ Rapport de l'IGAS n°RM 2007-136P, « L'information des médecins généralistes sur le médicament », de septembre 2007

¹⁴⁸ Le « résumé des caractéristiques du produit » est défini par l'article 11 de la directive n°2001/83/CE précitée selon lequel le résumé comprend : « *la dénomination du médicament ; la composition qualitative et quantitative en substances actives et en composants de l'excipient dont la connaissance est nécessaire à une bonne administration du médicament, les dénominations communes ou les dénominations chimiques ; la forme pharmaceutique ; propriétés pharmacologiques et, dans la mesure où ces renseignements sont utiles pour l'utilisation thérapeutique, éléments de pharmacocinétique ; informations cliniques ; indications thérapeutiques ; contre-indications ; effets indésirables (fréquence et gravité) ; précaution particulières d'emploi et, pour les médicaments immunologiques, précautions particulières devant être prises par les personnes qui manipulent le médicament immunologique et qui l'administrent aux patients, et précautions devant éventuellement être prises par le patient ; utilisation en cas de grossesse et de lactation ; interactions médicamenteuses et autres ; posologie et mode d'administration pour les adultes et, dans la mesure où cela est nécessaire, pour les enfants ; surdosage (symptômes, conduites d'urgence, antidotes) ; mises en garde spéciales ; effets sur la capacité de conduite et l'usage de machines ; informations pharmaceutiques ; incompatibilités majeures ; durée de stabilité, si nécessaire après reconstitution du médicament ou lorsque le conditionnement primaire est ouvert pour la première fois ; précautions particulières de conservation ; nature et contenu du conditionnement primaire ; précautions particulières d'élimination des médicaments non utilisés ou des déchets dérivés de ces médicaments s'il y a lieu ; nom ou raison sociale et domicile ou siège social du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ; pour les médicaments radiopharmaceutiques, détail supplémentaire complets sur la dosimétrie interne des rayonnements ; pour les*

et de délivrance mentionné dans l'autorisation de mise sur le marché ; le prix limite de vente au public lorsqu'un tel prix est fixé en application des lois et règlements en vigueur, accompagné, dans ce cas, du coût du traitement journalier ; la situation du médicament au regard du remboursement par les organismes d'assurance maladie ou de l'agrément pour les collectivités publiques prévu à l'article L. 5123-2 »¹⁴⁹, « l'avis rendu en application de l'article R. 163-4 du code de la sécurité sociale par la Commission de transparence mentionnée à l'article R. 163-15 du même code et plus récemment publié dans les conditions prévues au dernier alinéa du III de l'article R. 163-16 de ce code » constituent l'ensemble des informations devant être fournies au professionnel de santé lors d'une visite médicale. Ces informations doivent être « parfaitement lisibles et comporter la date à laquelle ils ont été établis ou révisés en dernier lieu » et son accompagnées de la charte de bonne conduite de la visite médicale¹⁵⁰ dont l'application est « suivie par une comité paritaire ». Malgré l'ensemble des ces mesures, la visite médicale semble toujours poser un problème au niveau d'une véritable neutralité dans l'information. Pour l'Igas, la visite médicale devrait être réalisée par l'État et notamment par la Haute autorité de santé (HAS), voire supprimée¹⁵¹. Alors, quid de l'information indirecte ? Doit-elle être supprimée ou être entreprise différemment ?

b2) Une lutte pour la transparence de l'information des professionnels de santé

Nous pouvons imaginer que l'information due aux professionnels de santé sur le médicament doit être la plus transparente possible pour que l'information répercutée sur le patient soit du même acabit. L'article L. 1111-2 ne distingue pas entre l'information directe, que le patient peut directement consulter sur la notice du médicament ou *via* une source numérique officielle (site de l'Afssaps) et l'information indirecte, celle que prodigue le médecin lors de l'injection d'un médicament. Il ne distingue pas non plus entre l'information envisagée lors d'une intervention chirurgicale, lors d'une consultation de routine ou lors de la consommation d'un médicament, elle se doit d'être de la même qualité pour chaque situation. L'information médicale prend une ampleur considérable depuis 2002, nous pouvons parler de principe « universel » dans la mesure où elle est applicable à toutes les situations médicales et incombe à tout professionnel de santé sans distinction. La question est donc désormais de savoir si cette information, directe, indirecte, universelle, constitue un « droit fondamental » ou si elle se borne à être une « liberté publique » ?

médicaments radiopharmaceutiques, instructions supplémentaires détaillées pour la préparation et, le cas échéant, période maximum de stockage durant laquelle toute préparation intermédiaire, telle que l'éluat ou le médicament radiopharmaceutique prêt à l'emploi répond aux spécifications prévues »

¹⁴⁹ Détail des « informations prévues aux 13°, 14° et 15° de l'article R. 5121-8 »

¹⁵⁰ Charte « signée le 22 décembre 2004 par Leem et le Comité économique des produits de santé modifiée par les avenants du 21 juillet 2005 et du 21 juillet 2008 ». Elle détaille : « les caractéristiques de l'information délivrée, la formation du délégué médical, la déontologie du délégué médical, le contrôle de l'activité du délégué médical ».

¹⁵¹ Rapport de l'Igas sur « la pharmacovigilance et gouvernance de la chaîne du médicament » de juin 2011

SECTION II – LE RÉGIME DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Il existe donc, d'après notre étude, un principe d'information lors d'une intervention médicale, d'un acte de santé. Ce principe se décline en deux branches constituées d'une part d'un principe général (celui de l'article L. 1111-2 CSP) et d'autre part de déclinaisons spéciales selon les matières de la santé. En outre, le préjudice né du défaut d'information reste, en toutes circonstances, indemnisable devant une juridiction judiciaire (pour la médecine libérale) ou une juridiction administrative (pour la médecine statutaire). Cette obligation pour le corps médical et ce droit d'information pour le patient est donc accompagnée d'un recours en justice (Paragraphe 1), en cas de défaillance, dans un but indemnitaire. Nous poserons ensuite la question de la valeur normative d'un tel droit, savoir s'il s'agit d'un droit fondamental pour le patient ? (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le droit à indemnisation pour le défaut d'information médicale

La Cour de cassation a toujours reconnu une responsabilité pour défaut d'information, tout comme le Conseil d'État qui considéra¹⁵² que : « *lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé...* ». Seulement sur quel fondement de la responsabilité faut-il se positionner ? Quel est la dénomination du préjudice ? Quelle preuve le praticien peut-il mener aux débats pour se disculper de toute responsabilité ? Il s'agira donc d'analyser le régime de la responsabilité médicale selon les deux ordres de juridictions (A) avant d'en analyser le régime d'indemnisation et de la preuve (B).

A) Le défaut d'information, une responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

La responsabilité du praticien peut être personnelle lorsque ce dernier exerce la médecine dite libérale ou privée, il s'agit de l'application du droit civil pour déterminer s'il s'agit d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle.

En ce qui concerne la responsabilité du médecin, agent public, qui exerce son art en milieu hospitalier, c'est la responsabilité de l'administration qui sera recherchée, sauf en cas de faute détachable du service.

Il s'agira donc d'étudier l'évolution du régime juridique de la responsabilité pour défaut d'information dans la jurisprudence civile et administrative (1) jusqu'à l'unification du régime avec la loi du 04 mars 2002 (2).

¹⁵² Conseil d'Etat, Section ,du 05 janvier 2000, req. n°181899, « *Consorts Telle* »

1) La responsabilité civile contractuelle et administrative du praticien pour défaut d'information

La jurisprudence civile lança, en 1936, un principe selon lequel la relation entre le médecin et son patient, pour les médecins libéraux, relève nécessairement de l'article 1147 du Code civil, principe qui divise assurément le régime de la responsabilité civile et de la responsabilité administrative.

a) *L'arrêt « Mercier », le fondement de la relation contractuelle civiliste « médecin-patient »*

Sans trancher définitivement le débat qui sera clos dans la deuxième partie de notre propos, nous nous contenterons de « planter le décor » afin de laisser place au débat. Dans un arrêt du 20 mai 1936¹⁵³, communément connu sous le nom de « *Mercier* », les juges instituent un principe selon lequel la faute d'un médecin libéral est basée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, à savoir sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle.

Dans les faits, la dame Mercier fut victime d'une radiodermite des muqueuses de la face suite à un traitement aux rayons X. Elle intenta au procès au radiologue ayant pratiqué ledit traitement au civil et au pénal. Après décision du jugement du fond faisant droit à la demande de la plaignante, le docteur Nicolas forma un pourvoi en cassation estimant que l'action, ne relevant que des articles 319 et 320 du Code pénal ancien, était prescrite au sens de l'article 638 du code d'instruction criminelle.

Néanmoins, la Cour de cassation énonça une position de principe en considérant qu' : « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'article 638 du code d'instruction criminelle* ».

Outre l'information médicale qui sera envisagée postérieurement, l'arrêt envisage la relation du patient et du professionnel de santé d'une manière globale, ne se fondant que sur la bienveillance de ce dernier quant aux soins qu'il prodigue. Il énonce qu'au moment de la rencontre des deux volontés, de soigner et de se faire soigner, se forme un contrat reposant sur l'article 1147 du Code civil selon lequel : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution*

¹⁵³ Cour de cassation, Chambre civile, du 20 mai 1936, « *Mercier* ».

de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». L'arrêt n'envisage donc que les « diligences techniques de l'homme de l'art »¹⁵⁴.

Cet arrêt, s'il instaure, au surplus, la distinction entre l'obligation de résultats et l'obligation de moyens à laquelle le professionnel de santé est soumis, ne traite pas de l'information médicale d'une manière *stricto sensu*. En effet, il n'est question, en l'espèce, que de la bonne pratique des soins mais le rangement du défaut d'information dans la case responsabilité contractuelle coule de sens dans la mesure où son inexécution, même s'il s'agit d'une exigence d'origine prétorienne ou légale, découle de la relation médecin-patient qui est désormais régie par le fondement de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation de 1951¹⁵⁵ énonce que : « *Vu les articles 1147 et 1315 du Code civil ; Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement dans cette opération (...)* ». Cette décision, qui ne manque pas de clarté, fait entrer l'obligation d'information dans le cadre contractuel de la relation médicale. D'une part, les magistrats admettent la responsabilité contractuelle du professionnel de santé pour défaut d'information en citant directement l'article 1147 du Code civil et déclarent de manière expresse, par la suite, que cette obligation est de nature contractuelle.

Ce raisonnement a été confirmé depuis, par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, notamment par un arrêt du 06 mai 2010¹⁵⁶ où les magistrats reconnaissent la responsabilité d'un gynécologue pour défaut d'information, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, mentionné au visa de la décision.

Le contrat médical et son contenu sont donc le fruit d'un « montage » jurisprudentiel d'envergure. Alors qu'il ne concernait, au départ, que les obligations essentielles des parties à savoir pour le médecin de prodiguer des soins et pour le malade de s'acquitter des honoraires¹⁵⁷, le contrat médical a connu, depuis l'arrêt « *Mercier* », une contenance plus importante, plus dense. En tout premier lieu, on a donc considéré que les soins pratiqués devaient répondre à une exigence de qualité par la mise en place d'une

¹⁵⁴ P. Pierre, « Feu l'arrêt *Mercier* ! Feu l'arrêt *Mercier* ? », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1 ; p.357

¹⁵⁵ Cour de cassation, Chambre civile du 29 mai 1951

¹⁵⁶ Cour de cassation, Première chambre civile, du 06 mai 2010, n°09-11157

¹⁵⁷ F. Leduc, « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt *Mercier* », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1 ; p.345

obligation de moyen. Puis, la jurisprudence a intégré une nouvelle obligation qui est l'obligation d'information. Mais qu'en est-il aujourd'hui? Le fait de fonder la responsabilité du professionnel de santé sur la responsabilité contractuelle oblige à avoir une responsabilité à deux vitesses, selon qu'il s'agisse d'une faute commise dans le cadre de la médecine libérale et de la médecine hospitalière dans la mesure où le patient d'un service de santé hospitalier ne relève d'aucun contrat. Le patient d'un service public hospitalier est considéré comme un usager du service public et nullement comme un cocontractant, le régime de la responsabilité administrative, malgré sa spécificité, se rapprochera donc plus du régime de la responsabilité délictuelle que contractuelle dans la mesure où le lien entre un patient et son médecin ne pourra être qualifié de contractuel. Il est donc nécessaire d'analyser le régime de responsabilité des établissements publics en matière d'information médicale.

b) La responsabilité administrative pour défaut d'information

En ce qui concerne la médecine publique, le professionnel de santé n'a pas en face de lui un cocontractant mais un usager du service public. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité contractuelle mais d'une responsabilité administrative de l'établissement public concerné relevant du droit administratif et des juridictions de même « nature »¹⁵⁸.

b1) L'unification des régimes de responsabilité administrative de la faute issue de la technique médicale et de celle de « l'organisation et du fonctionnement du service public hospitalier »

Le fondement de la responsabilité administrative médicale a connu une évolution de bases légales. En effet, dès le départ, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet l'existence d'une faute afin de pouvoir engager la responsabilité publique. Un premier arrêt du 10 avril 1992¹⁵⁹ pose le principe de la responsabilité des « *services médicaux et chirurgicaux* ».

Dans l'espèce, les magistrats retiennent que le fait de pratiquer une césarienne sur une femme qui présentait des risques d'hémorragie, et donc de lui administrer, en connaissance de cause et des risques, des médicaments « *à effet hypotenseur* » provoquant des chutes de tension artérielle et un arrêt cardiaque, entraînant de graves séquelles neurologiques, constitue une faute. Le Conseil d'Etat énonce que : « *les erreurs ainsi commises, qui ont été, selon les rapports d'expertise, la cause de l'accident survenu à Mme V., constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital...* ».

¹⁵⁸ Tribunal des Conflits du 25 mars 1957, « *Chilloux et Isaad Slimane* »

¹⁵⁹ Conseil d'Etat, Assemblée du 10 avril 1992, n° 79027 « *Epoux V.* »

Si la doctrine, qui a commenté l'article¹⁶⁰, s'accorde à dire qu'il s'agit ici de l'avènement de la « faute simple », elle considère également que tel n'a pas toujours été le cas. En effet, les commentateurs rappellent qu'avant cette jurisprudence il fallait distinguer entre l'art et la technique médicale soumise à une faute lourde et « l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier » soumis à la faute simple. Nous pouvons également, malgré la gravité de l'espèce, considérer qu'il s'agit d'une faute simple dans la mesure où le Conseil d'Etat ne précise pas sa nature. S'il avait considéré qu'une faute lourde était nécessaire la mise en jeu de la responsabilité de l'établissement de santé, il n'aurait pas hésité à mentionner la qualité de ladite faute.

Cette jurisprudence marque donc l'unification des régimes des actes médicaux, *stricto sensu*, et des litiges qui résultent de l'organisation du service public hospitalier. En effet, la haute Cour rend une décision d'une grande clarté dans la mesure où elle ne distingue plus entre la faute simple et la faute lourde. Elle énonce le principe selon lequel la faute lourde n'est plus nécessaire pour retenir la responsabilité des hôpitaux public. La faute est « *par nature* », l'élément déclencheur de la responsabilité publique hospitalière. Il s'agit, ici, de l'essence même de la faute, que cette dernière soit simple ou lourde. Pour le professeur Jacques Moreau « le Conseil d'Etat abandonne l'exigence d'une faute lourde dans le cas où l'accident survenu à un usager du service public hospitalier résulte d'une faute imputable à un médecin ou à un chirurgien »¹⁶¹.

Alors qu'en est-il du défaut d'information ? Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat du 05 janvier 2000, « *Consorts Telle* » préalablement citée, le défaut d'information est, lui, indépendant de toute faute de nature médicale ou d'organisation du service. En effet, les juges justifient leur raisonnement par la recherche du « *consentement éclairé* ». À l'image de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat considère que l'information écarte le fait justificatif du caractère exceptionnel des risques, lorsque ces derniers portent sur une « *invalidité* » ou sur le « *décès* » de la personne, sur des risques grave même si le Conseil se préserve d'utiliser une telle notion à l'instar de son homologue judiciaire. Le Conseil d'Etat est donc plus précis que son homologue judiciaire qui ne parle que de « *risques graves* ».

b2) *L'unification des régimes de responsabilité administrative consacrée par les lois de 2002 et 2009*

Cette tendance jurisprudentielle est désormais consacrée par la loi et l'article L.1142-1 CSP, instauré par la loi du 04 mars 2002 et modifié par la loi du 12 mai 2009¹⁶². Selon cet article, et notamment son I, : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou*

¹⁶⁰ Voir note de jurisprudence, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » de M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, 16^{ième} édition, p.715

¹⁶¹ Note J. Moreau à propos de l'arrêt « *Epoux V* », La Semaine juridique, Edition générale n°27 du 01 juillet 1992, Tome II, p. 21881.

¹⁶² Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 relative à la « *simplification et la clarification du droit et d'allègement des procédures* ».

organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

Tout comme la jurisprudence antérieure, le législateur ne distingue pas sur le caractère de la faute. Plusieurs éléments nous permettent de considérer qu'il s'agit d'une faute simple. D'abord, depuis 1992, la jurisprudence administrative n'est jamais revenue sur le fait que seulement une faute simple était requise pour engager la responsabilité d'un établissement public hospitalier.

D'autre part, la syntaxe employée par le législateur laisse présumer qu'il s'agit, effectivement, d'une simple faute. La loi énonce en effet que les professionnels de santé ou les établissements publics gérant ce genre d'activité, ne peuvent voir leur responsabilité engagée qu'à la seule et unique condition qu'il existe une faute, sans pour autant distinguer sa nature.

Le défaut d'information, constitue-t-il une faute réellement indépendante ? Nous l'avons déjà écrit, pour la jurisprudence du Conseil d'Etat du 5 janvier 2000, le défaut d'information est une faute indépendante de toute faute médicale ou d'organisation du service. Autrement dit, dès lors qu'il est établi qu'un professionnel de santé n'a pas rempli son obligation d'information, sa responsabilité est engagée, *de facto*, à partir du moment où les conditions d'irresponsabilité ne peuvent être retenues et ce malgré l'absence de toute faute technique de l'art médical ou d'une d'organisation du service. De ce fait, il est incontestable que la faute doit être qualifiée d'indépendante.

Cela étant dit, dans l'article L. 1142-1 CSP, aucune mention n'est faite de la responsabilité pour défaut d'information. Comme nous l'avons abordé, l'information médicale est qualifiée d'obligation, par l'article L. 1111-2 CSP, lors des différents actes médicaux, que ceux-ci soient de la prévention, de l'investigation ou du traitement. Or, le premier de ces deux articles ne conçoit la responsabilité pour faute des professionnels de santé qu'à travers les conséquences de leurs « *actes* » de prévention, d'investigation ou de traitement. Cet article, qui est l'unique à régir la responsabilité des médecins, ne mentionne la faute médicale qu'à travers des « *actes* », des actions positives et non pas par des omissions comme le défaut d'information.

La loi du 4 mars 2002 n'a-t-elle pas envisager la responsabilité médicale d'une manière globale et unifiée à travers l'article L. 1142-1 CSP? Si la responsabilité ne peut être engagée que lors d'actes de prévention, d'investigation ou de traitement alors où se situe la responsabilité pour omission d'information ? Elle se situe en amont de chacun de ces actes. De ce fait, l'information donne lieu à un contentieux indépendant de toute faute technique. L'information n'implique pas nécessairement un acte médical dans la mesure où elle contribue au respect du consentement de la personne. Ainsi, il n'existe aucune dépendance entre le défaut d'information et la qualité de l'intervention médicale si ce n'est le non-respect du consentement de l'individu. Si elle contribue à la validité de l'acte, elle n'en est pas pour autant dépendante dans la mesure où elle ne concerne, en

réalité, qu'une obligation pré-consensuelle. Alors, seul le consentement de l'individu sera biaisé, vicié, non l'acte en lui-même.

Pour le Conseil d'Etat, dans sa décision du 5 janvier 2000, le défaut d'information constitue une faute indépendante de celle due à la pratique du soin dans la mesure où même ce dernier réalisé parfaitement peut entraîner la responsabilité de l'établissement si l'information sur les risques, même exceptionnels, n'a pas été délivrée. En somme, nous pouvons donc considérer que si l'information et la technique médicale sont liées dans la mesure où l'une ne va pas sans l'autre, leur régime respectif de responsabilité reste indépendant dans la mesure où l'article L. 1142-1 CSP tend à sanctionner un acte médical mal entrepris et donc à protéger l'intégrité physique du patient blessé lors d'une chirurgie (par exemple) alors que l'article L. 1111-2 CSP tend à protéger « un droit subjectif » du patient inhérent à la relation médicale.

2) L'évolution jurisprudentielle en faveur de la responsabilité délictuelle, vers une unification des régimes civil et administratif ?

Longtemps considérée comme obligation contractuelle, par la jurisprudence faisant suite à l'arrêt « *Mercier* », l'information médicale était soumise à une dualité de régime dans la mesure où le droit administratif est exclu de la responsabilité civile contractuelle. Comme nous l'avons mentionné, le patient du médecin « *statutaire* » n'est pas un cocontractant mais un usager d'un service public à qui le droit administratif s'impose lors d'un éventuel litige selon l'arrêt du Tribunal des conflits du 07 juillet 2014¹⁶³ selon lequel : « *les fautes commises par un praticien hospitalier à l'occasion d'actes accomplis dans le cadre du service public hospitalier engagent en principe la seule responsabilité du centre hospitalier dont relève ce praticien* ».

a) Le défaut d'information, de la responsabilité contractuelle vers la responsabilité délictuelle ?

Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence, du début des années 2010 démontre que les visas utilisés par la Cour de cassation pour fonder sa décision ne comprennent plus l'article 1147 du Code civil mais le non moins fameux article 1382 du même code, relatif à la responsabilité civile délictuelle. En effet, lors d'un arrêt de 2010¹⁶⁴ la Cour de cassation n'hésite pas à utiliser l'article 1382 pour fonder sa décision. Face à un litige concernant l'information médicale prescrite par l'article L. 1111-2 CSP, la Cour va considérer que la violation de cette disposition relève de la responsabilité civile délictuelle et non plus contractuelle comme l'avait pourtant prescrit l'arrêt « *Mercier* ». A-t-on à faire à une jurisprudence isolée ? Cela n'en prend nullement la tournure, la Cour réitérant son raisonnement à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 9 février

¹⁶³ Tribunal des Conflits du 7 juillet 2014, n°C3951

¹⁶⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 3 juin 2010, n°09-13591

2012¹⁶⁵ où elle réaffirme que le défaut d'information relève de l'article 1382 du Code civil. Cette jurisprudence tend-t-elle alors à transformer la relation entre le patient et le médecin, exerçant de manière libérale, en relation légale et non plus contractuelle ? Nous répondrons définitivement à cette question dans la deuxième partie.

b) L'amorce de la disparition du contrat médical par la « délictualisation » de la responsabilité médicale ?

L'arrêt « *Mercier* » semble, *a priori*, faire partie de l'histoire ancienne. Et la tendance jurisprudentielle, à l'heure de la « dé-contractualisation », qualifie donc cette obligation d'information de légale. Cela démontre véritablement la dépendance de cette obligation aux autres exigences de l'arrêt « *Mercier* » en matière de diligences exigées du médecin.

L'arrêt « *Mercier* » était ou est le fondement de la relation médicale contractuelle, l'obligation d'information n'étant qu'une extension de cette jurisprudence, une composante, doit-elle généraliser la relation médicale privée ? Ou s'agit-il d'une simple application du droit civil des obligations concernant les exigences précontractuelles qui relèvent de l'article 1382 du Code civil ?

La doctrine et notamment Gérard Mémeteau, professeur à l'Université de Poitiers, pose la question de savoir si le plaignant d'une non-information médicale pourra choisir entre la responsabilité contractuelle ou délictuelle¹⁶⁶ ?

Nous pouvons répondre par une autre question, à savoir quel est l'intérêt de la dualité de choix ? Le contrat médical n'apportera pas moins de garantie que la loi l'exige. Effectivement ce dernier devra retranscrire et apporter l'ensemble des garanties légalement prescrites. Ainsi, nous pouvons supposer que le contrat médical prévoyant des clauses contraires à la loi débouchera sur une indemnisation du patient dans la mesure où de par sa nature il ne peut être nul. Même sans obligation légale, le défaut d'information devait porter sur une responsabilité délictuelle dans la mesure où il s'agit d'un défaut de la formation du contrat. Du moins, à l'époque, le contrat médical a vu son image redorée par l'arrêt « *Mercier* » et la jurisprudence postérieure n'a peut être pas voulu attaquer cette « idole », ce « veau d'or » qu'elle a tant vénéré pendant des années.

c) Le défaut d'information médicale comme seule composante exclue du champ contractuel ?

Même en admettant l'existence d'un contrat médical, la responsabilité contractuelle n'avait pas vocation à s'appliquer. Il faut citer de nouveau l'arrêt « *Teyssier* » afin de corroborer notre propos. Le juge de 1942 énonce qu'il est nécessaire d'informer le patient afin : « *d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une*

¹⁶⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 9 février 2012, n°10-25915

¹⁶⁶ G. Mémeteau, « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », Les Petites affiches du 07 janvier 2013, n°5, P.4

opération dont il apprécie (l'utilité), en plein indépendance... ». Si l'information tend à recueillir le consentement du patient, alors il s'agit d'une obligation qui se situe en amont de la conclusion du contrat et qui ne concerne que sa formation.

Pour le professeur, François Terré, dans son traité de droit des obligations¹⁶⁷, il s'agit d'une exigence simplement jurisprudentielle à la formation du « contrat médical » dans la mesure où il énonce que : « Toute faute commise par une partie à l'égard de l'autre contractant est délictuelle si elle ne consiste pas dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation née du contrat ; ainsi la faute commise lors de la rupture des pourparlers, dans la conclusion du contrat, ou la faute commise après l'expiration ou l'exécution du contrat ».

La conséquence de cette consécration légale, outre la disparition éventuelle du contrat médical¹⁶⁸, reste l'uniformisation de la responsabilité médicale pour défaut d'information. Le problème semble donc résolu dans la mesure où, désormais, les juridictions des deux ordres se référeront à la loi du 04 mars 2002 afin d'analyser la faute du médecin libéral ou statutaire, pour défaut d'information. Pour la doctrine et notamment le professeur Inès Gallmeister ¹⁶⁹, il s'agit en réalité de l'« extracontractualisation » de la notion d'information médicale dans la mesure où elle s'attache au respect des droits fondamentaux des patients, notamment aux « valeurs constitutionnelles touchant au respect de la dignité humaine ». Cette considération peut valablement se concevoir dans la mesure où le flou demeure entier sur l'existence ou non d'un contrat médical. En effet, des jurisprudences récentes, notamment un arrêt du 2 juillet 2014¹⁷⁰ qui n'hésite pas à reprendre les propos de l'arrêt « *Mercier* » et à parler de contrat médical sème le doute sur son existence. La première chambre civile retranscrit, en effet, les propos de la Cour d'appel de Nîmes, dont elle confirme la teneur, en énonçant que : « *le médecin doit prodiguer à son patient des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science ; qu'il doit assurer la continuité des soins et le suivi du patient après l'opération qu'il a réalisée et est tenu dans le cadre de la surveillance post-opératoire, d'une obligation générale de prudence et de diligence ; que l'établissement de santé privé est tenu, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le lien à son patient, de lui procurer des soins qualifiés et d'une obligation de surveillance adaptée... »*.

En reprenant, mot pour mot, la décision de 1936, la jurisprudence redore le spectre du contrat médical un temps considéré comme éteint. Les considérations du professeur Gallmeister semblent prendre toute leur ampleur dans la mesure où l'information médicale serait seule exclue du contrat médical en raison de son lien étroit avec le droit des patients et notamment des principes constitutionnels s'y rattachant. Un raisonnement alternatif subsiste, néanmoins, dans la considération de l'information

¹⁶⁷ F. Terré, « *Les obligations* », Paris, Dalloz, Collection Précis Dalloz, 9^{ième} édition, 2005, P.850

¹⁶⁸ Comme nous l'avons déjà évoqué, nous trancherons définitivement cette question dans la seconde partie de notre propos.

¹⁶⁹ I. Gallmeister, « Manque au devoir d'information du médecin : responsabilité délictuelle », Dalloz actualité du 21 juin 2010.

¹⁷⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 2 juillet 2014, n°13-19.093

médicale comme obligation légale précontractuelle, exclue du champ d'application de l'article 1147 du Code civil. Nous reviendrons sur cette question de manière plus précise plus loin dans notre propos où nous constaterons qu'en réalité la nature contractuelle de la relation médicale n'a jamais été véritablement éteinte.

B) L'indemnisation et la preuve du défaut d'information

Après avoir analysé les caractères du défaut d'information et son fondement juridique il est nécessaire d'aborder son appréhension « judiciaire ». Notamment, il faudra se demander sur le fondement de quel préjudice le juge se penche pour attribuer une indemnisation aux victimes et quelles sont les règles en matière de preuve de l'exécution de cette obligation.

1) Un préjudice exclusivement réservé au défaut d'information

Qu'il s'agisse de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, la jurisprudence a connu une certaine évolution en matière de qualification du préjudice afin d'arriver aujourd'hui, à la réparation d'un préjudice autonome, ce qui démontre l'indépendance de l'obligation d'information et de son régime vis-à-vis des cas de responsabilité de l'article L. 1142-1 CSP.

a) L'évolution jurisprudentielle de l'indemnisation du défaut d'information devant la Cour de cassation

a1) La notion de perte d'une chance ou l'argument « facile » pour pallier le défaut de lien causal ?

C'est avec un peu de retard sur le Conseil d'Etat que la Cour de cassation a reconnu la notion de perte de chance dans le contentieux médical. En effet, c'est en 1965¹⁷¹, que la Cour de cassation a admis qu'un mauvais diagnostic ayant conduit à un mauvais traitement et aboutissant sur un handicap du patient constituait la perte d'une « *chance de guérison* ».

Le problème soulevé dans cette espèce, ou dans celle de 1970¹⁷² par les parties au pourvoi, voire par les juges du fond, est qu'il n'existe pas de lien causal direct, suffisant à la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel de santé. Ainsi, nous pouvons noter que le moyen au pourvoi, dans l'arrêt de 1970, déclare : « *qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé que le docteur Y... avait compromis la chance de survie de l'opérée, alors que la cour d'appel reconnaissant elle-même qu'il n'était pas certain que les conséquences fatales survenues auraient pu être évitées, aucune responsabilité ne pouvait être retenue en l'absence d'un lien certain de cause à effet entre la faute prétendue et le*

¹⁷¹ Cour de cassation, Première chambre civile du 14 décembre 1965, Bull. civ. I, n°707 ; JCP 1966. II. 14752, note R. Savatier

¹⁷² Cour de Cassation, Première chambre civile du 27 janvier 1970, n°68-12782

dommage ». En effet, dans l'espèce, il n'est fait nulle mention d'un lien causal certain, le juge se fondant sur une présomption.

La Cour de cassation répond à cela : « *qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue* ». Sans « complexe » et sans motivation, la Cour de cassation estime que les agissements du médecin permettent, sans équivoque, de considérer que la patiente a réellement perdu une chance et que cette perte de chance est indemnisable.

Dans un arrêt de 1982, la Cour de cassation se justifie en considérant que la notion de « perte d'une chance » n'avait pas vocation à pallier l'absence d'un lien causal entre la faute et le dommage. En effet, la Cour considère que cette notion n'a pas vocation à établir la responsabilité d'une personne. Elle déclare qu' : « *en ayant recours à la notion de perte d'une chance pour déclarer le médecin partiellement responsable de la réalisation d'un risque, alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice, les juges du second degré, (...), ont violé le texte susvisé ;* ». Les magistrats énoncent, dès lors, que la notion de perte d'une chance ne se substitue pas au défaut de lien de causal dans la mesure où elle ne concerne qu'une évaluation du préjudice, à l'instar du préjudice moral, par exemple, et ne peut nullement émaner d'une obligation contractuelle¹⁷³ de manière à déclarer une personne automatiquement responsable lorsqu'une chance est perdue.

a2) La notion de perte d'une chance et le défaut d'information médicale

Nous l'avons déjà énoncé, le défaut d'information constitue depuis longtemps une faute. Lorsque l'intervention médicale, dont l'information sur les risques n'a pas été délivrée ou que partiellement délivrée, entraîne des dommages, nous pouvons considérer que ce défaut d'information a privé la personne d'une chance de refuser ladite intervention.

Ainsi, dans une jurisprudence de 1990¹⁷⁴ la Cour estime que malgré l'absence de faute technique du professionnel de santé, le défaut d'information constitue une faute conduisant à l'indemnisation de la victime quant au préjudice subi de la perte d'une chance. Elle considère en effet qu' : « *en manquant à son obligation d'éclairer M. Y... sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, M. X... a seulement privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation de M. Y...;* ». Les magistrats considèrent que l'indemnisation fondée sur la perte d'une chance est donc distincte de celle tendant à la réparation du préjudice physique. Le défaut

¹⁷³ La Cour de cassation, dans son arrêt du 27 janvier 1970 utilise l'article 1147 du Code civil relatif à la responsabilité contractuelle. En faisant cela, elle indique que la notion de « perte d'une chance » est soumise aux conditions traditionnelles de la mise en responsabilité, à savoir l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de cause à effet direct.

¹⁷⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 7 février 1990, n°88-14797

d'information débouche alors, de manière quasi systématique, sur une indemnisation au titre du préjudice de la perte d'une chance. C'est un premier pas vers l'autonomie et l'indépendance de la faute pour défaut d'information telle que conçue préalablement.

L'indemnisation n'est alors pas parfaite car le préjudice de la perte d'une chance ne s'applique qu'au malade. En effet, il s'agit du patient qui perd une chance de pouvoir refuser les soins. En ce qui concerne le préjudice moral de la famille, du malade décédé, il n'a pas vocation à être réparé pour le défaut d'information des proches du patient. En effet, les textes sont clairs, l'information ne devant être dispensée aux proches du malade que lorsque ce dernier n'est pas en mesure de la recevoir ou de consentir convenablement aux soins. La Cour de cassation a donc déclaré que le patient décédé « *étant en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés, le médecin n'avait pas à donner l'information litigieuse à l'entourage familial...* »¹⁷⁵.

En ce qui concerne le montant de l'indemnisation pour la perte d'une chance, elle ne correspond qu'à une fraction de l'ensemble des préjudices subis. Selon une décision de 1999, les juges ont considéré : « *que sa réparation ne se limite pas au préjudice moral mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis, de sorte qu'au titre des prestations qu'ils ont versées en relation directe avec le fait dommageable, les tiers payeurs peuvent exercer leur recours sur la somme allouée à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel ;* ». L'indemnisation pour la perte d'une chance ne va donc pas couvrir l'ensemble du préjudice physique subi mais va correspondre à une quote-part de l'ensemble des préjudices subis.

a3) *La création prétorienne d'un préjudice exclusif au défaut d'information : « l'impréparation psychologique »*

Dans l'arrêt de la Première chambre civile du 12 juillet 2012¹⁷⁶, la jurisprudence va créer un nouveau préjudice, autonome, tendant à revaloriser le défaut d'information sur le plan indemnitaire.

La Cour de cassation va considérer que : « *s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, qui n'a pas retenu la perte d'une chance, indemnisée par le tribunal, a évalué le préjudice moral qu'elle réparait à la hauteur des indemnités fixées par les premiers juges...* ».

¹⁷⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 6 décembre 2007, n°06-19301

¹⁷⁶ Cour de Cassation, Première chambre civile du 12 juillet 2012, n°11-17510

Cette création d'un préjudice autonome, fait suite à l'arrêt du 3 juin 2010, déjà cité, selon lequel le défaut d'information crée pour la personne un préjudice en soi. En 2010, la Cour de cassation disait : « *que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice...* ». Ce préjudice était alors difficilement qualifiable dans la mesure où le préjudice moral devait résulter d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal direct, et la notion de perte d'une chance envisageait une réparation trop peu satisfaisante dans la mesure où elle ne concernait qu'un « *quantum* » d'une indemnisation plus large. On ne pouvait, dès lors, pas valablement parler d'un préjudice totalement autonome. Dorénavant, l'« *impréparation psychologique* » permet, de manière parfaitement systématique, d'indemniser la personne titulaire d'un droit à l'information, non respecté par le professionnel de santé.

b) L'évolution jurisprudentielle de l'indemnisation du défaut d'information devant le Conseil d'Etat

b1) L'indemnisation du Conseil d'Etat sur le fondement de la perte d'une chance en droit médical

C'est au titre de précurseur que le Conseil d'Etat a admis, un an avant la Cour de cassation, que la responsabilité des établissements publics de santé pouvait être engagée sur le fondement de la « *perte d'une chance* ». En effet, un arrêt de 1964 a considéré qu'un établissement hospitalier avait « *compromis les chances de guérison d'un patient, sans qu'il fut pour autant certain que cette faute était la cause génératrice du décès ou l'infirmité constaté, devaient réparer partiellement le dommage final subi par le malade ou ses ayants droits* »¹⁷⁷.

Dans les mêmes considérations que pour le juge judiciaire, le juge administratif semble démuné face à la difficulté d'établissement d'un lien causal certain entre la faute du professionnel de santé et le dommage et se rabat donc, faute de mieux, sur un préjudice lié à la perte d'une chance dont l'indemnisation du « *dommage final* » était dérisoire.

Comme le souligne Xavier Barella¹⁷⁸, Maître de conférence, la perte d'une chance renvoie communément à la perte d'une opportunité future jugée comme étant certaine. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de déclarer « *que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹⁷⁹ ou que : « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »¹⁸⁰. Or, selon l'auteur : « *En matière de responsabilité médicale, la perte de chance est assimilée à l'apparition d'un risque qui peut compromettre l'amélioration de l'état de santé* ». Il est

¹⁷⁷ Conseil d'Etat du 24 avril 1964, « *Hôpital-Hospice de Voiron* », Lebon 259

¹⁷⁸ X. Barella, « *Le droit à l'information en matière médicale* », AJDA, 2012, p.1991

¹⁷⁹ Cour de cassation, Première chambre civile du 9 avril 2002, n°00-13314

¹⁸⁰ Cour de Cassation, Première chambre civile du 21 novembre 2006, n°05-15674

vrai que dans l'ensemble des jurisprudences évoquées, la perte d'une chance, en matière de responsabilité médicale, s'analyse en la survenance d'un risque dont la personne était informée, ou non, et qui amoindrit son état de santé, qui porte atteinte à son intégrité physique ou physiologique.

Ainsi, le Conseil d'Etat¹⁸¹ va considérer que : « *dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue* ».

Le juge administratif semble tenir compte de la définition donnée par la Cour de cassation de la perte d'une chance, le montant de l'indemnisation correspond à une fraction du dommage réellement subi par la personne. La perte d'une chance, dans le domaine de la responsabilité médicale, correspond bien à la définition donnée par X. Barella, au sens où elle se manifeste par la réalisation d'un risque d'aggravation ou de détérioration de l'état de santé de la personne et non par la perte d'une chance future, mais le Conseil d'Etat ne manque pas d'y appliquer, comme la Cour de cassation, le principe de la non-réparation intégrale du préjudice réellement subi.

b2) La perte d'une chance admise par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un défaut d'information

Dans le fameux arrêt du 5 janvier 2000, « *Consorts Telle* », le Conseil d'Etat admit l'indemnisation, pour défaut d'information, sur la base de la perte d'une chance. La décision énonce que : « *la faute commise par les praticiens de l'hôpital n'a entraîné pour M. T. que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé ; qu'ainsi, c'est à tort que le tribunal administratif de Lyon, se fondant sur la faute résultant de l'absence d'information, a condamné les hospices civils de Lyon à réparer intégralement les conséquences dommageables de l'accident ;* ». Le Conseil d'Etat fait donc une application parfaite des considérations exposées dans la mesure où s'il considère que la perte d'une chance est indemnisable, cette indemnisation ne doit nullement correspondre à la réparation intégrale du dommage subi.

Il confirme cela en ajoutant que : « *la réparation du dommage résultant pour M.T. de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis ; que compte tenu du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques d'hémorragie cérébrale qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement, cette fraction doit être fixée au cinquième, qu'ainsi, il sera fait une juste appréciation du*

¹⁸¹ Conseil d'Etat, Section du contentieux du 21 décembre 2007, n°289328

préjudice subi par M.T. en le fixant à 290 250 F au titre du préjudice relatif à l'atteinte à l'intégrité physique et à 30 000 F au titre des autres dommages ».

Pour Nathalie Albert¹⁸², professeur de droit public à l'Université de Tours, « lorsqu'il (le juge administratif) doit tirer les conséquences indemnitaires d'un défaut d'information médicale, le juge administratif commence par évaluer les divers dommages résultant de l'acte médical. Il s'attache ensuite à définir la fraction de ces préjudices donnant lieu à indemnisation, donc le pourcentage correspondant à la perte de chance ». Cela signifie donc que le juge, sur l'ensemble du dommage, établit une fraction représentative de la part en lien au défaut d'information afin de définir le montant de l'indemnisation.

Le juge doit également limiter son indemnisation, selon le même auteur, en fonction de l'étendue de sa liberté à consentir aux soins. Ainsi selon un arrêt du 15 janvier 2001¹⁸³, le défaut d'information sur un risque grave, notamment sur le risque de mortalité de l'intervention, ne peut être retenu au titre du préjudice de la perte d'une chance dans la mesure où le patient « *nécessitait de manière vitale une intervention visant à désobstruer ses coronaires et, d'autre part, qu'il n'y avait pas d'alternative thérapeutique moins risquée que l'opération réalisée* ». Cette décision semble de toute évidence logique dans la mesure où l'on ne peut parler d'aléa, de perte de chances, lorsque l'intervention était plus que nécessaire et qu'il n'existait pas de solution subsidiaire.

Le Conseil d'Etat, reconnaît, dans une jurisprudence de 2012¹⁸⁴, que lorsque une intervention médicale est « *impérieusement requise* », la perte d'une chance ne peut être retenue que lorsque la personne non-informée dispose d'une « *possibilité raisonnable de refus* ». Cela signifie donc qu'au degré inférieur de la nécessité vitale où la non-information n'entraîne aucune indemnisation au titre de la perte d'une chance, lorsque l'intervention médicale est fortement recommandée, le seul fait que la personne puisse refuser cette intervention entraîne l'attribution de dommages et intérêts sur ce fondement.

Cette approche est néanmoins empreinte d'une grande part de subjectivité, dans la mesure où les magistrats doivent essayer de se mettre à la place de la personne. Le ressenti des personnes étant nécessairement différent, la prise de position est soumise à un aléa judiciaire, dépendent des membres composant la juridiction. Alors qui doit apporter la preuve de cette perte de chance ? Une décision du 2 février 2011¹⁸⁵ apporte la réponse en censurant une décision de la Cour d'appel de Bordeaux. L'arrêt énonce qu' : « *il appartenait au juge de rechercher, au vu des pièces du dossier et après avoir ordonné, s'il en était besoin, des mesures d'instruction complémentaires, si la patiente avait subi une perte de chance de se soustraire aux dommages qui se sont réalisés...* ». Le Conseil d'Etat étaye donc son raisonnement sur un faisceau d'indices qui corroboreront ou du moins

¹⁸² N. Albert, « L'évaluation de la perte de chance en droit administratif », Les Petites affiches, 31 octobre 2013, n°218, P.29

¹⁸³ Conseil d'Etat du 15 janvier 2001, n°184386

¹⁸⁴ Conseil d'Etat, sous section, du 24 septembre 2012, n°339285

¹⁸⁵ Conseil d'Etat, sous section, du 2 février 2011, n°323970

qui indiqueront la réelle volonté du patient de procéder à l'intervention médicale s'il avait eu connaissance de l'ensemble des risques, même exceptionnels lorsque ces derniers sont considérés comme graves.

b3) L' « impréparation psychologique » reconnue par le Conseil d'Etat

Le préjudice créé par la Cour de cassation pour permettre une indemnisation plus conséquente du défaut d'information a été repris par le Conseil d'Etat dans un nouvel arrêt du 10 octobre 2012¹⁸⁶. Le juge administratif déclare qu' : « *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...* ».

Ce nouveau préjudice, reconnu par la jurisprudence, judiciaire et administrative, semble donc recouvrir une volonté indemnitaire pour la non-information des risques liés à l'acte médical. La jurisprudence administrative et civile admettent donc un préjudice indépendant, que nous pouvons néanmoins ranger dans la case du préjudice moral tendant à l'augmentation du montant des réparations du préjudice subi lorsque le patient a été dépourvu d'information sur les risques de l'intervention et que ces derniers se sont réalisés. Nous pouvons donc considérer que désormais il est possible d'obtenir réparation du préjudice d' « impréparation psychologique » en plus de l'ensemble des autres préjudices subis.

2) La preuve de l'information médicale

En matière de preuve, la loi du 04 mars 2002 énonce le principe de la liberté de la preuve. Ce principe connaît des exceptions en certaines matières comme le don d'organes ou les recherches biomédicales.

a) Le principe de la liberté de la preuve en matière d'information médicale

L'article L. 1111-2 CSP énonce qu' : « *En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen* ».

¹⁸⁶ Conseil d'Etat, sous-section, du 10 octobre 2012, n°350426

a1) Une présomption de faute du corps médical

La charge de la preuve appartient en général, lors d'un procès, au demandeur dans la mesure où il allègue des faits et que toute allégation doit être prouvée, du moins soutenue par des faits matériels. Néanmoins, en règle générale, l'administration de la preuve est l'œuvre de l'ensemble des parties au procès du fait de la loi (en droit civil) ou du fait de la liberté des magistrats en la matière (droit administratif).

- *La réciprocité de la preuve...en règle générale*

L'alinéa 6 de cet article L. 1111-2 CSP établit donc une présomption de faute de la part du corps médical, pour défaut d'information par le « retournement » de la charge de la preuve à l'encontre de ce dernier.

En droit civil, la charge de la preuve est donc inversée par rapport au régime de la preuve en matière d'information médicale. L'article 1315 du Code civil, en son alinéa premier, énonce que : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». L'alinéa second ajoute que : « *Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

Selon cet article, seulement celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en apporter la preuve. Ce n'est que lorsque la partie adverse argue d'avoir convenablement exécuté son obligation que celle-ci doit en apporter la preuve. En somme, lors d'un procès, les deux parties seront tenues de présenter la preuve de leurs allégations dans la mesure où la partie demanderesse devra prouver l'existence d'une obligation et de son défaut ou de sa mauvaise exécution et la partie adverse, qui arguera avoir rempli convenablement son obligation devra, également, amener la preuve de cela.

En matière administrative, les règles du contentieux laissent une grande marge de manœuvre au juge en matière de preuve. Même si elle incombe en principe à la victime, le Conseil d'Etat a, plusieurs fois, renversé la charge de la preuve ou joué le rôle de « juge d'instruction » afin de collecter des éléments matériels suffisants à l'élaboration de la vérité. Dans un premier arrêt de 1916¹⁸⁷, le Conseil d'Etat renverse la charge de la preuve dans la mesure où les prétentions des demandeurs ne reposaient que « *sur des faits et des allégations dont les pièces versées au dossier établissent l'inexactitude* ».

Pour la doctrine, il s'agit, en l'espèce, du point de départ des pouvoirs de juge « instructeur » du juge administratif qui seront confirmés dans les arrêts « *Couespel du Mesnil* »¹⁸⁸ « *Barel* »¹⁸⁹ ou « *Maison Genestal* »¹⁹⁰. L'ensemble de ces jurisprudences énonce que, dès lors que le requérant apporte des « éléments sérieux à l'appui de sa

¹⁸⁷ Conseil d'Etat du 14 janvier 1916, « *Camino* », Rec. 15.

¹⁸⁸ Conseil d'Etat, Section, du 1^{er} mai 1936 « *Couespel du Mesnil* ».

¹⁸⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, du 28 mai 1954, « *Barel* », Rec. 308, conc. Letourneur.

¹⁹⁰ Conseil d'Etat du 26 janvier 1968, « *Maison Genestal* », Rec. 62, conc. Bertrand.

requête »¹⁹¹ mais néanmoins insuffisants à la constitution de preuve, le juge administratif peut ordonner à l'administration la production de documents tendant à établir « la conviction du juge sur les points en litige ». Cela signifie donc, qu'à défaut de preuve irréfutable pour le requérant, mais, lorsque ce dernier produit néanmoins des éléments « sérieux » soutenant ses allégations, le juge, inverse la charge de la preuve en demandant à l'administration l'établissement d'informations complémentaires lui permettant d'établir la lumière sur l'ensemble des faits et de pouvoir juger en son « intime conviction ».

Il s'agit donc, d'une sorte de réciprocité des preuves comme en matière civile dans la mesure où chacune des parties est tenue d'apporter des éléments corroborant leurs prétentions. D'une manière générale, nous pouvons constater que dans les régimes de droit commun, l'administration de la preuve est à la charge, en principe, au demandeur, mais que cette dernière, d'un point de vue pratique, peut être demandée à l'ensemble des parties contrairement au régime de la preuve en matière de responsabilité médicale pour défaut d'information.

- *L'unilatéralité de la preuve... en « règles » spéciales*

En opposition au régime civiliste de droit commun et au droit administratif, dans le domaine du droit spécial, l'administration de la preuve incombe, la plupart du temps, à la partie la plus « forte ». Celle-ci peut être le professionnel face au consommateur dans la mesure où l'« homme du métier »¹⁹² a une forte connaissance de l'objet du contrat de vente. Dans cette mesure, l'homme qui détient le savoir a une obligation d'information vis-à-vis du consommateur selon l'article L.111-1, I et II du Code de la consommation, qu'il doit prouver en cas de litige selon le III du même article. Toujours, en droit de la consommation, selon l'article L. 132-1, alinéa 2, du même Code, en matière de clauses abusives « le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse ».

En matière pénale, l'article préliminaire, III, du Code de procédure pénale énonce que : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'est pas établie ». La charge de la preuve appartient donc à l'administration judiciaire, qui, à travers diverses investigations essaiera d'établir la responsabilité pénale du prévenu.

Le médecin est-il dans une situation dominante, de sorte à devoir administrer, seul, la preuve de l'information ? Le patient, plus dans la situation du consommateur vis-à-vis du professionnel que dans celle du prévenu face à l'instruction pénale, est « déchargé » de l'obligation de preuve par le législateur car il serait dans une position de « faiblesse »

¹⁹¹ J-H. Stahl, « Les trois messages de l'arrêt Barel », AJDA 2014, P.88.

¹⁹² Dans le domaine du droit des brevets, « l'homme du métier » est une expression désignant le : « praticien normalement qualifié qui possède les connaissances générales du domaine technique concerné par l'invention et qui, à ce titre, est censé avoir eu accès à tous les éléments de l'état de la technique et avoir la capacité de procéder à des travaux et expériences courants » selon A. Boutin, conseiller en propriété industrielle, L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle du 15 février 2013, n°2, P.4

face au professionnel de santé ou de l'établissement hospitalier. Le patient est en position de faiblesse car il est profane face à l'homme de science qui détient le savoir, il est en position de faiblesse car il est généralement atteint moralement par sa maladie ou son mal-être, il peut également être en position de faiblesse par la crainte des thérapies proposées. Dans cet état de faiblesse, le législateur a prévu, comme nous l'avons vu, un droit à l'information afin d'apaiser ces craintes et lever au moins le doute sur les risques des thérapies.

Quel est l'intérêt du renversement de la charge de la preuve ? Premièrement, le renversement permet d'établir une présomption légale de faute du professionnel de santé. Effectivement, dans la mesure où le législateur réfute l'application de l'adage « *necessitas probandi incumbit ei qui agit* »¹⁹³, c'est que ce dernier privilégie la partie en position de faiblesse. Secondement, renverser la charge de la preuve implique une interprétation vis-à-vis de l'obligation *per se*. Dans la mesure où le législateur instaure une présomption de faute du professionnel de santé, cela signifie qu'il entend sacrifier l'obligation concernée. Pourquoi ne pas se contenter d'instaurer la règle de droit commun concernant la charge de la preuve incombant à chaque partie afin de soutenir leurs allégations respectives ? L'obligation, dont la charge de la preuve est renversée est une obligation dont l'importance est fondamentale ou du moins majeure. Enfin, en tant qu'obligation légale, il est nécessaire que celui à qui incombe cette obligation soit le dépositaire de la charge de la preuve.

- *L'origine de la règle de la charge de la preuve envisagée par la Cour de cassation*

Cette règle de la preuve du corps médical n'est pourtant pas nouvelle. En effet, jusqu'en 1951, les magistrats considéraient qu'il incombait au professionnel de santé de prouver l'accomplissement de son obligation d'information. Néanmoins, l'arrêt du 29 mai 1951, rendu par la Cour de cassation énonce le principe selon lequel il appartient au patient : « *lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve de que ce dernier a manqué à (son) obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération* ». Le raisonnement des magistrats de l'époque est uniquement basé sur une réflexion contractuelle et sur leur volonté de prolonger l'arrêt « *Mercier* » à son paroxysme. Dans la mesure où l'arrêt « *Mercier* » consacre pleinement la relation contractuelle du patient avec le praticien libéral ou salarié, la logique juridique leur imposait, s'ils voulaient continuer sur cette voie, d'étendre pleinement les règles du droit commun des contrats et de l'appliquer à la preuve.

La jurisprudence n'adoptera cette position qu'un certain temps car en 1997, la Cour de cassation opéra à un renversement de jurisprudence par son fameux arrêt « *Hedreul* »¹⁹⁴. Dans sa solution d'espèce, la Cour déclare que : « *le médecin est tenu d'une*

¹⁹³ Adage se rapportant à la règle commune selon laquelle : « la nécessité de la preuve incombe à celui qui se plaint »

¹⁹⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 25 février 1997, n°94-19685

obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation... ». Cet énoncé renvoie à la solution de principe énoncée au visa de l'article 1315 du Code civil, en préambule de la décision, selon laquelle : « *Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ; ».*

Alors, sur quel alinéa de l'article 1315 ce principe prend-t-il source ? Certainement pas sur le premier alinéa posant le principe de la preuve de l'inexécution par celui qui demande réparation puisque dans un tel cas, le patient devrait prouver la faute du professionnel de santé. En ce qui concerne l'alinéa 2, nous pouvons considérer qu'à défaut de pouvoir se fonder sur l'alinéa précédent, le principe jurisprudentiel trouve son fondement dans celui-ci. Néanmoins, pourquoi ne pas considérer, contrairement à certaines thèses développées par la doctrine¹⁹⁵, qu'il s'agit de l'amorce d'un principe autonome ? Pour le professeur, Louis Dubouis, le principe énoncé par la Première Chambre civile ne peut qu'être fondé sur l'alinéa second de l'article 1315 dans la mesure où : « Le médecin se prétend libéré de l'obligation d'information ; il doit donc prouver le fait qui a produit l'extinction de cette obligation, à savoir qu'il a informé correctement le patient ». Ce raisonnement n'est nullement révolutionnaire, le médecin ne se sent « libéré » de son obligation que lorsque le patient intente une action contre lui pour défaut d'information. Dès lors, le médecin qui réfutera les arguments du patient, lésé, devra automatiquement prouver sa libération par le jeu de l'article 1315, alinéa 2. Nul besoin de l'arrêt « *Hédreul* » pour en arriver à ce point.

Ce qui est « fondamental » dans cette décision, c'est premièrement d'élaborer un régime de preuve spéciale pour les obligations d'information, dans le domaine médical ou non, comme en droit de la consommation. De ce fait, la jurisprudence rompt totalement avec la jurisprudence précédente mais également avec l'article 1315 du Code civil en instituant des régimes spéciaux de preuve. Deuxièmement, l'arrêt « *Hédreul* » amorce, en douceur, la fin du régime contractuel de la relation médicale dans la mesure où elle envisage une obligation d'information « légale ».

- *La présomption de faute devant le Conseil d'Etat, une charge de la preuve incombant au corps médical*

La preuve en matière de responsabilité médicale, obéit devant le Conseil d'Etat du même régime qu'en matière de droit commun. La responsabilité médicale ne souffre donc d'aucune exception. Nous pouvons noter un arrêt du 30 janvier 1980¹⁹⁶ où il est réclamé à la victime d'une paralysie partielle d'apporter la preuve de ses allégations. Il s'agit alors de la stricte application des jurisprudences « *Barel* » ou « *Couespel du Mesnil* » préalablement citées. Le juge administratif peut renverser la charge de la

¹⁹⁵ L. Dubouis, « La preuve de l'information incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ? », RDSS 1997, n°288

¹⁹⁶ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, du 30 janvier 1980, n°06633.

preuve à la condition que la victime mène aux débats des « *éléments sérieux à l'appui de ses allégations* ». Cette position est confirmée dans un arrêt du 15 janvier 1988¹⁹⁷ où le Conseil d'Etat exige un commencement de preuve afin d'instruire et d'éventuellement retourner la charge de la preuve.

Dans un arrêt du 10 octobre 2003¹⁹⁸, le Conseil d'Etat déclare « *qu'il résulte de ces dispositions qu'il appartient au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le virus de l'hépatite C provient d'une transfusion, mais d'apporter un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance ; que si tel est le cas, la charge de la preuve contraire repose sur le défendeur* ». Si cette solution s'applique en matière de faute « technique » dans la pratique de l'art médical, qu'en est-il concernant l'obligation d'information ?

L'exigence d'une obligation légale implique pour le débiteur que ce dernier apporte la preuve de l'accomplissement d'une telle obligation¹⁹⁹. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu considérer dans son arrêt du 19 mai 2004 que la preuve incombe au dépositaire d'une telle obligation, de l'établissement de santé. Solution reprise dans une décision de la Cour d'appel de Douai qui considère que « *le centre hospitalier de Dieppe ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe...* »²⁰⁰. Ainsi, la preuve de la dispense de l'information a le même régime, qu'il s'agisse de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. La consécration légale a permis de dégager une obligation spéciale qui oblige la partie qui en est préposée à démontrer que cette information a véritablement été délivrée.

a2) La preuve par « tout moyen », une réalité ?

La preuve qui incombe donc au praticien doit être apportée, par lui, par « tout moyen » selon le CSP. Le juge admet donc l'ensemble des éléments matériels pouvant apporter soutien aux propos du professionnel de santé. Cette règle semble légitime, dans la mesure où, le médecin ayant vu son statut se dégrader vis-à-vis du patient par l'ensemble des contraintes qui lui sont imposées, elle lui permet de garder un minimum de liberté dans l'exercice de sa profession. Néanmoins, il est vraisemblablement difficile d'appliquer la règle de manière *stricto sensu* dans la pratique. N'existant aucune différence notable dans la portée des décisions du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, il n'est pas gênant que la jurisprudence des deux ordres de juridictions soit appréhendée concomitamment. Il est également nécessaire d'envisager la jurisprudence des deux ordres sous le même point car depuis la loi du 04 mars 2002, les deux ordres répondent de la même loi à l'égard de l'obligation d'information.

- *Le témoignage, une preuve impossible*

¹⁹⁷ Conseil d'Etat, 5^{ème} sous-section, du 15 janvier 1988, n°65033.

¹⁹⁸ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 7^{ème} sous-section réunies, du 10 octobre 2003, n°249416.

¹⁹⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, du 19 mai 2004, n°216039.

²⁰⁰ CAA Douai, deuxième Chambre du 31 octobre 2006, n°05DA00966.

Si la preuve de la délivrance de l'information peut se faire par « *tout moyen* » alors cela implique que le caractère oral de l'information est légal et que sa preuve pourrait être rapportée par la description d'un tiers, par un témoignage. En effet, ni l'article L. 1111-2 CSP, ni la jurisprudence du 25 février 1997²⁰¹ de la Cour de cassation ne distinguent sur la qualité de l'information ou de sa preuve.

De la même manière, le Conseil d'Etat a considéré dans son arrêt du 19 mai 2004²⁰² que « *si l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris soutient que M. X avait été informé de ces risques, elle n'apport pas la preuve qui lui incombe qu'elle a donné cette information...* ».

Néanmoins, dans la pratique comment prouver la transmission de l'information ? Peut-on envisager le témoignage ? De prime abord, cela ne pourrait poser aucun problème. Néanmoins, divers inconvénients viennent obstruer cette liberté de dispense d'information.

Premièrement, la qualité des personnes présentes nuit à la retranscription d'un témoignage de manière objective et impartiale. D'ailleurs, concernant l'ordre judiciaire, le Code de Procédure Civile en son article 205 énonce que : « *Chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice* ». Cette disposition concerne notamment les descendants et les ascendants d'une des parties au procès. Ensuite, les témoignages peuvent également être nuancés dans la mesure où la personne atteste d'un lien avec l'une des parties. En effet, l'article 210 du même Code dispose que : « *Les témoins déclarent leurs nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles* ». Donc, un proche du patient, membre de sa famille, ami verra son témoignage nuancé, tout comme le témoignage d'un collaborateur du médecin, d'un collègue, d'un salarié, d'un subordonné.

Secondement, le témoin ne pourra pas non plus être une personne tierce à chacune des parties dans la mesure où l'on envisage mal l'invitation d'une personne extérieure à la consultation médicale en raison du principe du secret médical qui s'impose à l'ensemble des professions médicales et paramédicales. En effet, les médecins sont soumis aux dispositions du Code de déontologie, notamment celles inscrites à l'article R.4127-4, alinéa premier, qui énonce que : « *le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi* ».

En tout état de cause, l'article L.1111-2, alinéa 3, pare à toute éventualité dans la mesure où il énonce que : « *cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel* ». De ce fait, cette disposition induit que le médecin se trouve seul avec le patient ou accompagné, pour ce dernier, de la personne de confiance ou pour le médecin

²⁰¹ Cour de cassation, Première Chambre civile, du 25 février 1997, n°94-19.685.

²⁰² Conseil d'Etat, Assemblée, du 19 mai 2004, n°216039.

de son équipe médicale, des personnes dont l'impartialité d'un témoignage sera nécessairement remise en cause.

- *L'écrit, la preuve suprême en matière d'information médicale*

L'écrit semble donc nécessaire dans la production d'une preuve « valable » en matière d'information du patient. Seulement, la question qui demeure est de savoir ce que doit contenir cet écrit ? Doit-il s'agir d'une simple attestation signée par les parties selon laquelle l'ensemble des droits du patient auraient été respecté ? L'écrit doit-il contenir l'ensemble des informations retranscrites au patient ?

Le professeur Patrice Jourdain estime que la présomption de faute ne sera « donc limitée à l'existence même de l'information, à sa matérialité ; elle n'affectera pas sa qualité »²⁰³. Néanmoins celui-ci ne se fonde que sur l'arrêt du 25 février 1997, qui, effectivement ne mentionne que la preuve de l'exécution de l'information médicale et non pas son contenu.

Un autre arrêt du 14 octobre 1997²⁰⁴ de la Cour de cassation, bouleverse un tant soit peu la règle de la preuve en matière d'information médicale. Si le principe de la décision précédente n'est pas remis en cause, le contenu de la preuve a visiblement changé. La Cour énonce que : « *s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé...* ».

Selon cette décision, la charge de la preuve est encore plus lourde pour le médecin dans la mesure où le professionnel de santé devra, outre la preuve de l'exécution en elle-même, amener également la preuve des caractères et de la qualité de l'information. Il devra prouver que cette information est « *loyale* », « *claire* » et « *appropriée* ». Cela signifie que la preuve devra être individualisée, tenant compte de critères subjectifs relatifs à la personnalité du patient. Afin de prouver cela, la simple attestation de l'exécution de l'obligation d'information n'est plus suffisante. En effet, il semble, dorénavant, plus sérieux d'envisager la rédaction de l'ensemble de l'information délivrée au patient, en deux exemplaires, signés par les deux parties en bas de chaque page du document afin d'éviter la modification de ce dernier.

Qu'en est-il aujourd'hui ? La loi du 04 mars 2002 semble avoir repris ce raisonnement dans la mesure où l'alinéa 6 de l'article L. 1111-2 CSP exige la preuve d'une information conforme : « *aux conditions prévues au présent article* ». Cela signifie que le professionnel de santé devra, comme suite de l'arrêt d'octobre 1997, démontrer l'exécution de l'information ainsi que ses caractères et son contenu.

²⁰³ P. Jourdain, « Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. Application à l'obligation du médecin », RTD Civ. 1997, n°434

²⁰⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 14 octobre 1997, n°95-19609

La preuve étant libre, nous ne pouvons considérer que seul l'écrit est en mesure de la constituer. Une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille²⁰⁵ admet que la simple attestation d'information : « *n'est ni nécessaire ni suffisante* » pour constituer à elle seule une preuve mais que ce document accompagné d'un entretien préalable permet au patient « *de donner en connaissance de cause un consentement éclairé à l'acte de soins auquel il s'est ainsi volontairement soumis* ». La preuve de l'information peut donc être le résultat d'une attestation d'information et de la preuve, comme en l'espèce, de plusieurs consultations préopératoires constituant l'entretien individuel durant lesquels le patient a pu trouver réponse à l'ensemble des interrogations relatives à l'opération et de ce fait obtenir un consentement libre et éclairé.

L'écrit semble nécessaire à l'obtention d'une preuve emportant la conviction du juge. Si cet écrit ne retranscrit pas l'ensemble de l'information diffusée, celui-ci doit alors être accompagnée de preuves complémentaires comme par exemple, la vérification sur un agenda d'un entretien individuel, d'une consultation avec le patient.

b) La limite légale de la liberté de la preuve en matière d'information médicale spéciale

Il existe des domaines de la santé où la règle de la preuve est dérogatoire par rapport au principe énoncé à l'article L.1111-2, alinéa 6. Dans certains cas, souvent dans des cas sensibles ou à risques la loi exige un écrit quant à l'information.

b1) L'information délivrée par écrit, l'information délivrée par un comité d'experts

En matière d'interruption de grossesse, l'article L.2212-3 du CSP énonce, en son alinéa premier, que : « *le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de grossesse doit, dès la première visite, informer celle-ci des méthodes médicales et chirurgicale d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels* ». L'alinéa second exige du professionnel de santé qu'il lui remette : « *un dossier-guide, mis à jours au moins une fois par an, comportant notamment le rappel des dispositions de l'article L. 2212-1 et L.2212-2, la liste et les adresses des organismes mentionnés à l'article L.2212-4 et des établissements où sont effectuées des interruptions volontaires de la grossesse* ».

Pour les recherches biomédicales, le dernier alinéa de l'article L.1122-1 énonce que les informations nécessaires, requises par la loi doivent être : « *résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité* ».

En matière de don d'organes, la loi prend encore plus de précautions dans la mesure où l'alinéa 4 de l'article L.1231-1 CSP énonce que : « *le donneur, préalablement informé*

²⁰⁵ CAA Marseille, Deuxième chambre, n°11MA02696 du 13 février 2014, « *Centre hospitalier de Draguignan c/ M.W* »

par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé... ».

Dans ces trois cas, l'administration de l'information poursuit un régime spécial dans la mesure où l'on exige un écrit ou alors que l'information doit être délivrée par un comité d'experts et le consentement libre et éclairé, recherché par un magistrat. En ces domaines, la preuve de l'information est donc renforcée dans la mesure où les formalités de son administration le sont aussi.

b2) La justification du renforcement de l'obligation d'information par la sensibilité des domaines médicaux

Qu'il s'agisse de la recherche biomédicale, du don d'organes ou l'interruption volontaire de grossesse (IVG), nous sommes confrontés à des sujets sensibles du droit de la santé, mais au delà de notre raisonnement de juriste, nous avons à faire à des domaines touchant de près à l'éthique, au respect de la personne humaine, de sa dignité, de son intégrité physique ou de même de sa vie future.

Nous ne sommes pas en face d'une opération de l'appendice, à une opération du foie ou de la réparation d'une fracture de la jambe mais à la destruction d'un fœtus, à l'« amputation » d'une partie du corps humain ou à l'« instrumentalisation » de la personne humaine.

Nous devons donc envisager une clarté absolue sur l'information délivrée à la personne se soumettant à ces pratiques. Il est nécessaire d'informer la future mère que son IVG entraînera la destruction d'une personne à en devenir et qu'elle ne pourra, éventuellement, plus mettre un enfant au monde pour diverses causes, il est nécessaire d'informer le donneur de rein que son acte d'altruisme entraînera un risque inhérent sur sa vie ou son mode de vie en cas de défaillance du rein restant et informer la personne qui se soumet aux recherches que son « sacrifice » pour l'avancée de la science pourra avoir des conséquences sur sa santé future.

b3) Une information évolutive

Quoi qu'il en soit, le médecin a une obligation de moyen quant à la qualité de l'information dispensée. Cette information étant évolutive et ne cessant pas avec l'intervention médicale, elle est fondée sur la notion des « données acquises de la science ». Cela signifie donc que l'information dispensée en matière de don d'organes devra envisager la même forme lorsque l'intervention sera réalisée et que de nouveaux risques seront connus.

A l'instar de l' « homme du métier » en droit de la propriété intellectuelle ou du « bon père de famille » en droit civil, la notion de « données acquises de la science » permet au praticien de s'exonérer d'une éventuelle responsabilité en matière de qualité de soins mais également en matière de qualité d'information²⁰⁶. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation a admis que n'était pas indemnisable le préjudice résultant d'une vaccination contre l'hépatite B lorsque ledit risque n'était pas inscrit sur la notice ou sur le registre Vidal, qu'il ne constituait pas une « donnée acquise de la science »²⁰⁷. Cette règle semble alors constituer une échappatoire pour les professionnels de santé.

Cela permet aux patients de disposer d'une information complète et surtout conforme aux exigences des autorités nationales de santé. Cette information complète perdue, selon l'article L. 1111-2, alinéa second, « *postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux* ».

Pour le « régime général » de la preuve médicale, une simple attestation écrite et signée par les parties et la preuve d'une consultation suffira à accomplir la preuve de la dispense des nouvelles informations. Un écrit sera nécessaire pour les autres disciplines comme le don d'organes ou l'IVG ou les recherches biomédicales.

Le défaut d'information constitue donc un nouveau préjudice pour le patient. Les jurisprudences des deux ordres se sont conformées à finalement admettre qu'il s'agit d'une « *impréparation psychologique* ». L'intérêt pour le patient réside dans le bénéfice d'une véritable « arme indemnitaire » indépendante des autres préjudices. Ainsi, lors de la survenance d'un dommage physique postopératoire, s'ajoute au préjudice corporel celui de l'impréparation psychologique tant difficile à prouver pour le professionnel de santé. Véritable « liberté publique », il est alors nécessaire de savoir si ce droit constitue un « droit fondamental ».

Paragraphe 2 : L'information médicale, un « droit fondamental » ?

L'information médicale est donc un droit pour le patient et une obligation pour le médecin. En effet, le dévoiement, la méconnaissance entraîne pour le malade, lésé, une action en justice indépendante de tout autre dommage dans la mesure où, comme nous l'avons vu, cette désinformation entraîne pour le justiciable la perte d'une chance ou d'une « impréparation » psychologique de ce dernier aux dommages subis. Néanmoins, quelle est la force juridique de ce droit à l'information ? S'agit-il d'un droit fondamental ou d'une liberté publique ? Il s'agira donc de vérifier si le droit à l'information a les caractères d'un droit fondamental afin de pouvoir en déterminer sa nature.

²⁰⁶ Cette notion a été utilisée dans un arrêt de la Cour de cassation, Première chambre civile du 4 janvier 2005, n°03-14206 où il était question de l'énoncé d'un mauvais diagnostic, d'une mauvaise information donc.

²⁰⁷ Cour de cassation, Première Chambre civile du 23 janvier 2014, n°12-22.123.

A) Les caractères d'un droit fondamental

Pour le professeur François Terré²⁰⁸, l'« évolution » des libertés et droits fondamentaux est « devenue prétexte à la manie de la revendication, ce mot magique de liberté peut couvrir toutes les outrances ».

Cette citation démontre assez bien la situation dans laquelle nous sommes, à savoir notre tendance à revendiquer des droits de manière anarchique et infondée. Nous ne pouvons donc pas crier haut et fort que le droit à l'information médicale, pourtant reconnu par loi, constitue *de facto* un droit fondamental. De cette manière, à le considérer comme tel, nous pourrions également dire que l'obligation d'information du professionnel vis-à-vis du consommateur est fondamentale, tout comme l'obligation d'information du notaire ou encore la notion de « droit à la sécurité » souvent employé par les personnalités politiques mais dont le fondement reste trouble²⁰⁹.

Pour le professeur Serge Guinchard²¹⁰, les droits fondamentaux sont « un ensemble évolutif de droits considérés en raison de leur importance comme s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire, et qui englobe actuellement pour l'essentiel les droits de l'Homme et les droits sociaux... ». Cela signifie donc, que pour être considéré comme fondamental, un droit ou une liberté doit être consacré dans une norme de valeur « *supra* législative » afin que les pouvoirs législatif et réglementaire ne puissent y porter atteinte, ne puissent le vider de sa substance.

Pour le doyen Favoreu, afin pouvoir considérer qu'une norme correspond à un droit fondamental ou qu'un système juridique soit habilité à recevoir un tel droit, il faut que quatre conditions soient réunies.

La première est celle de l'existence de « permissions au bénéfice de toutes les personnes (relevant du système) en règle générale, et au bénéfice des classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel (les « bénéficiaires »). » Un droit fondamental doit dès lors, pour être considéré comme tel, s'imposer à toutes les personnes relevant d'un système juridique donné. Ce droit est opposable *erga omnes* en principe mais ce principe peut être atténué par la théorie des « discriminations primaires » et des « discriminations secondaires ».

La seconde condition prévoit que les normes législatives ou *infra* législatives soient « considérées comme fautives » lorsque celles-ci restreignent de manière significative le droit protégé.

La troisième est celle de l'existence d'un « organe juridictionnel de contrôle » dont la mission est d'annuler les normes fautives ou d'empêcher en amont à leur promulgation, que ces dernières soient considérées comme des normes. Cet organe est sans

²⁰⁸ F. Terre, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in « *Libertés et droits fondamentaux* » de Remy Cabrillac, Lonrai, Dalloz, Collection CRFPA, 15^{ième} édition, 2009, p. 4.

²⁰⁹ M-A. Granger, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité » ? », *Allocataire-Moniteur*, Université de Pau et des Pays de l'Adour.

²¹⁰ S. Guinchard, « *Lexique de termes juridiques* », Dalloz, 15^{ième} édition, 2005

contestation possible dans l'ordre juridique, le Conseil constitutionnel qui, sur saisine en vertu de l'article 61 de la Constitution, vérifie que les droits constitutionnellement consacrés ne soient pas restreints par la promulgation d'une loi contraire, d'une « norme fautive ». Il intervient également *a posteriori* par le mécanisme de la Question prioritaire de constitutionnalité prévue à l'article 61-1 de la Constitution.

La dernière condition est l'existence d'organes habilités à effectuer cette saisine. En matière de contrôle *a priori*, le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, ou soixante députés ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Dans le contrôle *a posteriori*, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, à l'initiative de justiciables peuvent saisir le Conseil constitutionnel qu'une question prioritaire de constitutionnalité.

Un droit fondamental est-il pour autant absolu ? Il ne saurait en être ainsi, l'absolutisme d'une liberté ou d'un droit conduirait nécessairement sur des abus et donc sur le mépris des droits de son voisin. Pour exemple, nous ne pouvons considérer une liberté d'expression de manière absolue dans la mesure où l'on ne peut accepter l'injure ou la diffamation ou nous ne pouvons pas imaginer une liberté de réunion qui empièterait sur le respect de l'ordre public. Malgré le fait qu'ils ne puissent pas vider ou modifier le contenu d'un droit fondamental, le législateur, dans un premier temps, et le pouvoir réglementaire, ensuite, peuvent néanmoins en dessiner les contours, en définir son cadre d'application et établir son régime. Il en est ainsi pour la liberté d'expression qui est encadrée par la loi du 29 juillet 1881 relative à la presse et aux communications, tout comme pour le droit de propriété qui est bridé par les compétences réglementaires des communes en matière de « plan local d'urbanisme » (PLU) depuis la loi du 13 décembre 2000²¹¹.

Les atteintes légales aux droits fondamentaux peuvent être prévenues ou réparées par deux procédés, préalablement cités, que sont le recours *a priori* de constitutionnalité prévu à l'article 61 de la Constitution de 1958 et l'article 61-1, instauré en 2008 et entré en vigueur au 1^{er} mars 2010, qui prévoit un recours pour chaque justiciable *via* la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Ces deux mécanismes permettent de saisir le Conseil constitutionnel d'une manière directe ou indirecte d'une loi qui porterait atteinte à une liberté ou droit fondamental et à qui il appartient d'en censurer tout ou partie de cette loi.

En ce qui concerne les atteintes réglementaires aux droits fondamentaux, donc par des actes administratifs, le juge administratif a un pouvoir de « juge constitutionnel » en la matière. En effet, par un arrêt « *Société Eky* »²¹² le Conseil d'Etat considère qu'il est en mesure de vérifier la constitutionnalité d'un acte administratif pris dans le cadre de l'article 37 de la Constitution, à savoir par un pouvoir réglementaire autonome.

²¹¹ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains

²¹² Conseil d'Etat, Section, du 12 février 1960, « *Société Eky* », JCP 1960, II, n°11 629 bis

Les droits fondamentaux peuvent, outre la Constitution, être consacrés par des normes internationales, par des traités ou conventions. Notamment, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) proclame un certain nombre de droits dont les atteintes par le législateur sont contrôlées par la Cour de cassation depuis son arrêt « *Jacques Vabre* »²¹³ et le Conseil d'Etat avec son arrêt « *Nicolo* »²¹⁴ qui opèrent des contrôles de conventionalité de la loi. Le dernier ressort appartient, néanmoins, à certaines instances internationales, européennes, comme la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ou encore par des instances communautaires comme la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en ce qui concerne la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B) L'information médicale, évolution d'un droit fondamental

Au regard de ces considérations théoriques sur le régime des droits fondamentaux, la question est donc de savoir si le droit à l'information médicale est un droit fondamental ou s'agit-il d'une liberté publique. La liberté publique étant un droit consacré par la loi afin d'éviter les abus du pouvoir réglementaire et de l'administration.

1) L'information médicale, une liberté publique ?

a) Une loi, une liberté publique nécessaire dans le domaine de la médecine publique

La liberté publique peut être définie comme étant la liberté, le droit ou le principe garanti par la loi dans le but de préserver les atteintes éventuelle que l'administration pourrait y porter. L'administration ne disposant que du pouvoir réglementaire, elle ne peut édicter des règles qui seraient contraires à la loi.

Or, le droit à l'information médicale n'a longtemps revêtu, comme nous l'avons vu, qu'une valeur jurisprudentielle. De ce fait, l'information médicale ne pouvait revêtir cette qualité que jusqu'en 1991²¹⁵. Depuis une loi de 1991, l'information est désormais légalisée et imposée aux établissements de santé.

L'article 1^{er}, codifié à l'article à l'ancien article L.710-2, alinéa second, du Code de la santé énonce que : « *Dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des établissements assurent l'information des personnes soignées. Les personnels paramédicaux participent à cette information dans leur domaine de compétence et dans le respect de leurs propres règles professionnelles.* ».

Rien de comparable avec la loi du 04 mars 2002 qui, comme vu préalablement, décrira en largeur et en profondeur l'étendue de ce principe, la loi de 1991 vient poser la

²¹³ Cour de cassation, chambre mixte du 24 mai 1975, n°73-13556, « *Jacques Vabre* »

²¹⁴ Conseil d'Etat, Contentieux du 20 octobre 1989, n°108243, « *Nicolo* »

²¹⁵ Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant « Réforme hospitalière »

pierre de la légalité de l'information médicale, faisant de cette dernière une obligation pour le corps médical, un droit pour le patient, accompagné d'une action en réparation en cas de non accomplissement.

Protégée par la loi du pouvoir règlementaire hospitalier, ce droit à l'information devient, dès lors, une liberté publique permettant donc la protection dudit droit du pouvoir règlementaire, ne pouvant plus le vider de sa substance de manière « arbitraire ».

b) Une loi d'importance relative dans le domaine de la médecine privée

Dans les relations médicales privées, cette loi était-elle nécessaire ? D'un point de vue formaliste, une loi n'est pas intrinsèquement futile dans la mesure où elle assure une base légale à un droit. Néanmoins, par rapport au fond, la jurisprudence de la Cour de cassation a toujours été plus riche en informations concernant ce droit. La constance de cette jurisprudence lui a conféré une certaine solidité. L'intérêt d'une loi en ce domaine concerne la preuve qui, de ce fait, incombe systématiquement au professionnel de santé.

L'importance de cette loi, du point de vue du droit privé tient également à l'uniformisation de la règle, comme a pu opérer la loi de 2002 un régime commun entre le droit public et le droit privé, parfois disparate. Une règle commune permet de mettre la médecine privée et publique sur un pied d'égalité et éviter les médecines à deux vitesses, tout en sachant que la médecine privée profite souvent aux personnes disposant de moyens plus importants.

2) L'information médicale est-elle vraiment un droit fondamental ?

Au delà de considérer le droit à l'information comme étant une liberté publique, nous pouvons nous poser la question de savoir si l'information médicale est un droit fondamental. Pour cela, nous pouvons nous questionner sur la nature du corolaire d'un droit fondamental ? Ou si par la nature de sa source juridique, le droit à l'information est un droit fondamental ? Autrement dit, nous avons vu que le défaut d'information sur la santé de la personne relève pour la CEDH de la violation du principe du respect de la vie privée, à ce moment là pouvons-nous considérer le défaut d'information sur la santé comme étant également un principe fondamental ? Le deuxième mécanisme consiste à se demander s'il existe une source juridique supérieure à la loi permettant de qualifier le défaut d'information comme étant un droit fondamental ?

Si ensuite, nous pouvons considérer le droit à l'information médicale comme étant fondamental, il s'agira de déterminer sa nature. S'agira-t-il d'un droit subjectif ou d'un droit-créance ?

a) *Le droit à l'information médicale un corollaire du principe du respect de la vie privée*

Comme nous l'avons mentionné préalablement, la Cour européenne considère que le défaut d'information sur la santé de la personne constitue une violation du respect de la vie privée.

En effet, ce principe, né de l'arrêt « *Guerra & autres c/ Italie* » de 1998, puis réaffirmé à plusieurs reprises énonce que le défaut d'information sur la santé relève de l'article 8 CEDH et non pas de l'article 10, §2 (droit à l'information) de la même Convention. Ce raisonnement est intéressant car la Cour rappelle bien que le droit à l'information ne constitue pas la base juridique de rattachement de l'information médicale, de l'information qui porterait sur la santé d'autrui.

Les juges européens auraient très bien pu énoncer un principe innovant et cohérent et mentionnant que l'information médicale est, comme toute information d'autres natures, rattachable au principe consacré à l'article 10, §2 de la CESDH. La Cour a justifié sa décision en considérant, qu'en l'espèce l'Etat italien n'était pas débiteur d'une obligation positive d'information. Nous pouvons considérer que cette décision est recouverte à l'époque d'une partie d'opportunisme.

Assimiler le droit à l'information sur la santé, comme faisant partie intégrante du droit à l'information rendrait ce premier opposable aux Etats, qui, à l'époque, n'ont pas conçu de lois spécifiques et les obligerait à légiférer dans ce domaine de manière rapide. En France, par exemple, nous avons la loi de 1991, qui reconnaissait un droit pour le patient à être informé, mais les conditions d'application et les caractères de ce droit n'étaient définis que par la jurisprudence et auraient obligé la France à légiférer de manière urgente.

Alors que, considérer le défaut d'information sur la santé comme étant une violation de la vie privée, permet de reléguer ce défaut au rang de principe inférieur en haussant d'un cran le principe de respect de la vie privée, déjà bien assimilé par la plupart des Etats européens. Dès lors, le défaut d'information n'est pas un droit fondamental malgré son rattachement à la protection de la vie privée dans la mesure où il ne s'agit que d'un composant du droit. Par extension et raisonnement analogique, si nous prenons les règles d'urbanisme en France qui limitent, encadrent et règlementent le droit de propriété, ces dernières ne sont pourtant pas considérées comme étant un droit fondamental et ce, même si elles viennent concurrencer le droit de propriété qui lui en est un.

Le corollaire d'un droit fondamental n'est donc pas forcément un autre droit fondamental dans la mesure où il ne peut en être qu'une composante, une limite mais surtout dans la mesure où sa valeur est souvent légale, voire jurisprudentielle, et comme

nous l'avons déjà énoncé : « les droits fondamentaux sont reconnus aux personnes physiques et morales par des textes et normes supra législatifs... »²¹⁶.

b) Le droit à l'information médicale, un caractère fondamental autonome et théorique de par sa source « supra-légale »

Dès lors, il nécessitera pour que ce droit soit considéré comme fondamental qu'il soit mentionné dans une norme supra-législative. Si le respect du consentement du malade, qui implique une information, est citée dans de nombreux textes, un seul la mentionne de manière explicite. Il s'agit de la Convention d'Oviedo qui, en son article 5, mentionne qu' : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé ». Le texte poursuit en mentionnant à l'alinéa 2 que : « *Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement.* ».

Cette Convention est un texte européen donc, théoriquement supérieur aux lois de chaque Etat membre, à la condition que les Etats la signe et la ratifie. En ce qui concerne la France, elle l'a signée en 1997, ratifiée le 13 décembre 2011 et est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012.

Cette ratification n'est pas un problème en soi pour la loi française qui est en grande partie et notamment sur la question du consentement conforme à la Convention. La garantie que cette dernière apporte est que le principe de l'information médicale est garantie face au pouvoir réglementaire mais également face au pouvoir législatif.

De ce fait, nous pouvons supposer que s'il advenait qu'un jour le législateur change la législation relative au droit à l'information, ou que le législateur y porte atteinte de manière substantielle, chaque personne lésée pourrait faire annuler cette loi par un contrôle de conventionalité opéré par les juridictions des deux ordres. S'agissant de son applicabilité le professeur Hélène Tigroudja considère que seules certaines dispositions sont « d'applicabilité immédiate ou directe car il ne font que réaffirmer des droits de l'homme déjà garantis dans les instruments universels et régionaux cités au Préambule. Il en est ainsi du droit à la vie privée et du droit à l'information »²¹⁷. Pour l'heure, aucune des deux juridictions suprêmes des deux ordres ne l'a pourtant utilisée. En outre un recours, en dernier ressort, peut être invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a effectivement déjà pris en considération les dispositions de la Convention d'Oviedo afin de motiver ses décisions²¹⁸.

²¹⁶ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 2012, page 16.

²¹⁷ H. Tigroudja, « Charte sociale européenne – Autres instruments adoptés par le Conseil de l'Europe », JurisClasseur Libertés, du 07 octobre 2007, fascicule n°100.

²¹⁸ CEDH du 8 juillet 2004, n°53924/00 « *Vo c/ France* » ou encore du 28 août 2012, n°54270/10 « *Costa et Pavan c/ Italie* »

Néanmoins, le flou persiste sur sa réelle valeur. S'il ne fait aucun doute qu'un texte international est théoriquement supérieur aux lois nationales, qui doivent s'y conformer, les circonstances permettent de nous questionner sur sa réelle applicabilité. Premièrement, si la CEDH fait référence, dans ses décisions, à la Convention d'Oviedo elle n'y constate aucune violation dans les décisions précitées. Elle préfère effectivement se référer aux articles de la Convention pour « muscler » ses décisions. Dès lors, nous pouvons légitimement douter de sa réelle valeur. Deuxièmement, l'article Premier, alinéa second, de la Convention dispose que : « *Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention* ». Cela signifie donc qu'il est nécessaire, pour que les dispositions de la Convention soit applicables dans chaque Etat partie, que ces derniers adoptent des lois allant dans le sens de la Convention.

Nous serons certains de son application lorsqu'une juridiction interne ou la CEDH retiendra explicitement ce texte comme base légale. En 2013, lors d'un litige entre la société Institut Clinident Biopharma et l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, devant la Cour administrative d'appel de Lyon²¹⁹, un moyen se basait sur la Convention d'Oviedo. Néanmoins, ce moyen n'a pas été développé par la Cour administrative d'appel, laissant planer le doute sur sa réelle applicabilité.

c) La nature du susceptible droit fondamental de l'information médicale

Dans la mesure où nous pouvons considérer le droit à l'information comme fondamental de par sa nature « supra législative », il nous faudra déterminer son régime, à savoir s'il s'agit d'un « droit subjectif de défense » ou d'un « droit-créance ».

Pour Louis Favoreu, un droit fondamental est subjectif lorsque, « pour un bénéficiaire donné », il correspond « à une permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part de destinataires appropriés »²²⁰. Il ajoute que : « Dans un système normatif juridique, un tel droit n'existe que dans la mesure où son bénéficiaire peut en réclamer le respect par les destinataires des obligations correspondantes au moyen de procédures susceptibles d'aboutir à des sanctions en cas de violation ».

Jellinek considérait les « droits-créances » comme des « droits de statut positif » impliquant une action positive de l'Etat. Appelés également « droits à... », ces droits impliquent la garantie d'une action de l'Etat dans la fourniture d'un droit relevant de cette catégorie. Nous penserons alors au « droit à la santé », au « droit au logement opposable », le « droit au travail », le « droit à la protection sociale » où l'Etat met en place des dispositifs légaux afin d'établir, des organismes publics chargés, au nom de l'Etat de garantir l'ensemble de ces droits. Pour Laurence Gay, cette notion de « droit-

²¹⁹ CAA de Lyon, Chambre 6, du 4 juillet 2013 n°12LY01194

²²⁰ L. Favoreu, « *Droits des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collection Précis, 6^{ème} édition, 2012, p. 104.

créance » correspond au « pouvoir d'exiger quelque chose ; il correspond à une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive... »²²¹.

Naturellement, le droit à l'information médicale ne peut relever de cette dernière catégorie. Cette obligation n'incombant qu'aux professionnels de santé, seuls tributaires de cette obligation, sa violation entraîne pour son bénéficiaire une action en justice contre ledit professionnel de santé. Il s'agit donc d'un droit subjectif dans la mesure où ce droit répond exactement à la définition donnée précédemment. En effet, le patient, bénéficiaire, détient le droit à l'information sur sa santé et sur les risques que peuvent entraîner les thérapies entreprises et dont l'obligation pèse sur les professionnels de santé, destinataires appropriés. Qu'enfin, la violation de ce droit à l'information peut être sanctionnée et réparée par une action en justice.

L'arrêt préalablement cité du 12 juillet 2012²²², rendu par la Cour de cassation, qualifie ce droit à l'information comme étant un droit de la personne, et précise qu'il s'agit d'un droit subjectif. En effet, l'arrêt énonce : « *s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* ». Le défaut d'information constitue donc, à raison, un préjudice autonome afin de mieux répondre à la définition du droit subjectif. La Cour de cassation, quant à elle, en donne expressément la nature sans laisser de place à l'interprétation.

Ce droit à l'information a parcouru un « long chemin » avant de parvenir au rang de droit « fondamental », au moins en apparence dans la mesure où la question de la valeur juridique de la Convention d'Oviedo reste de mise. Parti d'un simple principe jurisprudentiel par l'arrêt « Teyssier », il n'a jamais été abandonné. Au contraire, il a, tout au long du vingtième siècle, été défini et approfondi par les jurisprudences successives, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, justifiant son caractère universel, son application à l'ensemble des professionnels de santé. Cette universalité n'est, néanmoins, que pure logique dans la mesure où son origine émane du code de déontologie médicale. Puis il fut consacré et légalisé, notamment par la loi du 04 mars 2002 qui, à défaut d'être sur de sa qualité de droit fondamental, en a fait une liberté publique. Son envergure prit dès lors une nouvelle dimension, une dimension qui dépasse désormais le cadre du contrat médical. Il s'agit, dès lors, d'une exigence d'ordre public, une exigence dont la violation entraîne la responsabilité délictuelle du professionnel de santé.

²²¹ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007, p.9

²²² Cour de cassation, Première Chambre civile, du 12 juillet 2012, n°11-17.510.

Quel avenir pour ce droit ? Un avenir plutôt ensoleillé dans la mesure où, comme nous l'avons dit, il permet d'ouvrir la voie sur un préjudice autonome et indemnisable, indépendant de l'atteinte à l'intégrité physique alors subie. Le justiciable détient, avec ce droit à l'information difficilement « prouvable » par le professionnel de santé, un réel ascendant sur ce dernier. N'a-t-on pas ouvert la boîte de Pandore ? Les médecins, eux, devront certainement être plus consciencieux dans la dispense des informations et sur le formalisme à y apporter afin de prouver l'accomplissement de leur obligation. Comme nous l'avons vu, le professionnel de santé devra fournir un écrit détaillé et personnalisé afin de mener la preuve de la délivrance de l'information. L'information médicale semble même constituer, aujourd'hui, le premier chef d'indemnisation en la matière. Il est bien plus facile, pour la victime, de démontrer qu'elle a mal été informée sur les risques de son intervention plutôt que de démontrer la faute technique ayant causé directement le dommage.

CHAPITRE SECOND – LE REFUS DE SOINS : EXPRESSION DU CONSENTEMENT DU PATIENT

L'information médicale est une composante nécessaire dans la relation patient-médecin, elle sert de fondement à la prise de décision du malade. Cette décision n'est, pourtant, pas toujours celle du recours aux soins. Le patient, par conviction religieuse, par crainte des risques de l'intervention ou par simple « commodité » peut préférer rester de marbre face à l'offre de soins. Deux conceptions s'opposent donc, entre d'un coté le médecin qui, lui, doit convaincre le patient de la nécessité des soins et le patient oisif.

D'ailleurs, le Serment d'Hippocrate, lui même, est empreint de cette contradiction. Lorsqu'il énonce que : « *Mon premier souci sera de rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux* » et « *Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté...* » mais en ajoutant qu'il est malgré tout nécessaire « *d'intervenir* » pour « *protéger* » les personnes « *affaiblies* » et « *vulnérables* » et insiste enfin en énonçant que : « *Je ferai tout pour soulager les souffrances* »²²³.

Ce texte, qui n'a aucune valeur juridique intrinsèque, retranscrit deux courants opposés mais qui pourtant sont voués à cohabiter, à coexister. D'un coté nous avons de nombreuses références aux diligences que doit entreprendre le professionnel de santé, à la protection qu'il doit apporter depuis des siècles aux « indigents » puis aux malades, à sa considération pour eux et à sa vision nécessairement humaniste qu'il peut avoir des « faibles ». Il s'agira ici du « paternalisme médical », du fait qu'un peu comme le « bon père de famille » en droit civil, le médecin est attentif et dévoué à l'égard de ses patients mais plus généralement à l'égard des malades.

Ensuite, d'un autre coté le Serment semble demander à l'ensemble des professionnels de santé de laisser une certaine autonomie aux patients dans leur prise de décisions. Une idée selon laquelle le patient, comme dans toute relation juridique, serait doté de droits dont celui de l'autonomie et du droit de refus.

Cette coexistence, cette cohabitation semble pour le moins farfelue, voire impossible dans la mesure où ces deux considérations sont éloignées. Le « paternalisme médical » renvoie à ce sentiment de sagesse dont fait preuve le professionnel de santé et à l'écoute que lui doit le patient dans sa position de profane. Mais nous l'avons vu pour l'information médicale, ce patient, profane fait preuve d'une « émancipation » de plus en plus importante, car ce dernier dispose de principes « cardinaux » qui, dorénavant, guident sa pensée, sa réflexion et le rendent plus autonome. Nous pensons à des principes tels que le respect de la dignité humaine, le respect du corps humain, cette

²²³ Bulletin de l'ordre des médecins, 1996, n°4

considération selon laquelle l'enveloppe charnelle de la personne ne peut appartenir à personne si ce n'est à l'âme qui l' « occupe ».

Au Québec, ce sentiment de paternalisme est beaucoup moins présent dans le Serment prononcé par les professionnels de santé²²⁴. Le serment entame une démarche inverse à celui prononcé en France. Le professionnel de santé devra se dévouer, en premier lieu, à respecter l'autonomie du patient avant de délivrer des soins consciencieux et adopter une conduite respectueuse de la déontologie. Est-ce une avance sur notre législation et sur nos considérations? Sommes-nous trop traditionnalistes ou réactionnaires? Le médecin de l'époque, doit-il toujours garder la même image que l'on pouvait avoir de *feu* « le bon père de famille », membre, parfois, à part entière d'une famille ou doit-il avoir une certaine distance et une certaine « froideur » à l'égard de ses patients?

En tout état de cause, la relation entre le patient et son médecin qui, autrefois, présentait une certaine forme de domination par ce dernier, n'est plus, aujourd'hui, d'actualité. Malgré tout le « respect » que le profane gardera à l'égard de l' « homme sage », il préservera cette autonomie que lui garantissent, dorénavant, la loi et la jurisprudence. Outre l'information qui, dès sa transformation en obligation à la charge du professionnel de santé, constituait une dégradation de son image, le droit de refus de soin semble rétrograder, une fois de plus, la place de ce dernier de curateur vers une place de conseiller en santé.

Malgré la définition simple que nous pouvons sous-entendre de cette notion de refus de soins, les enjeux restent néanmoins complexes. Comment l'organisation médicale doit-elle réagir lorsque ce refus de soins est justifié par un argument religieux? Lorsque ce dernier est justifié par une « pseudo » religion? Comment doit-on entendre et considérer le refus de soin du mineur? Quel est le rang de ce droit au refus de soin? Peut-il être limité et surtout sommes-nous en mesure de refuser la dispense de soins?

Dans notre recherche du droit au consentement aux soins, le refus constitue l'expression de la volonté du patient élevée à son paroxysme. Lorsque nous consentons, il n'est pas toujours évident de savoir pour quelle raison, ou la cause qui nous « pousse » à le faire. Ainsi, lorsque nous acquiesçons, il est tout à fait possible que nous le fassions en raison des considérations familiales qui nous contraignent à agir ainsi, nous pouvons également répondre d'une manière positive par timidité, par crainte des représailles de la médecine, par crainte de la maladie. Alors que le refus est une position beaucoup plus forte et symbolique constituant, à plus forte raison, l'émanation de la volonté individuelle forgeant un consentement ou plutôt un véritable « déconsentement » aux soins et dont le statut juridique peut largement être discuté. Nous envisagerons donc le régime du refus de soins (SECTION I) avant de savoir si ce

²²⁴ Serment professionnel des médecins, en usage au Québec depuis le 15 décembre 1999. Adopté par le Bureau du Collège des médecins du Québec.

dernier constitue une liberté fondamentale (SECTION II) au sens constitutionnel du terme.

SECTION I – LE REFUS DE SOINS, EXPRESSION DE LA VOLONTÉ

Comme nous venons de l'énoncer, le refus de soins constitue l'expression de la volonté, *a priori*, la plus certaine. Ce droit au refus de soins, d'origine prétorienne s'applique de manière entière au majeur capable. Le majeur incapable ou le mineur, quant à eux, disposent d'une certaine manière d'un droit au refus de soins partiel (Paragraphe 2). Il s'agira donc d'entreprendre, dans un premier temps, l'analyse du régime de principe du refus de soins (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Une expression de la volonté reconnue par la loi et la jurisprudence

L'expression de la volonté du patient est fondamentale, dans la mesure où elle correspond au réel consentement du malade même si ce droit peut être discuté sur le fond, dans la mesure où il s'oppose à d'autres préoccupations de l'Etat, comme la sauvegarde de la santé du patient ou encore la sauvegarde de sa vie. Il sera pour cela, nécessaire d'envisager, une étude en droit positif et en droit comparé.

A) La reconnaissance du refus de soins par le droit français

Le refus de soins est aujourd'hui parfaitement intégré à la législation. La loi du 04 mars 2002 confirme bien son existence. La jurisprudence, bien que parfois réticente à admettre un tel refus de soins, avait pris le soin, avant 2002 d'en dessiner des contours stricts.

1) La reconnaissance du refus de soins par la jurisprudence

a) Un principe du refus de soins « conditionné » par la Cour de cassation avant 1994

La jurisprudence française a, depuis longtemps, reconnu le droit au refus de soins. Nous pouvons retrouver la trace d'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 février 1910²²⁵. Néanmoins, l'arrêt du 30 octobre 1974²²⁶ retranscrit bien la tendance jurisprudentielle de l'époque qui distinguait soins entraînant une souffrance physique et des risques de mortalité de ceux qui étaient bénins et qui ne procuraient aucune douleur. En effet, la Cour considère que pour ces derniers, le refus de soins entraîne la « faute » de son auteur en cas de complications. Ainsi, dans l'espèce, la Cour de cassation estime que les juges d'appel ont commis une faute en ne recherchant pas : « *si la victime*

²²⁵ Req. 15 février 1910, D.1911, 1, p.303

²²⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle du 30 octobre 1974, n°73-93381

avait pu, par sa faute, se priver d'une chance d'amélioration ou de survie, en n'acceptant pas sciemment les soins que nécessitait son état ». Elle a énoncé préalablement que « *le refus de recevoir des soins, ordinaires et sans risques, au cours d'un traitement hospitalier (...), caractérise la faute de la victime et justifie la réduction des réparations réclamées par celui qui a volontairement négligé une chance de survie* ».

Concrètement, la victime d'une atteinte corporelle et donc soumise à une incapacité permanente partielle estimée à un certain pourcentage et qui refuse des soins lui permettant de baisser ce pourcentage, sera indemnisée au niveau du pourcentage qu'elle aurait atteint avec ledit soin.

Ainsi, il existe une véritable dualité et contradiction que l'on retrouve toujours dans la loi actuelle. Cette dualité concerne dans un premier sens le devoir de soins et le considère comme un devoir sociétal. En effet, l'arrêt dispose que lorsque le refus de soins porte sur des soins bénins, alors ce dernier commet une faute justifiant une réduction de l'indemnisation. Le fait qu'il s'agisse d'une juridiction pénale est encore plus significatif dans la mesure où la loi et le procès pénal tendent à répondre à un trouble à la société. Le fait d'avoir un jury populaire dans les cours d'assises démontre la nature de la réponse rendue au nom de la société.

En l'espèce, le refus de soins n'est pas remis en cause. En effet, l'arrêt parle de « *soins ordinaires et sans risques* » pour justifier la faute du patient. Donc, *a contrario*, pour des soins complexes et risqués, la solution aurait été probablement différente. Mais comment élaborer une classification des soins « *ordinaires et sans risques* » de ceux qui ne le sont pas ? Certes, si nous parlons de chirurgie et de prise de sang, nous pouvons constater une nette distinction. Mais cette dernière entraîne une certaine part de subjectivité. Comme le souligne le docteur, Isabelle Lucas-Gallay²²⁷, « nous ne sommes pas tous égaux devant la douleur ». Ce qui peut paraître bénin et indolore ou sans risque pour les uns ne sera pas forcément le cas pour les autres.

Néanmoins, la mise en perspective des bénéfico-risques peut justifier une telle décision. Comme le rappelle la Cour, même si la pratique de la transfusion sanguine ne peut exclure une « *issue fatale* », ce simple procédé médical, dont les risques connus à l'époque sont limités (nous sommes bien avant le scandale du « *sang contaminé* »), aurait pu entreprendre le maintien de la vie du patient.

Cette jurisprudence conditionne donc le refus de soins. Il est bien reconnu, mais implique une faute du patient lorsque les soins sont bénins. Il aurait peut-être fallu maintenir une telle décision afin d'éviter les dérives des solutions contemporaines tendant à privilégier le consentement du patient parfois même à sa vie. Une solution moins subjective et basée sur la constatation médicale et objective du professionnel de santé pourrait consister à se baser sur la nécessité du soin. Commettrait une faute dont

²²⁷ I. Lucas-Gallay « Le domaine d'application du droit au refus de soins : du nouveau ? », Les Petites affiches du 8 mars 1999, n°47, p.16

les ayant-droits ne pourront se prévaloir, le patient, mort suite au refus de soins de toute pratique médicale, ordinaire, complexe, avec ou sans risques, lorsque cette dernière est nécessaire à la sauvegarde de sa vie et lorsqu'aucune autre pratique médicale n'est envisageable.

b) Un principe de refus de soins « plein » à partir de 1994

Un arrêt du 19 mars 1997²²⁸ de la Cour de cassation vient couper court à toute supputation, analyses ou fantasmes quant au régime du refus de soins, faisant de lui un principe « plein » soumis à aucune condition d'application, à aucune distinction.

En l'espèce, une société de transport et son assureur sont condamnés à verser à M. X, victime d'un accident avec un camion de ladite société, un capital à titre de dommages et intérêts. Les sociétés déboutées font grief à l'arrêt en estimant, sur la base de la jurisprudence de 1974, que : *« le responsable d'un dommage n'a pas à supporter les conséquences financières du refus de la victime, de subir une intervention qui pourrait améliorer son état ; que, en condamnant les Transports Laronze-Auvergne et leur assureur à payer à M. X... un capital ne tenant pas compte d'une amélioration qui devait normalement se produire par la pose d'une prothèse, la cour d'appel a méconnu le principe de la réparation intégrale et violé l'article 1382 du Code civil... »*. Les auteurs du pourvoi en cassation se fondent sur la jurisprudence antérieure estimant que lorsque la victime refuse des soins bénins, alors l'indemnisation ne doit couvrir que le niveau de préjudice qu'aurait obtenu la victime en ayant eu recours aux soins.

Or, la Cour de cassation, estimant qu' : *« il résulte de l'article 16-3 du Code civil que nul ne peut être contraint hors les cas prévu par la loi, de subir une intervention chirurgicale »* et que *« M. X... n'avait pas l'obligation de se soumettre à l'intervention destinée à la pose d'une prothèse... »*, met un terme à la limitation d'indemnisation de l'individu qui refuserait de se soigner.

La Cour fonde sa décision sur l'article 16-3 du Code civil qu'elle cite expressément. Cet article, issu de la loi du 29 juillet 1994, dispose qu' : *« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne »* et poursuit avec un alinéa second selon lequel *« 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 loi portait sur le respect du corps humain dans les pratiques médicales et biomédicales, plus précisément, sur les pratiques bioéthiques, à savoir l'assistance médicale à la procréation, la conservation des gamètes, l'expérience sur les embryons, le don d'organes et a créé une vive polémique à l'époque. Beaucoup considéraient cette loi

²²⁸ Cour de cassation, Deuxième chambre civile du 19 mars 1997, n°93-10914

comme étant inconstitutionnelle dans la mesure où elle ne respectait pas les droits de l'homme et notamment le respect du corps humain, de l'intégrité physique mais surtout qu'elle bafouait la dignité humaine. Pour cette raison, elle a fait l'objet d'un recours constitutionnel *a priori* selon l'article 61 de la Constitution.

Dans sa décision du 27 juillet 1994²²⁹, le Conseil constitutionnel ne manque pas de citer le préambule de la Constitution de 1946 rappelant qu' : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* » et ajoute : qu' : « *il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ;* ».

Le Conseil fait directement référence aux atrocités nazies durant la seconde guerre mondiale, notamment aux expérimentations médicales, pratiquées de force sur les détenus des camps de concentration. Comme le « *Code de Nuremberg* » qui, en 1947, énoncera les grands principes de bioéthique, le constituant français de 1946, rappelle *via* cet article du préambule que le respect de l'homme et de sa dignité doit être le centre d'intérêt de toute loi. En 1994, le Conseil constitutionnel cite expressément ce principe afin d'insérer de nouveaux articles dans le Code civil, les articles 16 et suivants, qui serviront de cadre aux lois intéressant l'homme, sa vie ou le respect de l'intégrité physique.

Et c'est sur ces articles, et notamment l'article 16-3, que la Cour de cassation se fonde pour justifier le refus de soins. Ne pas respecter la décision du patient de ne pas recourir aux soins reviendrait à violer son intégrité physique, violer sa volonté et la dignité humaine de la personne. La question est donc, dès lors, de savoir si le refus de soins est un droit fondamental ou un simple corollaire, une règle d'application et de mise en œuvre d'un droit fondamental supérieur.

c) Le refus de soins devant le Conseil d'Etat, une jurisprudence fondamentale

La jurisprudence du Conseil d'Etat concernant cette notion est particulièrement abondante, néanmoins nous nous attacherons simplement à un arrêt rendu en 2001. Ce dernier fait office de principe en la matière.

Notons cependant, qu'un arrêt du 26 octobre 2001²³⁰, qui sera développé plus loin, pose les limites du refus de soins. Dans cette espèce, les ayants-droit du patient, décédé entre temps, demandent réparation du préjudice moral subi en raison de la dispense des soins malgré le refus préalable du défunt. Les juges du fond, ainsi que le Conseil d'Etat

²²⁹ Conseil constitutionnel, décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994

²³⁰ Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 octobre 2001, n°198546, « Sananayaké ».

vont débouter les demandeurs. Pour Aurélie Mersch, ATER, cette jurisprudence conditionne le refus de soins à « la situation d'urgence, la mise en jeu du pronostic vital, l'absence d'alternative thérapeutiques et enfin le recours à des actes indispensables à la survie du patient et proportionné à son état »²³¹.

En outre, cette jurisprudence a été confirmée dans une nouvelle jurisprudence du 16 aout 2002²³². Le Conseil d'Etat va considéré que le traitement dispensé par le corps médical, malgré le refus de la personne, ne porte pas atteinte au droit au consentement lorsque cet acte a pour « *but de tenter de le sauver (le patient)* », lorsqu'il constitue « *un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* ».

2) La reconnaissance du refus de soins par le législateur

Outre la « fin de vie » qui est également concernée par le refus de soins mais que nous aborderons plus spécifiquement plus tard, le refus de soins concerne donc le refus de tout traitement ou toute thérapie pour de multiples raisons. L'intérêt pour nous résidant dans l'étude de cette loi et de ses conséquences et non dans lesdites raisons motivant ce refus.

a) La légalisation du refus de soins

Ce droit, né en 1994 avec la loi de bioéthique et dont le corollaire est transcrit à l'article 16-4 du Code civil, a connu une consécration textuelle en l'article L. 1111-4²³³ du Code de la Santé publique. En son alinéa premier, il rappelle qu'à raison des informations délivrées par le professionnel de santé, le patient prend de concert avec le médecin « *les décisions concernant sa santé* ». Cette décision ne peut donc être que l'issue d'une discussion entre les deux protagonistes de la « convention médicale ». Le premier conseiller, expert, informe du « mode opératoire » et des différents risques qu'une thérapie présente en vertu de la loi et l'autre partie décide, avec lui, de l'opportunité de cette intervention médicale.

La décision spontanée du patient n'aurait en effet aucune logique, le refus de soins doit suivre un processus dont l'entretien avec le professionnel de santé est une étape nécessaire. Pour avoir une valeur juridique, le refus de soins doit être prononcé au moment de cet entretien et devra être directement annoncé au praticien. L'entretien avec le professionnel de santé est le moment et le lieu où se manifeste le « marché de santé », la rencontre de l'offre de soins *via* l'information du médecin et de la demande de soins ou d'expertise de la santé de l'individu. Il s'agit du moment où vont s'échanger les consentements ou le moment où va devoir s'exprimer le refus de soins. Les alinéas suivants vont d'ailleurs encadrer la réaction du médecin face à ce refus de soins.

²³¹ A. Mersch, « Le refus de soins devant le Conseil d'Etat », Revue de Droit administratif, n°7, Juillet 2002, chronique n°13.

²³² Conseil d'Etat, Ordonnance de référé, du 16 aout 2002, n°249552, « *Mme F. et Mme F. ép. G. c/ CHU Saint-Etienne* ».

²³³ Article inséré par la loi du 04 mars 2002 puis modifié par la loi n°2005-370 du 22 avril 2005

b) *Le refus de soins, une législation perverse ?*

L'article poursuit en énonçant que la décision du malade doit être respectée par le médecin. Néanmoins, l'alinéa second précise que le patient doit être informé « *des conséquences de ses choix* ». Cela semble logique dans la mesure où l'article L.1111-2 CSP préconise une information complète en toute hypothèse. Pourtant, cet alinéa semble donner un rôle au professionnel de santé. Ce rôle est celui de convaincre le malade de donner son consentement aux soins. Informer la personne des conséquences de son refus semble nécessaire d'un point de vue du droit à l'information, mais ce droit paraît « malsain » sous l'angle du refus.

D'ailleurs, l'alinéa poursuit en énonçant que : « *Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable...* ».

Si la loi semble donner d'importantes prérogatives aux médecins dans leur pouvoir de conviction, cela semble plutôt de bon augure. En effet, le professionnel de santé dispose de moyens tels que l'annonce des risques du refus, peut faire appel à un confrère, une personne extérieure afin de soutenir ses propos, mais au delà de cela il dispose de prérogatives importantes pour « *tout mettre en œuvre* » pour la mener au consentement aux soins. Il s'agit donc d'une sorte de chantage, une pression sur le consentement du malade. De ce fait, l'exigence d'un « *consentement libre et éclairé* » de l'alinéa 3 du même article n'est pas totalement respectée. En effet, dans la mesure où le médecin dispose de moyens de conviction et de persuasion sur le patient, nous pouvons considérer que le consentement de la personne est fléchi sous cette pression exercée. Dès lors, le consentement parfait fait défaut dans la mesure où il ne répond plus aux conditions cumulatives de « *liberté* » et d'« *éclaircissement* ».

Peut-on considérer cette démarche du médecin comme étant du chantage ? Vraisemblablement pas, car cela ne ressemble en rien à la définition donnée par le Code pénal comme étant : « *le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit à la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* »²³⁴. Il ne s'agit pas en l'espèce de chantage dans la mesure où l'intérêt du professionnel de santé n'est pas de nuire à la réputation de la personne mais de la convaincre d'avoir recours à des soins.

²³⁴ Article 312-10 du Code pénal

En ce qui concerne les vices du consentement énoncés par l'article 1109 du Code civil²³⁵, la question est donc de savoir si, dans le cadre de cette législation, nous caractérisons un vice du consentement de manière à ne pas obtenir un consentement parfaitement libre et éclairé. En toutes hypothèses, cette analyse n'est valide qu'à la condition de considérer la relation médicale comme étant un contrat ou, du moins, une convention, chose qui n'est véritablement pas nécessaire.

Pour le consentement par erreur, elle n'est pas envisageable ou très peu dans la mesure où la prise de décision du patient suppose une information complète au préalable. Il ne peut donc y avoir d'erreur, d'autant que si consentement par erreur il y a, ce dernier « *peut être retiré à tout moment* » selon l'article L. 1111-4 CSP. Cela signifie que lorsque le patient réalise que le consentement donné, l'a été par erreur, alors il lui est loisible de l'omettre.

L'article 1112, alinéa premier, du Code civil dispose qu' : « *Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». Selon les dispositions de l'article L. 1111-4 du CSP, le professionnel de santé « *doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ces choix* ». Les dispositions du Code de la santé publique ont pour vocation à donner aux médecins un pouvoir de persuasion. Nous nous situons dans une relation complexe où le législateur, même s'il désire laisser la liberté au patient de décider du recours aux soins, donne aux praticiens un pouvoir de persuasion efficace par l'exposé des risques du refus ce qui peut susciter chez le patient une crainte pour sa santé et pour sa vie. Dans ces conditions nous pouvons effectuer un parallèle avec les dispositions du Code civil dans la mesure où pour obtenir le consentement du malade le médecin fera « impression » sur le patient qui ressentira de la crainte ou de la peur pour sa santé. Néanmoins, d'un point de vue éthique, il est difficile d'appliquer l'article 1112 du Code civil à pareille situation dans la mesure où la finalité du médecin n'est pas l'enrichissement personnel de ce dernier par la conclusion de cette « convention » mais le soin de la personne. Cette dernière est donc la seule à tirer un réel bénéfice du recours aux soins. Nous pouvons difficilement admettre qu'il s'agit en l'espèce de violence.

En ce qui concerne le dol, le raisonnement est identique. Il est défini par l'article 1116 du Code civil comme étant toutes « *manœuvres pratiquées par l'une des parties* » sans lesquelles « *l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Par une simple lecture, nous pouvons considérer que les manœuvres d'information sur les risques encourus par le non-recours aux soins constituent de telles manœuvres sans lesquelles le malade n'aurait pas eu recours aux soins. Une jurisprudence du 02 juin 1981²³⁶ nous définit la constitution du dol comme étant des manœuvres accompagnées « *d'artifices, de fraude, de mensonge ou de tromperie...* ». Nous pouvons donc considérer qu'il n'existe aucune manœuvre dolosive en l'espèce, dans la mesure où l'information du médecin doit être loyale et sincère nous pouvons considérer qu'il ne s'agit d'une volonté de sa part de

²³⁵ Article 1109 du Code civil : « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

²³⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale du 2 juin 1981, n°79-13931

tromper le patient. L'insistance n'étant pas considérée comme une manœuvre dolosive par cette même jurisprudence, le pouvoir de conviction du médecin ne peut être considéré comme tel. De plus, les manœuvres employées par le professionnel de santé, étant prescrites par le législateur, nous pouvons penser qu'il s'agit, ici, d'un fait justificatif permettant à ce dernier d'appuyer sur l'effet persuasif de son discours, et d'informer le patient sur les conséquences du refus même si cela doit procurer, chez lui, un état de crainte.

Le but de cette législation étant de sauvegarder le droit à la vie et à la santé, tout en laissant la liberté au patient de décider. Nous pouvons considérer que le consentement du patient, tel qu'il est décrit dans ledit article, n'est, dès lors, ni « *extorqué par violence* » ou « *surpris par dol* ». En effet, dans la mesure où le patient dispose du dernier mot, d'un réel pouvoir de décision sur le recours aux soins, qu'il est possible pour lui de renoncer à ce consentement. En effet, l'article L. 1111-4 CSP énonce que : « *ce consentement peut être retiré à tout moment* ». Dès lors, la personne peut renoncer aux soins consentis même au dernier moment, une fois prête à subir l'intervention. Nous pouvons alors considérer qu'il n'y a pas lieu à caractériser un dol ou une extorsion du consentement.

c) Une législation en confrontation avec les exigences d'ordre public

La législation n'est donc pas perverse ou contraire aux exigences légales relatives au consentement. Néanmoins, l'article L. 1111-4 insiste beaucoup sur la nécessité pour le médecin de recueillir le consentement de la personne. D'une part car il existe, en France, des droits fondamentaux qui soutiennent cette idée de nécessité de soins comme le droit à la vie ou encore le droit à la santé, d'autre part car les diligences de conviction du médecin sont nécessaires afin d'éviter des complications pour ce dernier telles que la non-assistance à personne en danger. L'article suit plutôt une logique de respect de règles impérieuses d'« ordre public » face à des principes plus « libertaires » tels que le respect du corps humain et du consentement et tout en prônant et élevant le respect de la dignité au sommet de ces principes dans la mesure où, en tout état de cause, « *le médecin doit respecter la volonté de la personne* » et qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ».

L'insistance de l'argumentation du médecin étant pourtant reconnue, son devoir d'obtention du consentement ne garantit pas un consentement du patient mais ne garantit surtout pas un consentement définitif du patient. En effet, ce dernier peut retirer ce consentement « *à tout moment* ».

Dans cette opposition de droits, ceux du patient sortent largement vainqueurs. Mais à quel prix ? Au prix de la douleur ? Au prix de la souffrance physique, psychologique de la personne même ou de son entourage ? Au prix du « droit à la mort » ? Le refus d'une thérapie curative, droit né de la loi de bioéthique de 1994²³⁷, n'ayant pour d'autre issue

²³⁷ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

que la disparition de la personne n'est-il pas, d'une certaine façon, la reconnaissance d'un « droit à la mort » pourtant si bien exclu par la loi dite « *Léonetti* » ou bien par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans le fameux arrêt « *Pretty* », précité²³⁸, exposant que le droit à la vie n'avait pas de pendant négatif et qu'il n'impliquait pas un « droit à mourir ».

B) Le refus de soins en droit comparé

Au Canada, une loi fédérale de 2003²³⁹, le « *Care consent act* » modifié au 21 décembre 2012, prévoit expressément le droit au refus de soins. Son article 3 dispose que : « *Chaque personne capable de donner ou de refuser un consentement à des soins jouit* » de divers « *droits* ». Notamment, selon cette loi, le patient a le « *droit de donner ou de refuser un consentement pour tous motifs, y compris des motifs d'ordre moral ou religieux, et ce, même si ce refus entraînera son décès* ».

Cette loi canadienne semble beaucoup plus libérale que notre loi française. Alors qu'en droit positif, les textes ne se bornent qu'à souligner une possibilité de refus de soins, la loi canadienne explicite bien le fait que cette loi est un droit détaillé, qui peut être soulevé pour n'importe quel motif. Là où la loi française s'efforce de démontrer le rôle de médecin à obtenir le consentement du patient, la loi canadienne rappelle que le refus de soins ne souffre d'aucune contestation et ce même lorsque ledit refus de soins entraînerait le décès du patient. Nous pouvons considérer que si la loi canadienne détaille autant le droit de refuser des soins, c'est qu'elle considère ce droit comme étant d'une importance capitale. L'utilisation des termes « *y compris* » dans l'annonce d'un motif spirituel au refus de soins semble repousser toutes les limites d'un tel droit. En effet, cela pourrait sous-entendre que même le refus de soins pour motif « *d'ordre moral ou religieux* », qui semblent être les motifs les moins compréhensibles pour la plupart, peuvent justifier un refus de soins qui pourrait entraîner la mort sans que le médecin ou quiconque puisse y remédier. Cela semble démontrer une volonté de la part du législateur canadien de faire primer le droit au refus de soins sur la liberté de croyance. Alors qu'en France le refus de soins est certes reconnu comme étant un droit, celui-ci fait l'objet d'une vision différente. En effet, il semble passer au second plan par rapport à d'autres droits. Le fait de ne pas détailler les caractéristiques de ce refus de soins démontre qu'il s'agit plutôt ici d'une possibilité du patient à pouvoir refuser les soins et lorsque ce dernier peut entraîner une issue fatale pour le patient, alors le médecin doit tout faire pour l'en dissuader. Cela démontre une position différente du législateur français, qui, par son incapacité à passer outre le refus de soins, par justification éthique validée par le Conseil constitutionnel et par une tradition jurisprudentielle, préfère installer un garde-fou, via le rôle du médecin pour sauvegarder la santé du patient. Il s'agit donc d'une position française plus traditionaliste ou paternaliste qui considère le

²³⁸ Cf page 16 concernant le respect de la vie privée d'après l'arrêt CEDH du 29 juillet 2002, n°2346/02 « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* »

²³⁹ « *Care consent act* » ou « *Loi sur le consentement aux soins* », LY 2003, ch 21, ann B

droit à la vie et à la santé comme étant primordiaux par rapport à d'autres aspects du droit comme certaines libertés individuelles.

Le droit belge, quant à lui, est un hybride entre le droit canadien et le droit français. En effet, l'article 8, paragraphe 4 de la loi 22 août 2002, déjà énoncée précise que : « *Le patient a le droit de refuser ou de retirer son consentement* ». L'article ajoute que ce refus de soins peut être « *fixé par écrit* » si l'une ou l'autre des parties le demande. Enfin, le dernier alinéa énonce que ce refus de soins est valable et applicable jusqu'à sa révocation.

Le droit belge, même s'il paraît plus souple que le droit français, qui exige un écrit dans le dossier médical, semble être un mélange entre libéralisme médical et paternalisme. En effet, d'un côté, il n'est pas détaillé les motifs de refus comme pour le droit canadien, ce qui laisse sous-entendre la possibilité d'un refus de soins soumis à conditions et ne pouvant être invoqué pour certains motifs. Néanmoins, à l'inverse du droit français, le droit belge reste silencieux sur le rôle du professionnel de santé dans sa démarche de conviction du patient lorsque ce refus entraînerait la mort. S'agit-il pour autant d'une véritable nuance de législation ? Dans la mesure où l'Etat belge autorise l'euthanasie, il n'est pas nécessaire pour le législateur d'invoquer le rôle du médecin. Le refus de soins pouvant s'apparenter à une volonté d'euthanasie « passive », il serait incohérent de vouloir faire intervenir le professionnel de santé dans la recherche du consentement du patient.

Paragraphe 2 : Le refus de soins, cas particulier de l'expression de la volonté du mineur ou du majeur incapable

L'enfant immature, craintif ou l'incapable majeur dans l'impossibilité de raisonner sont également sujets à la décision médicale. Ils doivent donc être tous deux guidés par des personnes qui iront dans le sens de leur intérêt. Ces personnes, les titulaires de l'autorité parentale ou le mandataire légal, tuteur, de la personne incapable devront donc, en principe, décider de ce qui semble être le mieux pour la personne dont ils sont responsables. Néanmoins, la question est donc de savoir si le mieux pour eux est réellement le mieux pour l'enfant ou le majeur incapable.

A) L'exercice de l'autorité parentale et la décision médicale

Les parents sont responsables de leurs enfants, ainsi l'article 1384, alinéa 4 du Code civil dispose que : « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ». La condition de la responsabilité des parents des dommages causés par leur enfant est l'exercice de l'« autorité parentale » qui, *a contrario*, leur donne un pouvoir de décision en ce qui concerne leur enfant.

1) Le régime de l'autorité parentale

L'autorité parentale est définie par l'article 371-1²⁴⁰ du Code civil qui dispose que : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoir ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». L'alinéa premier est clair, l'autorité parentale désigne les prérogatives des parents, les obligations et les droits qui leurs sont reconnus à raison de leur lien de parenté et dont l'exercice ne peut avoir une autre finalité que celle de « *l'intérêt de l'enfant* ».

L'alinéa second ajoute qu' : « *Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à la personne* ». Cet alinéa concerne de plus près notre propos, dans la mesure où il annonce que les parents disposent du pouvoir de décision en ce qui concerne la santé de l'enfant. Néanmoins cet article pose déjà une limite à ce pouvoir de décision qu'est « *le respect dû à la personne* ». Le législateur rappelle que malgré la situation d'apparente « servitude » où se trouve l'enfant entre les mains de ses parents, ces derniers ne peuvent pas prendre de décisions qui dénuerait l'enfant de tout « *respect* », de toute reconnaissance de cet enfant comme être humain et qui porterait atteinte à sa dignité.

Enfin, le dernier alinéa dispose que : « *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concerne, selon son âge et son degré de maturité* ». Cette disposition semble être d'une logique implacable et naturelle dans la mesure où des parents ne pourront pas faire participer des enfants en bas-âge aux décisions relatives à leur santé en raison de leur degré de maturité. Cela signifie donc que lorsque l'enfant est dans un âge plus avancé, lorsqu'il est adolescent, il participe aux décisions relatives à sa santé. Néanmoins, en tant qu'associé, l'article ne semble pas lui donner les pleins pouvoirs. En effet, il reste lié à la volonté de ses parents, qui feront tout pour le convaincre de participer à tel acte médical, à la pratique de tels soins. Il s'agit, en réalité, plus d'une étape de « guidage », d'« apprentissage » que d'une réelle participation à la décision. L'enfant, bientôt adulte, devra s'« émanciper » du cocon familial pour être de plus en plus indépendant et peut être livré à lui-même. Pour cette raison, le législateur prévoit la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, notamment lorsqu'il s'agit de sa santé, afin qu'il puisse agir en toute autonomie lorsqu'il sera majeur.

Pour le professeur Anne Kimmel-Alcover²⁴¹, ce consentement parental est « exclusif ». Elle souligne notamment les exemple annoncés préalablement, à savoir pour « les soins et interventions concernant les nourrissons, les enfants en bas-âge et tous ceux qui, par leur manque de maturité et de discernement, ne sont pas aptes à comprendre les enjeux de la décision les concernant ». En tant que titulaire de la

²⁴⁰ Article 371-1 du Code civil issu de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

²⁴¹ A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », RDSS, 2005, p.265.

décision médicale, il revient, dès lors, aux parents un droit à l'information concernant les risques pour l'enfant de l'intervention. Ils doivent bénéficier d'un consentement libre et éclairé exactement identique à celui recherché s'il était la personne sujette à l'intervention médicale.

L'auteur soulève la problématique du consentement des parents lorsque ceux-ci sont séparés. Les parents étant tous deux dépositaires de l'autorité parentale, décident communément pour l'intérêt de l'enfant. Si l'autorité parentale est retirée à l'un des parents, la solution est dès lors simplissime, dans la mesure où la personne sur qui repose seule l'exercice de l'autorité parentale sera apte à décider. Lorsque l'urgence l'ordonne mais que les parents ne sont pas d'accord, notamment en matière de santé, il est préférable d'aller dans le sens de la décision qui favorise le plus, l'intérêt de l'enfant comme l'indique l'article du Code civil. Anne Kimmel-Alcover souligne également, de manière logique, qu'en matière de décision de santé bénigne, un seul parent soit apte à prendre la décision relative à l'enfant et ce dans l'exercice du régime de l'article 372-2 du Code civil selon lequel : « *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* ». Ce texte étant issu de la loi du 04 mars 2002, nul doute que l'intention du législateur était celle-ci, à savoir faciliter la décision médicale du parent lorsque celle-ci concerne des actes courants.

2) Le rôle du mineur dans la décision médicale depuis la loi du 04 mars 2002

Depuis la loi dite « *Kouchner* », le mineur bénéficie d'une certaine « émancipation en ce qui concerne sa santé. En effets, plusieurs dispositions le sollicitent afin que ce dernier puisse donner son avis. La question est donc, alors, de savoir s'il s'agit d'un réel avis qui ne serait revêtu que d'une certaine autorité relative ou s'il s'agit d'un réel pouvoir de décision s'imposant aux parents mais également à l'administration médicale ?

Tout d'abord, l'article L.1111-2, alinéa 5 du CSP prévoit que les mineurs ont droit à l'information médicale comme tout autre patient. Il dispose en effet que : « *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...* ».

Cet article semble démontrer toute la relativité de la prise de décision du mineur en ce qui concerne sa santé. En effet, l'article énonce en premier lieu qu'il s'agit d'un droit pour le mineur de participer à la prise de décision. Il ne s'agit pas d'une obligation pour le médecin mais d'un « simple » droit pour le mineur qui peut en profiter ou non, selon sa convenance. Il s'agit, ensuite, pour lui de « *participer à la prise de décision* » et non pas d'en être l'acteur principal. En effet, le terme de participation lui confère le droit d'être informé des traitements envisagés ainsi que des risques, lui confère également le droit de donner son avis, qui sera suivi ou non, mais en aucun cas lui confère un réel pouvoir de décision. Néanmoins, cette information et cette participation sont graduées

en fonction de l'état de maturité de l'enfant. Il ne s'agit pas donc pas de son âge, même si la maturité est le corollaire de l'âge, mais de sa capacité de discernement, de sa faculté de compréhension et de sa « sagesse » dans sa prise de décision. Cela signifie donc que l'avis d'un adolescent de 16 ans sera d'avantage suivi que l'avis de l'enfant de 10 ans. Cela semble légitime dans la mesure où les craintes d'un enfant ne sont pas les mêmes que celles d'un adolescent, que ce dernier se montrera plus téméraire, et que si les décisions des enfants craintifs étaient toujours suivies, le taux de mortalité infantile serait bien plus élevé que ce qu'il est.

En ce qui concerne l'alinéa 6 de l'article L. 1111-4 CSP, il semble considérer, de manière plus importante, l'avis du mineur. En effet, il dispose que : « *Le consentement du mineur (...) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Cet article crée pour le corps médical une obligation, celle de rechercher le consentement de l'individu mineur sous deux conditions. Cette obligation est nécessaire lorsque le mineur est capable d'exprimer sa volonté, et lorsqu'il est capable de participer à la décision. Il faut donc que le mineur soit dans la mesure de tenir des propos, de manière verbale ou écrite, cohérents et de les maintenir lors de la prise de décision. Il semble, néanmoins, qu'il ne s'agisse que d'une participation, comme pour l'article précédent et il faut peut être modérer l'importance de l'avis du mineur. Il ne s'agirait donc, ce qui a été qualifié par certains²⁴², que d'un droit d' « expression du mineur » dans la recherche du consentement aux soins et non d'un réel pouvoir de décision. Cela se confirme par la dernière phrase de l'alinéa qui énonce que : « *Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale (...) risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur (...), le médecin délivre les soins indispensables* ». Cette disposition vient apporter une précision sur la force de l'expression de la volonté du mineur. Dans la mesure où le « balayage » de la volonté des personnes exerçant l'autorité parentale entraîne *de facto* la pratique des soins, cela signifie que le consentement du mineur ne présente aucune valeur. Effectivement, si la volonté du mineur recouvrait une certaine valeur, alors sa décision primerait sur celle de ses parents. Or, lorsque la décision de la personne titulaire de l'autorité parentale est néfaste pour la santé du mineur, alors seul le médecin est maître de la prise de décision.

Ces deux articles sont néanmoins différents et complémentaires. En effet, alors que le premier d'entre eux est relatif à l'information, le second concerne la recherche du consentement, donc l'expression positive du recours aux soins. Ils sont donc complémentaires dans la mesure où l'information est nécessaire au plein consentement. Mais ils sont surtout différents dans la mesure où l'un concerne un principe général, « *Le consentement du mineur doit être systématiquement recherché...* » alors que le premier fait office d'exception au principe selon lequel « *Les droits des mineurs (...) sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale.* ». La combinaison de ces articles soulève donc une incohérence dans la mesure où leur consentement est recherché mais que le droit à

²⁴² M. Dupont, C. Esper et C. Paire, « *Droit hospitalier* », Cours Dalloz, 4^{ème} édition, de 2003.

l'information est limité. Cette information est limitée dans la mesure où elle est « adaptée... à leur degré de maturité... ». Le consentement du mineur est dès lors différent de celui du majeur capable dans la mesure où il n'est pas totalement éclairé. Cela signifie donc que le mineur dispose d'un droit restreint, par rapport au majeur concernant son « droit au consentement médical ». Néanmoins, cela n'est pas dérangeant outre mesure car le législateur ne semble accorder qu'une place symbolique, dénuée de valeur, à la parole du mineur. Certainement, celui-ci dispose d'un droit à une information restreinte, effectivement celui-ci dispose d'un droit à la participation de la décision par la recherche de son consentement mais il ne s'agit que d'une participation qui ne recouvre, en réalité, aucune valeur dans la mesure où le refus de soins exprimé par la personne exerçant l'autorité parentale laisse place à une pleine autonomie du médecin lorsque la santé du mineur est menacé.

L'article L. 1111-5 CSP vient, néanmoins, créer une exception aux principes énoncés jusqu'à lors. En effet, il dispose que : « *le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix* ».

S'agit-t-il d'un article visant à créer un véritable pouvoir du mineur dans sa démarche médicale ? Oui, certainement, mais de manière tempérée dans la mesure où il s'agit d'une exception au principe énoncé par les articles L. 1111-2 et L. 1111-4. Il s'agit en réalité de la consécration du secret médical pour le mineur et non pas d'un véritable pouvoir de décision sur sa santé. Le législateur emploie le verbe « pouvoir » pour désigner la possibilité du médecin à se dispenser du consentement des parents. Il s'agit donc d'une exception au régime général, ce qui confirme bien, qu'en règle générale, ce pouvoir de décision médicale appartient uniquement aux parents.

Le texte exige, enfin, la présence d'un adulte pour accompagner le mineur. Quels sont donc la force et l'intérêt d'une telle mesure ? L'intérêt est simple, il s'agit en réalité de la possibilité pour le mineur d'avoir un conseiller, une personne qui serait présente afin de l'aiguiller ou de la raisonner en cas de décision excessive. Néanmoins, en ce qui concerne la force de cette mesure, elle ne peut être que relative dans la mesure où le mineur choisit cette personne, nul doute qu'elle effectuera son choix en fonction de son intérêt. Contrairement au Québec où, selon l'article 14, alinéa 2 du Code civil : « *Le mineur de 14 ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins...* », le mineur, France n'a pas vocation à décider de sa santé, il peut émettre des avis, des souhaits qui pourront être suivis par les personnes exerçant l'autorité parentale.

B) Le mandat de tutelle et la décision médicale

Le Code civil reste relativement muet sur le rôle du tuteur dans son rôle de protection de la santé du majeur protégé. L'article 425 du Code civil, alinéa second, évoque néanmoins que : « *la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* ».

Voilà ce que nous donne comme information le Code civil sur les mesures de protection de la santé du majeur incapable. Le Code de la Santé publique est plus précis en ce qu'il détermine le régime sous lequel la personne chargée de la protection des intérêts du majeur intervient. Les articles L.1111-2 et L.1111-5 n'évoquent que le cas du majeur sous tutelle, le régime le plus grave prévue par le Code civil. Le législateur a sans doute estimé que la personne placée sous sauvegarde de justice et sous curatelle n'avait pas besoin d'être assistée par une autre personne en matière de décision médicale dans la mesure où leur cas n'est pas évoqué par la loi.

Concrètement, les dispositions relatives à la personne sous tutelle sont les mêmes que celles qui concernent le mineur, exception faite de l'article L. 1111-5 du CSP qui ne concerne que le mineur. En l'espèce, il s'agit donc, pour la personne sous tutelle, d'un droit à l'information et à la participation si son état le permet. L'article L.1111-2 parle effectivement d'un « *état de discernement* » suffisant.

Selon l'article L.1111-4, le consentement du majeur sous tutelle : « *doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Comme pour le mineur, le pouvoir de décision final appartient au tuteur. Cela semble, pourtant, moins évident, sur le plan éthique, que pour le mineur. En effet, si le mineur reste un « immature permanent » du fait de son âge, le majeur protégé reste néanmoins majeur et il n'est pas exclu que lors d'un entretien médical, il n'est pas un moment de pleine lucidité. Le médecin, reste néanmoins le garant de la bonne décision médicale dans la mesure où si : « *le refus d'un traitement par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

Le législateur, à travers ces dispositions, souhaite faire participer le mineur ou le majeur sous tutelle aux débats médicaux qui les concerne. En effet, si les parents ou le représentant légal conserve le pouvoir de décision pour la personne qu'il « protège », le législateur essaye, autant que faire se peut, participer à la décision médicale. Si leur expression n'a que la valeur d'un avis et ne revêt pas réellement le pouvoir de décision, il s'agit d'un premier pas d'une volonté de promouvoir l'autonomie de la personne. Le mineur, le majeur sous tutelle, n'est donc pas en mesure de refuser un traitement qui s'impose à lui. Même lorsque l'acte de soins est réfuté par le représentant légal, le médecin a toujours le pouvoir de le pratiquer, malgré le refus de ce dernier, dans la

mesure où l'absence de ce soin aurait des conséquences « *graves* » pour la santé du mineur ou du majeur protégé.

SECTION II - LE REFUS DE SOINS, UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE ?

Nous venons de le constater, le refus de soins est largement consacré par notre droit. De par la loi et l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, il peut être considéré comme une véritable « liberté publique ». Il n'en demeure pas moins que nous pouvons nous attarder sur son caractère « fondamental » au sens normatif du terme. Le droit au refus de soins détient-il un caractère fondamental ? (Paragraphe 1).

Liberté fondamentale ou non, nous nous apercevons que ce refus de soins peut procéder d'autres droits fondamentaux, notamment de la liberté religieuse, en l'invoquant comme justification d'un tel refus ou encore s'opposer à d'autres droits fondamentaux comme le droit à la protection de la santé tel qu'entendu couramment par l'alinéa 11 du Préambule de 1946 ou, in fine, du droit à la vie (Paragraphe 2) deux composantes potentielles d'un nouvel ordre public (Paragraphe 3).

Paragraphe 1: La considération du refus de soins comme « liberté fondamentale » : une réalité ?

Nous l'avons vu, la possibilité de refuser des soins est largement consacrée par la loi et reconnue par la jurisprudence. La question est donc de savoir si cette faculté est reconnue par des normes supra législatives qui permettraient de le qualifier comme droit fondamental en raison de sa normalisation. Comme nous l'avons vu, un droit n'est fondamental qu'en raison de sa protection vis-à-vis du pouvoir législatif ordinaire et, à plus forte raison, du pouvoir réglementaire. Si le refus de soins est largement envisagé les normes supra législative du droit européen (A), aucun texte, ou jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permet de lui accorder une telle garantie (B).

A) Les normes supra-législatives consacrant le refus de soins en droit européen

Comme nous l'avons souligné préalablement, la Convention d'Oviedo fait figure de norme dans notre ordre juridique dans la mesure où ce texte a été ratifié par la France. La question est donc de savoir si ce texte consacre spécialement le refus de soins.

La réponse apportée est négative, la Convention ne traite pas, en tant que tel, du refus de soins. Mais elle comporte une norme qui, sous interprétation, peut largement suffire à consacrer le « refus de soins ». Il s'agit de l'article 9 de la Convention qui s'intitule « *Souhaits précédemment exprimés* ». Cet article dispose que : « *Les souhaits*

précédemment exprimés au sujet d'intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte ».

In fine, le patient qui exprime un refus de soins à propos d'une intervention doit voir sa décision prise en compte selon ce texte, qu'il soit hors « *d'état d'exprimer sa volonté* » ou à plus forte raison en pleine possession de ses facultés intellectuelles.

L'article 5, alinéa 3, peut également servir de fondement à la consécration du refus de soins. Il énonce que « *La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement* ». Le retrait du consentement est donc le refus de soins. En effet, une personne qui donne son consentement « libre et éclairé » est celle qui va accepter les soins mais celle qui le retire est donc celle qui refuse les soins. Nous pouvons, donc, légitimement penser que ce droit du refus de soin est implicitement consacré par cette Convention d'Oviedo.

Pour aller plus loin dans le droit européen, et notamment *via* la Convention européennes des droits de l'homme, nous pouvons nous demander si le refus de soins ne peut pas relever d'un droit fondamental garanti par elle ? Lors des arrêts devant le juge administratif par la procédure du référé-liberté, les plaignants ont souvent invoqué les textes de ladite Convention, notamment les articles 3, 5, 8 et 9. Parmi ces articles, il en est un qui pourrait légitimement servir de fondement au refus de soins. Il s'agit de l'article 8, consacrant « *le droit au respect de la vie privée et familiale* ». En effet, le refus de soins relève de l'intimité de la personne, de son autonomie personnelle et de son intime conscience. La violation de cette décision et l'atteinte à l'intégrité physique sous la contrainte peut s'apparenter à une intrusion dans sa vie privée, à la violation de sa conscience.

Ainsi, une décision de la Cour européenne va en ce sens. En effet, la Cour a déclaré qu' « *Une intervention médicale sous la contrainte, même si elle est d'importance minime, doit être considérée comme une atteinte à ce droit (article 8)* »²⁴³.

Cette perspective a été confirmée par la Cour européenne, dans son fameux arrêt « *Pretty* »²⁴⁴ et s'est prononcé sur le lien entre le respect de l'article 8 relatif au « *droit au respect de la vie privée* » et les atteintes non consentie à l'intégrité physique. La Cour commence par énoncer que « *la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne...* » et ajoute que « *La Cour observe que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne (...)* En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'une traitement sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en

²⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, du 13 décembre 1979, n°8278/78, « *X c/ Autriche* »

²⁴⁴ Cour européenne des droits de l'homme, du 29 avril 2002, n°2346/02, « *Pretty c/ Royaume-Uni* »

une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention ».

La CEDH le confirme, la pratique de soins sans le consentement de la personne porte nécessairement atteinte au respect de sa vie privée. Cela signifie donc que le refus de soins et son respect sont protégés par ce biais.

Certainement plus efficace que la Convention d'Oviedo, la Convention européenne des droits de l'homme, et la jurisprudence qui en découle, vient sceller le sort du refus de soins, le considérant non pas comme droit fondamental en tant que tel mais comme étant le corollaire du principe selon lequel chacun a droit au respect de sa vie privée. Elle explique cela conditionnant l'atteinte au respect de la vie privée par une atteinte à l'intégrité physique non consentie. Lors d'un acte médical, l'intervention ou le traitement nécessite *de facto*, une atteinte à l'intégrité physique de la personne. L'article 8 § 1 de la CEDH est donc largement applicable en l'espèce. Plus connue et plus simple d'application, les justiciables pourront donc invoquer la Convention européenne et son article relatif au respect du droit à la vie privée devant les tribunaux nationaux en cas d'atteinte à leur droit du refus de soins.

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour est contradictoire. En effet, elle a notamment considéré que certains traitements médicaux pouvaient être réalisés de force, notamment en matière pénale à des fins de recherche de preuve. Dans un arrêt de 2006, « *Jalloh c/ Allemagne* », elle a notamment estimé que « *la nécessité de toute intervention médicale de force en vue de l'obtention de la preuve d'une infraction doit se trouver justifiée de manière convaincante au vu des circonstances de l'affaire...* »²⁴⁵. Si elle estime que cette pratique est envisageable, elle n'en reste pas moins conditionnée par les « *circonstance de l'affaire* ». Effectivement, la Cour poursuit en invoquant les conditions dans lesquelles peuvent s'opérer des pratiques médicales de force. Premièrement la Cour considère que cette pratique médicale de force ne pourrait intervenir que pour les infractions pénales les plus graves, il faudra ensuite que les autorités démontrent que cette intervention était nécessaire et exclusive, « *l'intervention ne doit pas faire courir au suspect le risque d'un préjudice durable pour sa santé...* ». Ainsi, la Cour a considéré que le fait d'administrer de l'émétique au prévenu afin que ce dernier rende les sachets de stupéfiant qu'il dissimulait dans son estomac était de « *nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propre à l'humilier et l'avilir...* ». Dans la mesure où il existait des mesures alternatives au recueil des preuves, les autorités allemandes ont violé l'article 3 de la Convention relatif au respect de la dignité humaine.

Outre le respect de la vie privée, la Cour rappelle donc que la pratique d'une intervention médicale sans le consentement de la personne peut également porter

²⁴⁵ CEDH du 11 juillet 2006, n°54810/00, « *Jalloh c/ Allemagne* ».

atteinte à son intégrité physique, ainsi qu'à sa dignité²⁴⁶. Le refus de soins étant l'incarnation du libre consentement, nous pouvons comprendre de ces jurisprudences que le respect de la volonté de la personne est consacré. Que le fait d'outrepasser le consentement de la personne conduit fréquemment sur une violation d'un principe fondamental garanti par la Convention. Ainsi, dans l'arrêt « *V.C. c/ Slovaquie* »²⁴⁷, la Cour rappelle que « *dans le domaine de l'assistance médicale, même lorsque le refus d'accepter un traitement particulier risque d'entraîner une issue fatale, l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte au droit à l'intégrité physique de l'intéressé...* ». Il en va ainsi, par exemple, de la personne qui est stérilisée sans son consentement par la section des trompes de Fallope, lors d'un accouchement par césarienne.

Néanmoins, nous avons du mal à nous positionner et à déterminer une règle générale dans la jurisprudence de la Cour européenne. En effet, elle balance entre un libéralisme très prononcé considérant que le libre refus de soins peut aller jusqu'à se laisser mourir mais elle considère également que ce refus de soins ne peut obstruer les règles d'ordre public, de collecte de preuve et ainsi faire obstruction à une enquête. Tout cela ficelé par des critères propres, qu'elle dégage au long de ses jurisprudences, la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir du mal à marquer sa position. Ainsi, le professeur Bernadette Le Baut-Ferrarèse considère que la jurisprudence de la CEDH balance entre « fatalisme » et « pragmatisme »²⁴⁸. Elle considère la jurisprudence de la Cour ambiguë au sens où elle prône la liberté de traitement et la liberté d'y recourir (ainsi dans l'arrêt « *Pretty c/ Royaume-Uni* » le juge, à défaut de consacrer un droit de mourir, consacre un droit au refus du prolongement de la vie par le refus de soins) mais elle prône également des principes tendant à protéger l'individu contre lui-même et ses propres agissements au risque même de relever de l'ingérence dans le respect de sa vie privée (ainsi, toujours dans l'arrêt « *Pretty c/ Royaume-Uni* », le juge refuse de consacrer un droit à mourir qui pourrait effectivement trouver sa source dans le droit à la vie). Comme le rappelle le professeur Le Baut-Ferrarèse, ces décisions sont souvent fondées sur le respect de l'ordre public, voire d'un ordre public spécialisé qu'est l'ordre public sanitaire.

B) Un droit au refus de soins absent des textes fondamentaux nationaux

En l'absence de toute allusion au droit au refus de soins par les textes supra-législatifs français, nous pouvons néanmoins nous poser la question si ce droit relèverait d'une liberté individuelle (1) ou d'une liberté personnelle (2).

²⁴⁶ CEDH du 8 novembre 2011, n°18968/07, « *V.C. c/ Slovaquie* ».

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ B. Le Baut-Ferrarèse, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins », AJDA 2003, p.1383.

1) Le refus de soins, la difficile liberté individuelle

La question est donc de savoir si le refus de soins peut être considéré comme une liberté individuelle ? Autrement formulé, cela signifie si la liberté de recourir ou non aux soins constitue une liberté individuelle ?

Il faut dire que le juge constitutionnel a élargi de manière conséquente cette notion qui se fonde sur l'article 66 de la Constitution. Le doyen Favoreu énonce ainsi qu' « En France, faute de pouvoir s'appuyer sur un catalogue des droits fondamentaux, le juge constitutionnel a dû s'engager dans un processus de constitutionnalisation des libertés publiques qui l'a conduit à ériger un bloc de constitutionnalité et à exploiter les potentialités qui lui offrait l'article 66 de la Constitution »²⁴⁹.

Quelles sont alors les libertés considérées comme « individuelles » par le Conseil constitutionnel ? Outre le droit à la sûreté²⁵⁰, qui s'entend de l'impossibilité pour les individus d'être maintenus arbitrairement contre leur gré, hormis les cas prévus par la loi, la liberté individuelle concernait également « la liberté d'aller et venir »²⁵¹, « le droit au respect de la vie privée »²⁵², « l'inviolabilité du domicile »²⁵³, « le secret des correspondances et la protection des données personnelles »²⁵⁴ et « la liberté du mariage »²⁵⁵. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a rompu le avec sa vision extensive de la notion pour en revenir aux fondamentaux. Effectivement, ce dernier a trouvé d'autres moyens que sont les « libertés personnelles » pour pouvoir constitutionnaliser des libertés publiques. Ainsi, dans la décision du 02 mars 2004²⁵⁶ met fin de manière certaine à cette conception élargie de la liberté individuelle qui ne concerne aujourd'hui que le droit à la sûreté et le la liberté d'aller et venir.

De ce fait, la liberté pour la personne de pouvoir refuser des soins ne saurait constituer une liberté individuelle, telle qu'entendue par l'article 66 de la Constitution. Cela aurait pourtant pu être le cas si le Conseil constitutionnel avait maintenu sa conception élargie des libertés individuelles, se fondant ainsi sur le principe du respect de la vie privée (*cf infra*)²⁵⁷.

²⁴⁹ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, pp. 174-175.

²⁵⁰ Conseil constitutionnel n°79-109 DC du 09 janvier 1980, « *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine* ».

²⁵¹ Conseil constitutionnel n°79-107 DC du 12 juillet 1979, « *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* ».

²⁵² Conseil constitutionnel n°94-352 DC du 18 janvier 1995, « *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ».

²⁵³ Conseil constitutionnel n°83-164 DC du 29 décembre 1983, « *Loi de finances pour 1984* ».

²⁵⁴ Conseil constitutionnel n°93-325 DC du 13 août 1993, « *Maitrise de l'immigration* ».

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ Conseil constitutionnel n°2004-492 DC du 02 mars 2004, « *Perben II* ».

²⁵⁷ Effectivement, nous évoquons dans notre seconde partie le lien qu'il existe entre la protection de l'intégrité physique et le respect de la vie privée. Cette analyse opérée par la Cour européenne des Droits de l'Homme tend à considérer que les atteintes non-consenties à l'intégrité physique porte nécessairement atteinte au respect de la vie privée. Une conception non retenue en France mais qui pourrait pourtant être un jour entendue. Si le Conseil constitutionnel avait alors maintenu sa conception élargie de la liberté individuelle alors, un parallèle aurait pu être entrepris entre la sauvegarde de le droit au refus de soins et le respect de la vie privée.

2) Le refus de soins, une éventuelle liberté personnelle encore non établie

Néanmoins, depuis la fin des années 1980, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est né un concept se distinguant de la liberté individuelle. Il s'agit de « la liberté personnelle ». Pour le doyen Favoreu, il s'agit « d'une notion fonctionnelle »²⁵⁸. Pour lui, la liberté personnelle a deux fonctions, celle de contourner les limites attribuées aux libertés individuelles et celle de tendre vers une constitutionnalisation des libertés publiques. Avant de développer ces deux fonctions et de s'interroger sur la qualité de la notion de « refus de soins » il est nécessaire d'effectuer un retour sur la naissance de cette notion.

a) *La liberté personnelle, la naissance d'une notion prétorienne*

La genèse de cette notion est due à l'intervention du Conseil constitutionnel dans une décision de 1988²⁵⁹. En effet, c'est dans cette décision qu'est née cette notion. Le Conseil constitutionnel a considéré que le fait d'imposer à un employeur d'intégrer certaines personnes et à certains salariés de les côtoyer alors qu'elles sont victimes de leurs actes peut « également affecter la liberté personnelle » de chacun d'entre eux. Pour planter le décor, il s'agissait d'une saisine du Conseil à l'encontre d'une loi prévoyant l'amnistie et la réintégration de certains salariés dans leur entreprise après avoir commis certains faits de violence. En raison de leur réintégration aux cotés de ceux qui furent leurs victimes le Conseil constitutionnel, sans citer de source de rattachement considère que cette loi peut affecter la « liberté personnelle » de l'employeur, ainsi que des salariés. Sans pour autant en donner une définition, nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un état d'épanouissement des salariés au sein de l'entreprise. Elle se distingue de la liberté d'entreprendre préalablement évoquée par le Conseil dans la mesure où elle est également profitable à l'employeur mais demeure indépendante de cette dernière notion.

Dans une décision du 25 juillet 1989²⁶⁰, le Conseil constitutionnel rappelle son attachement à cette notion de liberté personnelle. La loi « déférée » devant le « conseiller suprême » était une nouvelle fois relative aux droits des salariés. Nous pouvons donc considérer, de prime abord, que cette notion de liberté personnelle a vocation à s'appliquer aux relations salariales. L'importance de cette décision est multiple. En premier lieu, le Conseil déclare et consacre cette liberté personnelle comme étant un principe à valeur constitutionnelle²⁶¹. Effectivement il compare et oppose cette liberté à la liberté syndicale, ce qui nous amène au second intérêt de la décision. Comme pour la décision précédente, nous avons la confirmation que cette notion représente

²⁵⁸ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collection Précis, 2012, p.230

²⁵⁹ Conseil constitutionnel n°88-244 DC du 20 juillet 1988, « *Loi portant amnistie* ».

²⁶⁰ Conseil constitutionnel n°89-257 DC du 25 juillet 1989, « *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion* ».

²⁶¹ *Ibidem*, Cons. 23.

l'épanouissement personnel et individuel du salarié. Dans cette espèce, la loi permettant aux syndicats d'introduire une action en justice pour le compte des salariés, le Conseil est venu rappeler que cette possibilité était soumise à des conditions afin de garantir la liberté personnelle du salarié. Il énonce que « *s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action.* ».

Il faudra cependant patienter et attendre une décision de 1991²⁶² pour qu'il soit établi un rattachement entre la notion de « liberté individuelle » et de « liberté personnelle ». Une décision du 20 janvier 1993²⁶³ vient également confirmer que cette notion de liberté personnelle ne concerne pas seulement le travail mais plus globalement toutes les entraves dont une personne peut faire l'objet et dont la mise en œuvre porte nécessairement atteinte à un épanouissement personnel. En l'espèce, il s'agissait de la mise en place de toute sorte de mesures permettant à l'autorité administrative d'obtenir tout document relatif à une personne et de l'exploiter librement afin de la priver de sa liberté sans assortir cette privation de certaines garanties. L'autre apport réside en la confirmation de la proximité que peuvent entretenir les notions de « liberté individuelle » et de « liberté personnelle ». Les libertés personnelles vont alors connaître un fondement propre avec la décision « Maitrise de l'immigration » de 2003²⁶⁴. Le Conseil va considérer que « *la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789...* ». Nous pouvons constater que les fondements de « la liberté personnelle » sont alors différents de ceux de la « liberté individuelle ».

b) La liberté personnelle et sa fonction de « constitutionnalisation » de libertés publiques

S'il n'est point contestable que la « liberté personnelle » se rapproche de la « liberté individuelle », il n'est non moins contesté que ces notions sont également différentes afin de justifier cette distinction. La différence se trouve dans l'article 66 de la Constitution de 1958 qui prévoit la préservation des « libertés individuelles » par l'autorité judiciaire et donne donc pleine compétence aux juridictions de cet ordre pour atteinte à leur substance. En ce qui concerne les « libertés personnelles » ces dernières ne sont pas concernées par les dispositions de l'article 66 et échappent donc à l'exclusivité de compétence du juge judiciaire. La compétence du juge administratif

²⁶² Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991, n°91-294 DC, « Accord de Schengen ».

²⁶³ Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993, n°92-316 DC, « Loi relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques ».

²⁶⁴ Conseil constitutionnel du 20 novembre 2003, n°2003-484 DC, « Maitrise de l'immigration ».

apporte un intérêt certain dans la mesure où il est compétent pour dégager des principes à valeur constitutionnelle (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) comme en 1956²⁶⁵ où il consacre la liberté d'association à un tel rang, ou encore en 1996²⁶⁶. Néanmoins, la définition des « libertés fondamentales » entendues par L. 521-2 du Code de justice administrative instaurant le référé-liberté²⁶⁷ diffère de l'entente courante de ladite notion. En effet, pour Matthias Guyomar et Pierre Collin, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, il est nécessaire de définir une telle notion²⁶⁸. Ils citent notamment un certain nombre de droits en s'inspirant valablement de la jurisprudence du Tribunal des Conflits ou du Conseil d'Etat. Ils estiment alors que « la liberté corporelle ou son corollaire l'inviolabilité du domicile »²⁶⁹, « la sécurité des correspondances postales ou téléphoniques »²⁷⁰, « le respect dû aux morts »²⁷¹, « la liberté de réunion »²⁷², « la liberté d'aller et venir »²⁷³, « la liberté du culte »²⁷⁴, « la liberté de la presse »²⁷⁵. Même si l'ensemble de ces libertés sont des fondamentales de par leur normativité, lorsque le Conseil d'Etat ou le Tribunal des Conflits les nomment ainsi, ils leur donnent un sens différent. Ainsi, l'arrêt du 16 août 2002²⁷⁶, lorsqu'il nomme le refus de soins ainsi, il ne fait qu'admettre l'éligibilité du refus de soins au sens de l'article L. 521-2 CJA.

Les auteurs citent le « président Letourneur » pour qui une « liberté ne mérite le qualificatif de « fondamentale » qu'à la double condition d'être une liberté essentielle et d'être une liberté spécialement protégée par la loi »²⁷⁷. L'ensemble des libertés publiques peuvent donc prétendre à cette qualification, qu'il s'agisse du droit au refus de soins ou du droit à l'information.

Contrairement aux PFRLR qui disposent d'une base normative de valeur constitutionnelle, le droit au refus de soins en est dépourvu. S'il constitue une « liberté publique » ou une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 CJA, il est dépourvu de toute contrainte normative à l'égard de la loi. Dès lors, il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel d'en faire une « liberté personnelle » à l'image du droit au

²⁶⁵ Conseil d'Etat, Assemblée du 11 juillet 1956, n°26638, « *Amicale des Annamites de Paris* ».

²⁶⁶ Conseil d'Etat, Assemblée du 3 juillet 1996, n°169219, « *Koné* ».

²⁶⁷ Article L.521-2 du Code de justice administrative issu de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 et disposant que « *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. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

²⁶⁸ M. Guyomar et P. Collin, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », AJDA 2001, p. 153.

²⁶⁹ Tribunal des Conflits du 27 juin 1966, « *Guigon* », *Lebon* p. 830.

²⁷⁰ Tribunal des Conflits du 10 décembre 1956, « *Randon* », *Lebon* p. 592.

²⁷¹ Tribunal des Conflits du 25 novembre 1963, « *Commune de Saint-Just-Chaleyssin et sieur Rey* », *Lebon* p.793.

²⁷² Conseil d'Etat du 19 mai 1933, « *Benjamin* », *Lebon* p. 541.

²⁷³ Tribunal des Conflits du 09 juin 1986, « *Commissaire de la République de la région Alsace et autres* », *Lebon* p.301.

²⁷⁴ Tribunal des Conflits du 04 juillet 1934, « *Curé de Réalmont et autres c/ Maire de Réalmont* », *Lebon* p. 1247.

²⁷⁵ Tribunal des Conflits du 08 avril 1935, « *L'Action française c/ Bonnefoy-Sibour* », *Lebon* p. 1227.

²⁷⁶ Conseil d'Etat, référé, 16 août 2002, n°249552, « *Mme F. et Mme F., Epouse G.* ».

²⁷⁷ M. Guyomar et Pierre Collin, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », *op. cit.*

respect de la vie privée dans les décisions « *Accord de Schengen* » et la décision « *Prévention de la corruption* ». Il peut s'inspirer, en cette matière, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui considère que toute atteinte à l'intégrité physique, sans le consentement de la personne, est constitutive d'une atteinte au principe du respect de la vie privée.

En outre, le refus de soins correspond également à la définition donnée par Favoreu de « la liberté personnelle » comme étant « *un instrument au service du principe de l'épanouissement de la personnalité. S'agissant de son objet ensuite, la liberté personnelle permettrait à chacun la libre définition de son identité par les choix personnels dont il a la maîtrise.* »²⁷⁸. Le refus de soins permettrait donc l'épanouissement de la personne en lui procurant une autonomie accrue face à l'administration médicale mais surtout en lui permettant de dessiner plus fortement les traits personnels de son identité.

Paragraphe 2 : La justification et le conflit du refus de soins avec les droits ou libertés fondamentaux

Nous constaterons alors que le droit au refus de soins peut se justifier par l'invocation de la « liberté religieuse ». Il s'agira alors, après avoir opéré un retour sur cette notion de savoir comment est perçu un tel droit au refus de soins invoqué par sur ce motif (A). Notons également qu'en tout état de cause, le refus de soins, qu'il soit pour motif religieux ou non, s'oppose au droit au respect de la santé ou, in fine, du droit à la vie qui en constitue l'aboutissement (B). Liberté religieuse, droit à « la protection de la santé », droit à la vie, ce « melting pot » de droits devra nécessairement déboucher sur des solutions de la part de la jurisprudence (C).

A) La justification du refus de soins sur le fondement de la liberté religieuse

Il s'agira d'envisager le droit à « liberté religieuse » d'un point de vue du droit positif ou du droit comparé et d'en discerner les limites.

1) L'étude de la liberté religieuse en droit positif et droit comparé

Pour Jacques Robert, ancien membre du Conseil constitutionnel, la liberté de croyance, la liberté religieuse, n'est qu'une partie d'une « liberté beaucoup plus large, la liberté d'opinion ou d'expression »²⁷⁹. D'autres auteurs, comme Louis Favoreu²⁸⁰, rejoignent cette idée de manière plus nuancée. En effet, il est difficile de distinguer aujourd'hui entre ces notions de liberté de conscience et d'opinion qui sont

²⁷⁸ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, p. 234.

²⁷⁹ J. Robert « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in « *Libertés et droits fondamentaux* » de 2009, 15^{ième} édition, Dalloz, p.385

²⁸⁰ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collecton Précis, 2012, p.281

« confondues ou pour le moins associées ». Le premier d'entre eux estime que la liberté de croyance se définit comme étant « la possibilité, pour chaque individu, d'adopter et d'exprimer dans n'importe quel domaine l'attitude intellectuelle de son choix, c'est à dire, en somme, de dire ce qu'il croit vrai... ».

La liberté de croyance est donc la possibilité pour chaque individu d'adopter un ensemble de comportements conformes, qu'il estime correspondre au dogme choisi ou aux règles spirituelles issues d'une culture familiale ou étatique et sociétale. Favoreu va plus loin en estimant que la liberté de conscience, de croyance est également intimement liée à la liberté d'expression. Cela semble logique dans la mesure où l'ensemble des comportements adoptés relèvent de l'expression de l'individu. Les positions adoptées de manière verbale ou gestuelle par ce dernier seront guidées par cette conviction née d'une croyance. En somme, Favoreu définit la liberté de conscience comme étant : « la faculté pour chaque individu d'adhérer à des croyances ou, et cela est tout aussi important, de ne pas y adhérer ».

a) *La liberté de conscience et de religion en droit comparé*

La plupart des Etats consacrent expressément dans leur Constitution une liberté de croyance. Ainsi, l'article 4 de la Loi fondamentale allemande dispose que : « *La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables* ». Elle ajoute que : « *Le libre exercice du culte est garanti* ». Pour le constituant allemand, il n'est nullement envisageable de porter atteinte aux croyances des personnes. Il va même plus loin en disposant que cette croyance peut être librement enseignée afin de préserver « *le libre exercice du culte* ». Au-delà de l'obligation de respecter le culte de chacun et de l'interdiction d'y porter atteinte, la Loi fondamentale allemande consacre une permission pour chacun, celle de pouvoir dispenser, recevoir et organiser librement ses croyances²⁸¹ ou sa « non-croyance ». Ce fonctionnement ne remet pas en cause le principe de neutralité de l'Etat en ce sens que chaque citoyen est traité sur un pied d'égalité et que l'appareil étatique ne peut en aucun cas faire la promotion d'une religion vis-à-vis d'une autre.

En ce qui concerne la Constitution belge, elle fait de nombreuses références au droit de croire ou de ne pas croire et prête une attention particulière à la protection des « *minorités idéologiques et philosophiques*²⁸² ». Le constituant belge émet néanmoins quelques réserves sur l'exercice du culte. En effet, même s'il reconnaît de manière expresse la liberté de croyance dans sa forme la plus parfaite (il s'agit de la « liberté des cultes », de leur exercice et de la manifestation de ses opinions), il considère également

²⁸¹ Dans son ouvrage de « *Droit des libertés fondamentales* » préalablement cité Louis Favoreu nous indique qu'en réalité la République fédérale d'Allemagne n'est point un Etat laïc au sens traditionnel du terme mais un « Etat multiconfessionnel ». A la différence de la France qui est, lui, un Etat laïc l'Allemagne va au-delà d'une simple reconnaissance des diverses religions mais contribue à leur fonctionnement respectif. Par exemple, Louis Favoreu nous donne l'exemple d'un financement par l'impôt de l'ensemble des religions. Il existe également des écoles publiques culturelles et non culturelle où est enseigné, pour les première, une ou plusieurs religions selon leur caractère « monoconfessionnel » ou « interconfessionnel ».

²⁸² Article 11 de la Constitution Belge selon lequel : « *La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques* ».

que certaines formes de pratiques peuvent faire l'objet de « répression », que nul ne peut être soumis à la pratique d'un culte et déclare le principe de laïcité en ne faisant pas participer l'Etat dans l'organisation de chaque ministère cultuel²⁸³.

L'article 16 de la Constitution espagnole constitué de ses trois alinéas garantit la liberté des cultes. Selon ces dispositions chacun est libre de choisir la religion qui lui convient le mieux et d'en pratiquer l'exercice dans le cadre du respect de l'ordre public. Le constituant espagnol instaure donc une permission de libre exercice mais soulève également une interdiction pour l'Etat de s'immiscer dans la vie privée de l'individu en l'obligeant à divulguer la nature de sa confession.

Le dernier alinéa reste néanmoins ambigu. En effet, s'il déclare qu' : « *Aucune confession n'aura le caractère de religion d'Etat* », et que de ce fait il instaure le principe de laïcité et de neutralité de l'Etat, il n'empêche qu'il met en avant la religion catholique. L'alinéa poursuit en disposant que : « *Les pouvoirs publics tiendront compte des croyances religieuses de la société espagnole et entretiendront de ce fait des relations de coopération avec l'Eglise catholique et les autres confessions* ». Le constituant met sur un piédestal la religion catholique en la citant. Nous pouvons ressentir une différence entre la religion citée et les autres ce qui manifeste un attachement particulier à la religion catholique par rapports aux « *autres confessions* ».

En Italie, la situation semble particulière en ce sens que jusqu'en 1984, époque relativement récente, il existait une religion d'Etat qu'était le catholicisme. L'article 3 de la Constitution rappelle néanmoins que nul ne peut être victime de discrimination en raison de sa religion. Les articles 19 et 20 de la Constitution consacrent la liberté de culte en instituant, comme pour l'Allemagne, un régime d'autorisation de la pratique religieuse. En effet, le premier article dispose que : « *Tout individu a le droit de professer librement sa foi religieuse sous quelque forme que ce soit, individuelle ou collective, d'en faire propagande et d'en exercer le culte en privé ou en public, à condition qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs* ». La pratique collective à travers des associations culturelles est également garantie dans la mesure où ces dernières ne peuvent faire l'objet de discriminations légales.

Néanmoins, à l'instar de la Constitution espagnole, les dispositions de l'article 20 montre son attachement à la religion catholique en évoquant en premier lieu le caractère « *ecclésiastique* » desdites associations, terme renvoyant sans ambiguïté à la confession catholique. D'ailleurs, la Cour EDH a sanctionné en 2009 l'Etat italien qui a toléré la présence de crucifix dans des salles de classes d'écoles publiques. Pourtant, nous l'avons vu, l'Etat italien se veut laïc par l'interprétation de sa constitution mais aussi en vertu d'une loi du 21 mars 1985, organisant la laïcité du pays. Dans sa décision²⁸⁴, la Cour a

²⁸³ Il s'agit des articles 19, 20 et 21 de la Constitution belge qui disposent respectivement que : « *La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés* » ; « *Nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et aux cérémonies d'un culte, ni d'en observer les jours de repos* » ; « *L'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque, ni de défendre à ceux-ci de correspondre avec leurs supérieurs, et de publier leurs actes, sauf, en ce dernier cas, la responsabilité ordinaire en matière de presse et de publication* ».

²⁸⁴ CEDH du 3 novembre 2009, n°30814/06 « *Laustsi c/ Italie* »

considéré que : « *l'exposition de crucifix dans les salles de classe aurait un impact notable sur les deuxième et troisième requérants, âgés de onze et treize ans à l'époque des faits (...) le crucifix, qu'il est impossible de ne pas remarquer dans les salles de classe, est nécessairement perçu comme partie intégrante du milieu scolaire et peut dès lors être considéré comme un « signe extérieur fort »* ». La Grande chambre infirme néanmoins cette décision, le 18 mars 2011, considérant que la présence de crucifix dans les salles de classe n'a pas vocation à imposer la religion catholique à l'ensemble des élèves dans la mesure où le port de signes distinctifs dans l'enceinte des établissements publics d'enseignement n'est pas prohibé dès lors que ces derniers ne sont pas ostentatoires. La Cour estime la législation italienne conforme à la Convention dans la mesure où l'ensemble des religions sont représentées et conciliées, qu'aucune d'entre elles n'est privilégiée par rapport à une autre.

b) La liberté de conscience et de religion en droit positif

Plusieurs normes « *supra législatives* » ayant une application et une applicabilité directe existent. Nous pouvons, notamment, citer la plus ancienne, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

A ce texte, il est nécessaire d'ajouter les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 selon lesquelles : « *le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés...* » ou encore que : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail, ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

Enfin, l'article Premier de la Constitution de 1958 déclare que « *La France est (...) laïque (...) Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

L'ensemble de ces dispositions ont un sens commun et dégagent le même principe, détaillé d'une manière plus ou moins importante et semblent également en harmonie sur les restrictions à envisager. Contrairement à ses homologues préalablement cités, le constituant français se veut moins précis que ces derniers quant à l'étendue des garanties conférées à la liberté de croyance. En effet, alors que certains évoquent la possibilité de « *professer* » sa religion et ses croyances, la Constitution française évoque la simple permission de manifester sa religion. Il rappelle immédiatement que cette manifestation peut être limitée par la loi pour des impératifs d'ordre public alors même que la Loi fondamentale d'Allemagne ne fait pas expressément référence à de possibles restrictions. Le constituant français semble donc craintif à l'idée de laisser les citoyens et résidents exprimer leurs convictions d'une manière générale, même lorsque ces dernières revêtent un caractère religieux.

En réalité, l'ensemble de ces textes instituent une interdiction de discrimination entre les différentes confessions. Cette interdiction concerne autant l'Etat qui, en plus de ne pas discriminer, devra instaurer les mesures nécessaires afin que cette interdiction

soit opposable à l'ensemble des acteurs de la société. Selon le Préambule de 1946, cette interdiction doit être notamment respectée dans l'accès à l'emploi. Cela traduit une volonté de recouvrir cet impératif d'un effet horizontal et vertical. Enfin, l'article 10 de la Déclaration de 1789, quant à lui, semble interdire toute ingérence de l'Etat dans les convictions religieuses de chacun dans la mesure où chacun ne peut être « *inquiété* » en raison de ses convictions religieuses.

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier a, à de nombreuses reprises, considéré qu'il s'agissait d'un droit fondamental. Il a considéré en 1977²⁸⁵ que : « *la liberté de conscience doit donc être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ;* ». Il réaffirme cela dans la décision du 27 juin 2001²⁸⁶ à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse où il considère que : « *si le chef de service d'un établissement public de santé ne peut, en application de la disposition contestée, s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient effectuées dans son service, il conserve, application des dispositions précitées du code de la santé publique, le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service...* ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel réitère son attachement à cette liberté qu'il qualifie de fondamentale. Si la première décision ne fait qu'affirmer le principe, la seconde la met en pratique. En effet, alors que le médecin est soumis à une obligation de moyen, ce dernier n'est cependant pas tenu d'exercer une interruption volontaire de grossesse (IVG) lorsqu'il considère que cette pratique est contraire à ses convictions, éventuellement guidées par sa croyance.

Du point de vue du droit européen et de la Convention EDH, son article 9 consacre cette liberté de croyance. Son alinéa premier dispose que : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Ce texte très précis, comme pour la majorité des articles de la Convention, semble compléter les textes français à valeur constitutionnelle. Selon ce texte, tout individu jouit d'une liberté de choisir sa religion, d'en changer, de la pratiquer, de la revendiquer, de l'enseigner.

L'alinéa second dispose que seule la loi peut restreindre cette liberté mais dans des conditions très précises, notamment pour des raisons de « *santé* ». La Cour EDH est également attachée à cette liberté de conscience qui, selon elle, « *représente l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur*

²⁸⁵ Conseil constitutionnel du 23 novembre 1977, n°77-87 DC relative à « *la liberté d'enseignement* »

²⁸⁶ Conseil constitutionnel du 27 juin 2001, n°2001-446 DC « *IVG II* »

*conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents...*²⁸⁷ » Elle rappelle en premier lieu, que la liberté de croire détient un versant négatif en la liberté de ne pas croire. Que le respect de cette liberté est l'un des fondements d'une société démocratique (elle réaffirmera ce principe dans une décision du 1 juillet 2014, n°43835/11 « *S.A.S c/ France* ») en ce sens où chacun détient le droit d'évoquer et de manifester ses propres convictions. Elle rappelle également que cette liberté fait partie intégrante de la personne, ce qui permet de la différencier, de la personnaliser et de l'identifier, de la reconnaître en tant que personne.

D'un point de vue légal, c'est la loi du 9 décembre 1905 relative à la « *séparation des Eglises et de l'Etat* » qui organise l'exercice du culte religieux et instaure le principe de laïcité en France. Ainsi, son article premier, alinéa 1, énonce que : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». La loi reprend la lettre de l'article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de afin préserver la liberté de croire à n'importe quelle religion, de ne pas croire, tout imposant à l'Etat de fixer des limites tant dans le respect de l'ordre public et en instaurant une séparation entre l'Etat et le fonctionnement des organismes religieux. Cela signifie, que dès lors, l'Etat et l'ensemble de ses établissements se devront de garder une « neutralité » à l'égard des administrés. En outre, l'Etat ne pourra intervenir dans l'exercice religieux et ne pourra favoriser ou discriminer aucun citoyen à raison de ses croyances. Ainsi, les articles 225-1²⁸⁸ et 225-2²⁸⁹ du Code pénal condamne à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende le fait de discriminer une personne physique ou morale à raison d'une religion « *déterminée* ». Le fait de menacer une personne à raison de ses convictions religieuses est également puni par la loi pénale par l'article 222-18-1 issu de la loi du 6 août 2012.

D'autres dispositions légales consacrent indirectement la liberté de culte. L'ensemble de ces dispositions a pour but d'éviter les discriminations fondées sur l'appartenance à une religion. Ainsi l'article L. 1132-1 du Code travail dispose que nul « *ne peut être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, (...), en raison, (...), de ses convictions religieuses...* ». Ce texte nous prouve deux choses. Premièrement que ce principe de liberté de croyance a vocation à être protégé contre les atteintes de l'Etat mais également des atteintes entre personnes privées. Il existe donc un effet vertical mais également horizontal des textes mettant en œuvre ce principe fondamental. De plus, nous pouvons remarquer que la concrétisation de principe passe par la non-discrimination. En effet, le fait de ne pas discriminer une personne en raison de ses croyances peut se traduire par une acceptation et un respect de ces dernières. La reconnaissance et l'acceptation de l'ensemble des religions s'inscrit dans le cadre des

²⁸⁷ CEDH du 15 janvier 2013, numéros 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10 « *Affaire Eweida et Autres c/ Royaume-Uni* »

²⁸⁸ Article 225-1 du Code pénal issu de l'article 15 de la loi n°2014-173 du 21 février 2014.

²⁸⁹ Article 225-2 du Code pénal issu de l'article 3 de la loi n°2012-954 du 6 août 2012.

libertés individuelles de l'article 4 de la Déclaration de 1789, à savoir le fait d'être libre c'est aussi respecter la liberté des autres.

La jurisprudence, et notamment celle du Conseil d'Etat, est abondante sur les questions de liberté de culte. Ainsi dans un arrêt du 19 février 1909²⁹⁰, la Haute autorité administrative considéra que les processions religieuses sont tolérées sur la voie publique dès lors qu'elles revêtent un caractère traditionnel et qu'elles ne menacent pas « précisément » et « sérieusement » l'ordre public. Néanmoins, le Conseil d'Etat a considéré comme conforme la décision du Ministre de l'instruction publique selon laquelle un membre de l'Eglise catholique ne pouvait participer au concours d'agrégation, ouvrant la porte à l'enseignement public à raison du principe de laïcité²⁹¹. Nonobstant, le Conseil d'Etat a rappelé que la liberté de culte était néanmoins reconnue dans un arrêt du 1^{er} avril 1949²⁹², où elle cite directement l'article premier de la loi de 1905. Il rappela, de nouveau, dans une jurisprudence de 1969²⁹³, que la « République assure la liberté de conscience » à travers les dispositions de la loi de 1905, à savoir à travers la laïcité. La laïcité, est donc le respect de chaque religion par une non-ingérence commune et totale de l'Etat dans le fonctionnement de chacune d'entre elles. Néanmoins, le Conseil d'Etat a considéré qu'une dispense scolaire pour la matinée du samedi ne pouvait être fondée sur un motif religieux²⁹⁴ aux vues des dispositions légales, notamment de la loi du 10 juillet 1989 imposant à l'élève une assiduité.

Le Conseil d'Etat va même plus loin, dans un arrêt du 14 mai 1982 en considérant que l'attribution de subventions publiques à l'association culturelle n'est pas contraire à la loi de 1905 dès lors que cette dernière entreprend une action d'intérêt général²⁹⁵. Le Conseil d'Etat tend à reconnaître le libre exercice du culte même à des religions moins connues, moins officielles en reconnaissant à « l'Association internationale pour la conscience de Krisna » le pouvoir d'établir « toute cérémonie et tout office religieux ». En effet, il considère que si le préfet de police dispose effectivement d'un pouvoir de limitation de réunion publique en raison de la protection des règles d'ordre public, ce pouvoir d'interdiction ou de limitation ne pouvait être général, permanent ou systématique en qu'il constituerait, alors, « une atteinte illégale à la liberté des cultes »²⁹⁶.

En ce qui concerne la Cour de cassation, elle se montre plus discrète sur la consécration de ce droit par rapport au Conseil d'Etat. Elle a néanmoins estimé, dans un arrêt de 1975²⁹⁷, que malgré le caractère catholique d'un établissement privé d'enseignement, ce dernier se devait de respecter les libertés de chacun (notamment la

²⁹⁰ Conseil d'Etat du 19 février 1909, « Abbé Olivier », Rec. 181

²⁹¹ Conseil d'Etat du 10 mai 1912, « Abbé Bouteyre », Rec. 553

²⁹² Conseil d'Etat du 1^{er} avril 1949, « Chaveneau », Rec. 161

²⁹³ Conseil d'Etat du 7 mars 1969, n°70734 « Ville de Lille »

²⁹⁴ Conseil d'Etat, Assemblée du 14 avril 1995, n°157653 « Koen »

²⁹⁵ Conseil d'Etat, contentieux, du 17 février 1992, n°86954

²⁹⁶ Conseil d'Etat, contentieux, du 14 mai 1982, n°31102

²⁹⁷ Cour de cassation, Chambre mixte, du 17 octobre 1975 n°72-40239

liberté de se marier en l'espèce) et se devait d'accueillir tous les enfants sans établir de distinction entre leurs croyances respectives et « *prodiguer l'enseignement dans le respect total de la liberté de conscience* ». Elle a également considéré²⁹⁸ que le fait de refuser de remettre le « gueth », acte de divorce religieux permettant à une personne de se remarier, constituait une faculté pour la personne et non une obligation de manière à ce que sa violation devait entraîner une simple indemnisation. La Cour de cassation reconnaît donc que le trouble causé dans le libre exercice d'un culte entraîne une indemnisation. Cela signifie donc que la Cour de cassation reconnaît également la liberté de culte et de croyance. Néanmoins, contrairement à la Cour d'appel qui avait ordonné une obligation de faire assortie d'une astreinte journalière, la Cour de cassation a estimé que la nature du trouble ne pouvait donner lieu qu'à une simple indemnisation.

En 2009²⁹⁹, la Cour de cassation rappelle que cette liberté de conscience s'applique également aux personnes morales et précisément aux associations. En effet, elle énonce « *que les lois de 1905 et 1901 assurent à l'association le bénéfice de la liberté de conscience individuelle, de la liberté d'expression des convictions religieuses et...* ». Elle a également proclamé « *la liberté de culte* » comme étant un droit garanti par la Constitution et les « *textes supranationaux* »³⁰⁰.

La Cour de cassation se veut bien plus discrète que le Conseil d'Etat sur la question de la liberté de culte. Son action se situe plus précisément sur le terrain du droit pénal et de la protection des individus contre les discriminations. Ainsi, la Chambre criminelle reconnaît qu'outre les discriminations basées sur l'appartenance ethnique des personnes, celles-ci peuvent être constituées lorsqu'elles s'adressent à des personnes de religions différentes³⁰¹. Le Conseil d'Etat a, quant à lui, été plus expressif sur ce droit fondamental, néanmoins reconnu comme tel par les deux ordres de juridictions. Le Conseil d'Etat étant plus attentif aux atteintes potentiellement commises par les autorités publiques, la Cour de cassation se veut moins démonstrative en ce domaine. En effet, elle est pourtant souvent intervenue sur les questions de liberté de religion, souvent pour en fixer les limites.

2) Les limites de la liberté de croyance et de religion

Aucun droit n'est supérieur à un autre. « Il n'y a pas de hiérarchie entre eux » souligne Favoreu³⁰². Il est donc nécessaire qu'une « conciliation » soit opérée lorsque deux droits, de même nature s'opposent. En tant qu'interprète de la Loi, la jurisprudence est souvent confrontée à cette « collision de droits fondamentaux » selon le professeur Christian Autexier. Néanmoins, dans sa mission, le juge doit trancher et fait donc jaillir la jouissance d'un droit vis-à-vis d'un autre, dans une situation donnée. C'est notamment le

²⁹⁸ Cour de cassation, Seconde chambre civile, du 21 novembre 1990 n°89-17659

²⁹⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, du 13 janvier 2009 n°08-10193

³⁰⁰ Cour de cassation, Troisième chambre civile, du 18 décembre 2002, n°01-00519

³⁰¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, du 7 septembre 1999, n°98-85177

³⁰² L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collecton Précis, 2012, p.162

cas de la Cour de cassation, qui en matière de liberté de conscience a souvent concilié cette dernière avec d'autres exigences.

Mais, avant toute chose, nous pouvons nous poser la question de savoir si ce droit à la religion a tendance à s'appliquer à n'importe quelle croyance ? La religion ou le culte peuvent communément se définir comme un ensemble de règles, constituant un dogme, auxquelles certaines personnes s'identifient afin de déterminer leur conduite, leur spiritualité. Néanmoins, pour la doctrine, il n'existe pas de définition légale des notions de religion ou de culte. Pour Jacques Robert ou Jean Volff, Procureur Général près de la Cour d'appel de Toulouse en 2001, il faut analyser la notion de religion *via* deux critères. Pour ce dernier, ces deux critères sont énoncés dans deux arrêts. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 février 1980 et de la Cour d'appel de Lyon du 28 juillet 1997. La délimitation de critères et l'instauration d'une définition de la religion sont importantes dans la mesure où nous pourrions considérer que toute croyance en dehors du cadre religieux ou culturel ne pourrait bénéficier du régime juridique lié à la religion. Ces deux critères présentés par la jurisprudence sont « la foi commune » (critère subjectif) et « l'existence d'une communauté partageant cette foi » (critère objectif) permettent d'identifier une religion.

L'exemple des sectes est donc intéressant dans la mesure où les sectes sont interdites. Divers textes légaux tendent à interdire tout mouvement sectaire comme un décret du 28 novembre 2002 qui énonce qu' : « *il est institué auprès du Premier ministre une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires qui est chargée d'observer, d'analyser le phénomène des mouvements à caractère sectaire, dont les agissements sont attentatoires aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ou constituent une menace à l'ordre public ou son contraire aux lois et règlements* »³⁰³. Une secte est donc un mouvement de croyance, une communauté de croyance qui ne respecterait pas la loi et les règlements en tentant, notamment, d'asservir ses adhérents selon l'article 223-15-2 du Code pénal.

Donc, nous pourrions compléter cette définition par le nécessaire respect de la loi par la pratique collective, commune de la foi. La religion pourrait donc être définie comme étant toute croyance partagée par une communauté dans le respect de la loi et des règlements. Peu importe les critères objectifs ou subjectifs qui sont inopportuns tel que le nombre de personne composant la communauté, « l'excentricité des pratiques » ou la « nouveauté » de la croyance. Nous pourrions considérer qu'à partir du moment où une croyance quelconque est vidée, de manière substantielle, de sa philosophie intrinsèque et spécifique par le respect de la loi, alors cette croyance doit être qualifiée de secte. Dès lors qu'une religion est basée sur des dogmes qui auraient pour conséquence une la violation de la loi alors elle doit être qualifiée de secte. Il ne s'agit nullement de qualifier une religion de secte par les agissements illégaux de certains adeptes.

³⁰³ Article 1^{er}, alinéa 1^{er} du décret du 29 novembre 2002, n°278 « *instituant une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires* »

a) *Les limitations du principe de la liberté religieuse par la jurisprudence de la Cour de cassation*

L'intervention de la Cour de cassation en la matière est abondante. A plusieurs reprises, cette dernière est intervenue afin de limiter la liberté de culte dans des conflits privés. Ainsi, par deux arrêts du 21 juillet 1987 et du 29 octobre 1990 faisant paraître un conflit entre la liberté d'expression artistique et la liberté de croyance, la Cour suprême de l'ordre judiciaire a tranché en faveur de la première. Ainsi les magistrats ont répondu au moyen considérant qu'un film « *tournait en dérision de façon outrageante les croyances chrétiennes* » que : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit doit bénéficier du droit à la liberté d'expression, sans autres restrictions que celles imposées par la loi dès lors que, dans sa finalité ou son expression, l'œuvre ne constitue pas une apologie de crimes ou délits sanctionnés par la loi pénale ou une provocation à en commettre...* ». Même si nous devons rappeler qu'aucun droit n'est supérieur à un autre, en l'espèce, l'atteinte à la croyance et à la liberté de culte ne peut être constituée par la moquerie ou la caricature³⁰⁴.

Quelques temps plus tard, une nouvelle jurisprudence, concernant des faits similaires, est intervenue à propos du film « La dernière tentation du Christ ». Les demandeurs au pourvoi ont considéré que : « *le fait de tourner en dérisions les croyances les plus fondamentales d'une religion et de présenter sous un jour méprisable le Dieu qu'elle révère aurait rompu l'égalité entre la liberté d'expression et la liberté de choisir et de manifester sa religion, réalisant par là-même un trouble manifestement illicite...* » au sens de l'article 809, alinéa premier du nouveau Code de procédure civile. Si la Cour de cassation admet qu'il existe une « *possibilité d'abus de droit en de pareils domaines, qui constitueraient alors des troubles manifestement illicites...* » mais préfère « botter en touche », estimant que seuls les juges du fond étaient compétents pour trancher et de « *décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre* » entre deux droits ou libertés « *d'égale valeur* »³⁰⁵.

Enfin, en ce domaine, une dernière décision raisonne encore aujourd'hui, celle des fameuses caricatures de Mahomet publiées dans le périodique « Charlie Hebdo ». En l'espèce la onzième chambre de la Cour d'appel de Paris a débouté les demandeurs pour l'atteinte qu'auraient causé de pareilles caricatures à leur liberté de croyance. La Cour d'appel va considérer³⁰⁶ que : « *la liberté d'expression valait pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes dans une société déterminée, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent, ainsi que l'exigent les principes de pluralisme et de tolérance qui s'imposent particulièrement à une époque caractérisée par la coexistence de nombreuses croyances et confessions au sein d'une même nation ; (...)* en France, société laïque et pluraliste, le respect de toutes les

³⁰⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 21 juillet 1987, n°85-15044

³⁰⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 29 octobre 1990, n°88-19366

³⁰⁶ Cour d'appel de Paris, Onzième chambre des appels correctionnels, section A, du 12 mars 2008, n°P0621308076

croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions, quelles qu'en soient, et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse, le blasphème n'étant pas réprimé... ». La Cour d'appel semble donc trancher définitivement en faveur de la liberté d'expression dans la mesure où elle rappelle, à juste titre, qu'aujourd'hui le blasphème n'est plus condamnable. La liberté de croyance n'en sort pas moins vaincue. Dans la mesure où cette dernière est moquée ou tirillée, cela confirme, alors qu'elle est bien reconnue et acceptée par tous.

Dans d'autres domaines, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la liberté de religion. Ainsi, elle a confirmé³⁰⁷ la décision de la Cour d'appel ayant retenu le divorce aux torts exclusifs de l'épouse ne voulant plus participer aux « *fêtes de famille telles que les anniversaires des enfants, ainsi qu'aux fêtes de Noël* » en raison du changement de religion de cette dernière. Le respect d'une religion ne peut dès lors justifier la « *violation renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien du mariage* ».

Elle a également considéré³⁰⁸, à l'époque, que l'« *insoumission en temps de paix* », constitué par le refus d'effectuer son service militaire, ne pouvait souffrir d'une exception en raison de sa liberté de conscience.

La liberté de conscience et de croyance est également insuffisante pour justifier un refus de vente. En effet, la Cour considéra que : « *pour déclarer coupables de la contravention, les juges d'appel énoncent que le refus de délivrer des médicaments contraceptifs ne procède nullement d'une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une indisponibilité des produits en stock, mais est opposé au nom de convictions personnelles qui ne peuvent, constituer, pour les pharmaciens auxquels est réservée la vente des médicaments, un motif légitime au sens de l'article L.122-1 du Code pénal* »³⁰⁹.

Enfin, la Cour de cassation a imité le Conseil d'Etat en matière de neutralité. Dans son arrêt du 25 juin 2014, relatif à l'affaire « *Baby-Loup* », l'Assemblée plénière a considéré que le licenciement d'une salariée pour insubordination au règlement intérieur interdisant les signes ostentatoires d'appartenance à une religion était valide. En effet, la Cour a considéré que : « *la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* ». En s'appuyant sur les dispositions légales, notamment les articles L 1121-1 et 1321-3 du Code du travail conditionnant les restrictions à la liberté de religion sur son lieu de travail, la Cour de cassation considère que le fait, pour une salariée d'une crèche, de porter le voile islamique alors que cette dernière côtoie des enfants et les parents de ces derniers, alors l'attitude

³⁰⁷ Cour de cassation, Deuxième chambre civile du 9 octobre 1996, n°95-10461

³⁰⁸ Cour de cassation, Chambre criminelle du 3 mai 1989, n°88-86767

³⁰⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle du 21 octobre 1998, n°97-80981

incriminée n'est pas justifiée « *par la nature de la tâche à accomplir* » et disproportionnée « *par rapport au but recherché* ». Nous ne pouvons savoir si cette décision à vocation à s'étendre à l'ensemble des employeurs privés mais nous pouvons souligner que cette décision est empreinte d'une volonté de se faire écho à la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de neutralité du service public. S'il s'agit, en l'espèce, d'un employeur privé, il n'en reste pas moins que l'activité gère un service d'intérêt public. Ainsi, la Chambre sociale eu l'occasion de se prononcer sur une affaire similaire³¹⁰, le 19 mars 2013, considérant que « *les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droits privé...* ».

La Cour de cassation a donc commencé par concilier différents droits fondamentaux, faisant souvent triompher d'autres libertés fondamentales au détriment de la liberté de croyance. Même si aucune liberté fondamentale n'est supérieure à une autre, le juge, car il ne peut se permettre de procéder à un déni de justice, est soumis à rendre une décision en faveur d'une partie au procès. Puis, dernièrement, les magistrats ont redoré le blason d'un principe si cher au droit public et aux juges administratifs. Alors, en ce qui concerne notre propos, la question est de savoir si une décision comme celle rendue pour l'affaire « Baby-Loup » pourrait s'appliquer aux cliniques privées. En effet, à défaut de gérer un réel service public, elles gèrent néanmoins un service d'intérêt public qu'est l'administration de soins et la préservation de la santé. Une décision similaire pourrait légitimement s'appliquer aux cliniques, d'autant que les principes de laïcité et de neutralité sont applicables aux hôpitaux publics.

b) La neutralité des services publics : le pilier de la jurisprudence administrative quant à la limitation de la liberté de croyance

b1) Le principe général de neutralité

Outre le respect de la loi et de l'ordre public, la pratique religieuse doit respecter les principes de la loi de 1905 que sont le principe de laïcité et de neutralité du service public. Le principe de laïcité exige de l'Etat qu'il n'intervienne pas dans le fonctionnement d'une religion ou son financement mais qu'il adopte une certaine neutralité vis-à-vis des pratiques religieuses. De ce fait, l'Etat ne participera pas financièrement ou d'une quelconque manière dans la construction des lieux de culte ou dans la rémunération des ministères cultuels (hormis lorsqu'une association religieuse exerce une entreprise à intérêt général, alors cette subvention aura vocation à financer, non pas la religion en tant que telle mais l'activité exercée). Cela impose donc une neutralité de l'Etat vis-à-vis de la religion des usagers du service public.

La neutralité peut être définie comme étant l'attitude désintéressée de l'Etat à l'égard de l'ensemble des religions. Le fameux exemple de l'arrêt du 02 novembre

³¹⁰ Cour de cassation, Chambre sociale du 19 mars 2013, n°12-11690

1992³¹¹, « *Kherouaa* » rappelle que le principe de neutralité implique que : « *l'enseignement soit dispensé dans le respect de la liberté de conscience des élèves, qu'il interdise conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement* ».

L'administration et ses agents ne doivent donc pas créer de discrimination en raison de l'appartenance ou la non appartenance religieuse des usagers. Néanmoins, la loi est allée plus loin, en ce qui concerne les établissements scolaires, considérant qu'outre le fait de devoir accepter des élèves de toutes confessions en classe, la neutralité des établissements scolaires impose aux usagers, aux élèves eux-mêmes de ne pas imposer leur religion aux autres. La loi du 17 mars 2004³¹² énonce que : « *Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit* ». Le but de cette loi est donc de pousser à son paroxysme la neutralité, en évitant toute discrimination de la part des agents publics de l'enseignement et pour éviter que certains élèves imposent à d'autres, par leur attitude vestimentaire, leur appartenance à une certaine religion.

b2) La neutralité dans les hôpitaux publics

En tant qu'établissements publics, les hôpitaux sont soumis à cette obligation de neutralité. Pourtant d'après le rapport Bernard Stasi, ancien homme politique français, rendu au Président de la République en 2004, les hôpitaux sont confrontés à quelques situations négligeant l'éviction de toute connotation religieuse dans leurs murs³¹³. A titre d'exemples, le comité d'experts, convoqués à l'établissement de ce document, rapportent certains agissements incompatibles avec les principes de laïcité et de neutralité comme des internes voilées, la présence du Coran sur le bureau des médecins, adaptation des menus de cantines aux rites religieux, professionnels de santé « récusés » en raison de leur sexe, refus de soins, couloirs convertis en salle de prières. Le professeur Vincente Fortier considère que « Si l'hôpital avait déjà été confronté à certains interdits religieux, tels que l'opposition à des transfusions sanguines par des témoins de Jéhovah, il semble aujourd'hui qu'il soit en butte à des revendications tendant à faire prévaloir des convictions religieuses sur les règles générales »³¹⁴.

Effectivement, ces agissements sont totalement incompatibles avec les principes préalablement évoqués qui constituent le pilier de la liberté religieuse dans le domaine administratif. Si la règle s'applique aux usagers, elle est d'autant plus forte et importante en ce qui concerne le personnel. Selon le rapport d'André Rossinot, homme politique, ce phénomène s'explique par l'important recrutement de médecins étrangers qui n'ont pas

³¹¹ Conseil d'Etat du 02 novembre 1992, n°130394, « *Kherouaa* »

³¹² Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 « *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics* ».

³¹³ B. Stasi, « *Laïcité et République* », Rapport au président de la République, La documentation française, 2004.

³¹⁴ V. Fortier, « La neutralité revisitée », in « *La religion dans les établissements de santé* » de V. Fortier et F. Violla (dir), Edition Les Etudes hospitalières, Collection A la croisée des regards, 2013, p. 97.

« une connaissance suffisante des règles régissant le fonctionnement des services publics et notamment du principe de neutralité et des obligations qui en découlent »³¹⁵.

Ne faut-il pas rappeler les paroles du professeur Rivero qui, à l'époque, avait déjà pressenti toute la difficulté de mettre en place une telle notion. Il déclarait que « Laïcité, le mot sent la poudre, il éveille des résonances passionnelles contradictoires »³¹⁶. Effectivement cette notion « sent la poudre », souvent incomprise, elle ne consiste pas en la négation des religions mais, au contraire, dans la reconnaissance de leur multiplicité et, de ce fait, dans l'organisation de leurs interactions, entre elles, à l'égard des individus, à l'égard de l'Etat et de ses services publics. L'organisation des religions, si elle est d'une liberté totale dans le domaine privé, dans la vie des services publics cette dernière s'écrase face à la neutralité. Ainsi s'organise la liberté religieuse dans le domaine hospitalier. Les établissements publics de santé n'ont aucune autre préoccupation que l'Homme, sa santé, sa vie. Ainsi, il est interdit à toute soignant, mais également à tout personnel, de faire état de ses convictions ou de dénigrer certains usagers en raison de leur confession. Ainsi, dans une jurisprudence du Tribunal administratif du 17 octobre 2002 a estimé que « *le principe de laïcité de l'Etat et de ses démembrement et celui de la neutralité des services publics font obstacle à ce que ses agents disposent, dans leurs fonctions, du droit de manifester leurs croyances religieuses, notamment par une extériorisation vestimentaire* »³¹⁷.

En conformité avec la Charte de la laïcité dans les services publics, établi par la circulaire n°5209/SG du 13 avril 2007 et la loi de 1905, il est possible pour tout un chacun d'exercer librement son culte dans les établissements publics auprès d'aumônerie. Le Conseil d'Etat avait déjà envisagé cette possibilité dans une décision du 06 juin 1947³¹⁸. Il confirme cela, le 1^{er} février 1949 où il déclare que « *dans certains établissements, le libre exercice des cultes ne peut être sauvegardé que par l'instauration d'aumôneries à l'intérieur desdits établissements* »³¹⁹. Il existe donc une dualité de régimes. D'un coté le personnel, les agents publics ne peuvent exprimer leur conviction religieuse, de l'autre, il est permis en certaines circonstances aux usagers de pratiquer librement leur culte. Il s'agit, selon nous, d'un certain paradoxe qui ne peut subsister. En effet, comment accepter la suspension d'un agent pour prosélytisme et accepter la présence d'aumôneries dans les hôpitaux publics ? La porte doit nécessairement être refermée afin d'éviter toute dérive. Il en va différemment de l'article R. 1112-46 CSP³²⁰, permettant la visite de ministres du culte à la demande des hospitalisés doit clairement

³¹⁵ A. Rossinot, « *Rapport du groupe de travail sur la laïcité dans les services publics* », septembre 2006.

³¹⁶ J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », Dalloz, 1949, Chronique XXXIII, p. 137.

³¹⁷ Tribunal administratif de Paris du 17 octobre 2002, AJDA, 2003, p. 99, note Marie-Christine De Montecler.

³¹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée, du 06 juin 1947, « *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles* », Recueil Lebon p. 250.

³¹⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, du 01 février 1949, « *Chaveneau* ».

³²⁰ Article R. 1112-46 CSP « *Les hospitalisés doivent être mis en mesure de participer à l'exercice de leur culte. Ils reçoivent, sur demande de leur part adressée à l'administration de l'établissement, la visite du ministre du culte de leur choix* ».

être abandonné. La visite dudit ministre constitue alors une visite qui relève de la vie privée du patient.

Outre ces règles permissives, le professeur Fortier considère que cette notion ambivalente contient également un pan de règles contraignantes³²¹. Elle analyse cette contrainte en trois points. Pour elle, la contrainte s'exprime d'abord dans le retournement de l'obligation de neutralité, initialement prévue à l'égard des agents publics, elle s'applique dorénavant aux usagers³²². Elle considère qu'à travers la Charte de 2007, « L'hôpital doit donc s'efforcer de permettre à l'utilisateur-croyant l'exercice de sa religion, mais il doit également veiller à faire respecter la neutralité tant positive que négative au sein de l'établissement. A cet égard, la circulaire de 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé rappelle le pouvoir de police dont les directeurs d'établissement disposent lorsque, notamment, un malade cause des désordres persistants »³²³.

L'autre contrainte soulevé par la Charte sur la laïcité dans les établissements de santé est la récusation du professionnel de santé en raison de son sexe, pour des considérations religieuses. Ainsi, nombreux sont les cas où les femmes, voire leur mari, refusent que cette dernière soit examinée, soignée ou pratique un accouchement sur elles en raison de leur religion. Comme le soulève, à juste titre, le professeur Fortier en opposition à cette mesure existe la liberté pour chacun de choisir librement son médecin. Ce droit fait partie intégrante du droit subjectif à la protection de la santé. Il a été confirmé par le Conseil d'Etat, le considérant comme « un principe général du droit » dans une jurisprudence du 18 février 1998³²⁴. La circulaire doit-elle alors se conformer au droit du libre choix du médecin ? La circulaire a pris les devants en invoquant ledit droit et le réfute sur deux arguments. Le premier des arguments relève de l'organisation du service. La volonté du patient, effectivement, ne peut outrepasser la libre organisation du service qui impose *de facto* un praticien aux patients. L'autre argument relève plutôt de l'interdiction de toute discrimination du praticien en raison de son sexe ou de sa religion.

La dernière contrainte est le prosélytisme. Interdite à l'égard de tous les agents publics, notamment aux agents hospitaliers, elle est aujourd'hui applicable aux patients qui de manière directe ou indirecte ne peuvent promouvoir, à des fins de conversion, leur religion. Si cet acte n'est, dans l'absolu, pas interdit d'une manière générale, le principe de neutralité impose qu'il soit exclu de tout service public. Ainsi, comme dans le domaine de l'éducation ou le Conseil d'Etat avait considéré, dans son arrêt « *Kherouaa* », comme incompatible le port du voile au sein d'un collège, tout signe distinctif d'une appartenance à une religion est susceptible de constituer une forme de prosélytisme.

³²¹ V. Fortier, « La neutralité revisitée », in « La religion dans les établissements de santé », op. cit., p. 110.

³²² *Ibidem*.

³²³ *Ibidem*, p. 111.

³²⁴ Conseil d'Etat, 10/7 SSR, du 18 février 1998, n°171851, « *Section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins* ».

La liberté de religion, qui peut fonder un refus de soins, a-t-elle sa place au sein du domaine public hospitalier ? Nous en doutons fortement. Néanmoins, comme nous le verrons par la suite, la jurisprudence du Conseil d'Etat notamment, il n'existe pas de distinction entre un refus de soins fondé sur un dogme religieux ou un refus de soins étranger à toute considération culturelle. Les magistrats tendent, en tout état de cause, à privilégier les droits indissociables, à la santé et à la vie.

B) Le conflit du refus de soins avec les droits impérieux à la vie et à la protection de la santé

Si la liberté religieuse constitue un droit fondamental, il en va de même du droit à la vie (1) et du droit à la protection de la santé (2) qui s'opposent alors à cette première.

1) Le droit à la vie, un droit écorché par le refus de soins

Le droit à la vie semble, de loin, être le droit le plus « absolu ». Qui ne tient pas à sa vie ? Le refus de soins, consacré par la loi de 2002, semble pourtant tempérer ce droit. La personne refusant la pratique des soins nécessaires à la sauvegarde de sa vie porte atteinte à ce droit à la fois sacré, naturel, civil et fondamental.

a) La définition du droit à la vie

Pour le professeur Bertrand Mathieu : « Le droit à la vie relève de l'évidence. Les droits de l'homme, les droits d'un homme, sont conditionnés par l'existence de ce processus biologique qu'est la vie ». En effet, la reconnaissance de l'homme comme être vivant, pourvu d'une sensibilité, d'une capacité de réflexion, d'une personnalité juridique, d'un être titulaire de droits et d'obligations tend à la reconnaissance de la vie de ce dernier. Le droit, la loi sont les instruments de guidage, de bornage de la vie des hommes dans une perspective collective et de la vie de l'homme dans son approche individualiste.

Pour encadrer notre propos, nous pourrions dire que le droit à la vie est un droit qui tend à protéger le caractère vital de l'homme. D'un point de vue classique, il s'agirait donc de protéger la vie en fixant des règles assurant que quiconque ne pourra porter atteinte à la vie d'autrui. Il s'agit par exemple des dispositions pénales sanctionnant les diverses formes d'atteinte à la vie ou l'interdiction de la peine de mort. De manière plus moderne ou plus contemporaine la protection de la vie s'entendrait de la limitation des pratiques bioéthiques, scientifiques qui tendent à instrumentaliser la vie depuis son absolu commencement, depuis la genèse de la personne, par la sauvegarde de l'embryon, par la limitation des pratiques eugéniques ou du clonage et en instaurant, pour toute personne née vivante l'assurance du maintien d'une certaine qualité de vie, rendant possible, dans certains Etats, le droit de mourir en cas de souffrances physiques, d'infections incurables instaurant, de ce fait, le droit à une vie digne.

b) La portée du droit à la vie

Il s'agira, pour l'heure, de simplement s'attarder sur la protection classique du droit à la vie. En tout état de cause, il incombe à la société de respecter ce droit à travers l'établissement de lois protégeant la vie dès la naissance de l'individu. Le droit subjectif à la vie se veut universel comme le rappelle Bertrand Mathieu, il fait partie de ces droits dont on ne peut distinguer les titulaires. Il s'applique aux nationaux comme aux étrangers et aux personnes en bonne santé comme aux personnes malades. Etant donné que seules les personnes nées vivantes sont titulaires de droit (en principe), il ne s'applique donc pas aux embryons ou aux fœtus selon une jurisprudence du 30 juin 1999³²⁵.

b1) Un droit consacré à l'échelon international des droits fondamentaux

Ce droit à la vie est consacré dans l'article 2 de la Convention européenne. Ce dernier dispose que : « *Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi* ». La Convention semble retenir la définition classique du droit à la vie. Comme nous l'énoncions préalablement, il s'agit, en réalité de la protection de la vie de chacun contre les atteintes des tiers. Néanmoins, la Convention envisage plusieurs exceptions comme atteintes à la vie. Elle considère qu'il peut y avoir atteinte à la vie dans le cadre d'une peine de mort, et selon son alinéa second, dans le cadre du respect de l'ordre, notamment en cas de « *défense de toute personne contre la violence illégale ; pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection* ».

Néanmoins, certaines évolutions sont intervenues afin d'élargir la portée du droit à la vie. C'est notamment le cas du protocole numéro six³²⁶ à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort. En effet, son article premier dispose que : « *La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté* ». L'article second, tempère cependant le principe en énonçant qu'une telle peine peut être prononcée et exécutée en « *temps de guerre* » ou lors d'un « *danger imminent de guerre* ». Ces dispositions élargissent considérablement le champ du droit à la vie dans la mesure où la peine de mort est par principe interdite, l'exception à ce dernier restant exceptionnelle et rare.

Le protocole numéro treize à la Convention³²⁷ constitue une nouvelle étape dans la protection de la vie des individus. En effet, il considère en préambule que les « *Etats*

³²⁵ Arrêt Chambre criminelle du 30 juin 1999, n°97-82.351 selon lequel en raison de l'application stricte de la loi pénale (article 114-4 du Code pénal) le droit à la vie ne pouvait s'appliquer à l'enfant à naître.

³²⁶ Protocole additionnel n°6 du 28 avril 1983

³²⁷ Protocole addition n°13 du 3 mai 2002

membres du Conseil de l'Europe » sont « Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». Ce protocole proclame donc l'abolition de la peine de mort sans aucune réserve. L'abolition totale de la peine de mort, sans aucun tempérament, constitue la consécration pleinement aboutie du droit à la vie de tout être humain. En effet, comme le rappelle ledit protocole, le fait de pouvoir porter atteinte à la vie d'autrui constitue également une atteinte à sa dignité. Le fait pour un Etat de donner la mort ou de tolérer un tel acte soulève le sentiment d'une banalisation de l'être et donc d'une atteinte à sa dignité.

Le droit à la vie est également envisagé par le Pacte relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, et plus précisément par son article 6, alinéa premier, qui énonce que : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* ».

b2) Un droit difficilement conciliable ?

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans un arrêt du 22 mars 2001³²⁸, « *Affaire K.-H.W c/ Allemagne* », que : « *le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme* ». Pour la Cour, le droit à la vie est au dessus de l'ensemble des autres droits fondamentaux. Si, de par nature, les droits fondamentaux doivent se concilier entre eux, le droit à la vie, quant à lui devra observer une conciliation limitée afin de permettre sa pleine application.

Pourtant, le refus de soins entraînant le décès du malade est clairement une limite légale au droit à la vie. Outre le suicide, qui n'est pas envisagé par le droit mais relève de l'autonomie personnelle, de la volonté anarchique de chacun, le refus de soins qui s'y apparente est légalisé et même envisagé lorsque celui-ci a pour conséquences d'entraîner la mort. Il existe donc une certaine forme de contradiction dans les attributions de l'Etat qui d'un coté va sanctionner toutes formes d'atteintes à la vie d'autrui mais va laisser une liberté « quasi absolue » au patient en matière de refus de soins. En effet, le Code de la Santé publique ne prévoit aucune dérogation au droit au refus de soins de la personne consciente. Ce principe issu de la loi de bioéthique de 1994 et dont le fondement repose sur le principe de la dignité de la personne semble plus fort que le droit à la vie en soit. Pourtant, la dignité humaine n'a-t-elle pas vocation à s'appliquer du vivant et seulement du vivant de la personne ? Quelle est la fonction de la dignité humaine si elle permet la destruction de la vie ? Pour l'Etat et le droit positif, il semble que mieux vaut mourir digne que vivre dans l'indignité. Ce raccourci hasardeux, permet, néanmoins, de retranscrire tout l'enjeu du refus de soins. La volonté du corps

³²⁸ Arrêt CEDH du 22 mars 2001, n°37201/97, « *Affaire K.-H.W c/ Allemagne* »

médical à poursuivre les protocoles et traitements, permettant éventuellement, de sauver la vie d'un patient est-il indigne ? Est-il indigne de vouloir à tout prix préserver la vie, sauvegarder la présence d'un proche à ses cotés ? Est-ce cela l'indignité ? Est-ce cela l'indignité que d'estimer la vie d'une personne comme n'ayant aucune valeur ? Nous sommes loin des expérimentations nazies qui pouvaient, effectivement, s'apparenter à de la torture. Aujourd'hui, les textes médicaux et notamment le Code de déontologie préconise un intérêt particulier autour du patient et de sa volonté.

À ce moment là, la question est donc de savoir s'il n'est pas préférable de conditionner le refus de soins et de ne pas le laisser sans restrictions comme le fait l'état actuel du droit. Le professeur Bertrand Mathieu cite, dans son ouvrage³²⁹, une décision de la Cour constitutionnelle hongroise qui a considéré que le refus de soins ne pouvait être envisagé que lorsque la maladie du patient était incurable et qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, il ne pouvait être soigné. Il s'agirait donc de reconnaître le refus de soins que dans le cadre de la fin de vie. Alors, le refus de soins rejoindrait la législation sur la fin de vie et les soins palliatifs et entrerait effectivement, à ce moment là, dans une sphère de préservation de la dignité de la personne. Nous pouvons donc considérer que ce droit au refus de soins est, aujourd'hui trop élargi, trop souple. Même si, comme nous l'avons déjà évoqué, le droit français semble plus restrictif, trop traditionnel ou réactionnaire que le droit d'autres Etats, il est encore trop souple. Le refus de soins s'apparentant à un « suicide » peut être considéré comme étant aux antipodes de la dignité humaine. Les considérations religieuses ont toujours condamné le suicide, pour un motif d'ordre divin comme quoi seul Dieu pouvait donner la mort, mais également par des considérations humanistes et la par la reconnaissance de l'importance de la vie de l'Homme. Tout au long des siècles, l'homme n'a eu de cesse de chercher à améliorer sa qualité de vie mais surtout à prolonger cette dernière. Nombreux sont les contes et les fables qui décrivent l'histoire d'un personnage recherchant la vie éternelle. Cette idée de la vie terrestre éternelle obsède le commun des mortels qui, se trouvant confronté à la fatalité, a tout mis en œuvre pour au moins prolonger sa vie. Afin d'y parvenir, d'importants moyens humains, techniques, financiers ont été employés. La conscience collective considérant la vie comme étant le bien le plus précieux de l'homme a poussé les différents acteurs de la société à tout mettre en œuvre afin d'y parvenir. D'où cette incohérence qui aujourd'hui raisonne lorsque le droit permet aux hommes de s'abandonner au lieu de les pousser à se battre ou à se conduire en homme sage. L'ensemble des décisions et des efforts consentis tendant à la consécration de la vie se trouvant anéanties par la simple faculté pour chacun de céder à la détresse ou de faire preuve d'individualisme. Il est dès lors nécessaire de reconnaître une faculté de refuser un soin mais pas au prix de la vie. Le refus de soins doit dès-lors recouvrir certaines qualités. Il doit être nécessaire, en ce sens qu'il doit s'analyser comme étant la seule solution envisageable pour la personne d'éviter une fin proche, inéluctable et douloureuse, proportionnée à la gravité de l'affection endurée, ne pouvant

³²⁹ B. Mathieu, « *Le droit à la vie* », Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, Collection L'Europe des droits, p. 76.

concerner que des maladies incurables dont il n'existe pour l'heure et selon les données actuelles de la science aucun remède reconnu et surtout réfléchi, ce refus devant être réitéré par la personne à intervalle régulier.

Le droit à la vie est, semble-t-il, le droit le plus important car il touche directement à l'essence même, au but de tout Etat de droit, l'organisation et la protection de la vie de chacun. À l'origine de l'Etat, lors du « contrat social » de Rousseau, les individus ont décidé de laisser une part de leurs libertés au profit d'un pouvoir tiers et omnipotent qui protège leurs intérêts. Parmi ces intérêts se trouve celui de la protection de la vie. Par des mesures coercitives et lourdes, l'Etat s'est efforcé de protéger la vie des individus à travers les dispositions pénales sanctionnant toute atteinte à ce droit. D'un autre côté se trouve la faculté pour chacun de refuser des soins même au détriment de cette valeur essentielle qu'est la vie. Se trouve alors établie la règle selon laquelle il est impossible de porter atteinte à la vie d'autrui mais il est parfaitement possible de mettre un terme à la notre. Cela signifie que nous sommes les seuls à même de pouvoir décider de notre sort et donc d'agir en toute liberté. Néanmoins, les libertés individuelles trouvent toutes sortes de limites. Le droit ne distingue pas entre la protection de la vie d'autrui et la notre de fait à ce que cette dernière est autant importante que celle mon voisin. Il est donc normal que cette décision puisse être limitée par l'intervention du professionnel de santé, qui lui s'efforce à protéger la vie. C'est pour cette raison que l'article L. 1111-4 CSP prévoit que le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'avoir recours aux soins. Il s'agit de la seule réticence du droit positif à ne pas consacrer pleinement ce droit de mourir.

2) Le droit à la protection de la santé, un bref retour sur ce « droit-créance »

Déjà longuement envisagé en introduction de notre propos, nous nous contenterons d'établir un résumé du droit à la protection de la santé tel qu'il est entendu par notre droit. Issu de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 faisant partie du « bloc de constitutionnalité », le droit à « la protection de la santé », en tant que « droit-créance » est un droit « contraignant »³³⁰. Comme nous l'avons vu, à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel soulèvera ce « droit-créance » afin de restreindre de nombreuses libertés ou droits fondamentaux comme le droit à la propriété, ou encore la liberté d'entreprendre dans sa décision « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* » du 08 janvier 1991, ou le droit de grève dans sa décision du 22 juillet 1980.

Ce droit social, à vocation programmatique, nécessite une action positive du législateur qui mettra en place une politique de « protection de la santé » contraignante. Reconnu par des textes internationaux ou par le droit interne, il occupe, aujourd'hui, une place importante au sein même des Constitutions des pays voisins européens. Considéré

³³⁰ Nous envisagerons dans notre seconde partie le caractère « contraignant » des « droits-créances » et notamment du droit à la protection de la santé qui s'inspire de la protection de l'intérêt général de la même manière que peuvent le faire les règles tendant à la protection de l'ordre public s'en inspirant, allant même jusqu'à créer un nouvel ordre public sanitaire.

à chaque fois comme un « droit-créance », il se différencie du droit subjectif à la santé qui interdit à quiconque de porter atteinte à sa santé. Seule l'article 32 de la Constitution italienne prévoit expressément une telle conception du droit à la santé. D'ailleurs, comme le rappelle le professeur Gründler « la jurisprudence française minore la dimension individuelle de ce droit »³³¹. Comme nous le verrons dans la seconde partie de notre propos, notamment pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le droit subjectif à la protection de la santé, malgré sa reconnaissance, n'a jamais été en mesure d'absorber d'autres droits fondamentaux en conflit avec lui contrairement à « la dimension collective » qui « est quant à elle mieux garantie par le juge qui, au terme de son opération de conciliation de droits, n'hésite pas à faire prévaloir la protection de la santé publique »³³². Ce « droit-créance » à la protection de la santé implique donc un véritable accès aux soins mais également la mise en place d'une politique de protection de la population contre les fléaux épidémiologiques ou pandémiques. L'Etat adopte donc, dans ce contexte à une législation contraignante que nous envisagerons plus loin dans notre propos. En outre, nous rappellerons qu'en tant que droit « universel » et selon les dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, ce droit est opposable, *a priori*, à tout individu se trouvant sur le sol français. En effet, s'il ne fait aucun doute que ce droit est opposable à l'ensemble des citoyens, la question mérite d'être posée en ce qui concerne les étrangers. Pourtant, sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble contradictoire. En effet, d'une part, le Conseil constitutionnel consacre un principe universel qui implique des prestations matérielles importantes. D'autre part, le Conseil, lorsqu'il est saisi d'une loi tendant à restreindre les dépenses en matière de santé rejette systématiquement les moyens soulevés, même sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

a) Un droit opposable à tous pour d'importantes prestations matérielles ?

Pour le professeur Jacques Moreau, cette question ne pose, a priori, aucune difficulté³³³. En effet l'alinéa 11 du Préambule de 1946, précise que ce droit est garanti « à tous et notamment... ».

Si la règle a été rappelée dans la décision du Conseil constitutionnel « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* » concernant les jeunes, ce fut également le cas concernant les salariés. Dans une décision du 18 janvier 1978³³⁴, le Conseil constitutionnel garantit aux salariés, un visite médicale garantissant les « *avantages prévus par la loi en cas d'absence au travail résultant de maladie ou d'accident* ». Ces deux affirmations découlent d'une opportunité saisie par le Conseil pour proclamer une nouvelle fois le « droit à la protection de la santé » dont le bénéfice à ces catégories de personnes ne faisait aucun doute.

³³¹ T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », RDSS 2010, p. 835.

³³² T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *op. cit.*

³³³ J. Moreau, « Le droit à la santé », AJDA, 1998, p. 185.

³³⁴ Conseil constitutionnel, n°77-92 DC du 18 janvier 1978, « *Contre-visite médicale* ».

Il est cependant plus difficile de répondre en ce qui concerne les étrangers. Dans une première décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990³³⁵, explique qu'en raison de la sauvegarde du « *principe constitutionnel d'égalité* », il ne peut y avoir d'« *exclusion des étrangers résidants régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement* ». Ainsi, les étrangers séjournant régulièrement sur le sol français peuvent bénéficier « *du fonds national de solidarité* ». Dans le même esprit, la décision du 13 août 1993³³⁶ opère, selon le professeur Moreau, la validation des « *dispositions de la loi déferée au motif que le législateur a le pouvoir de créer des régimes différents d'allocation des aides sociales, selon que les personnes visées séjournent en France régulièrement ou non, ou y résident de manière ininterrompue depuis un certain temps* »³³⁷.

Le droit à la protection de la santé ou à la sécurité matérielle implique de larges dépenses de la part de l'Etat, qui se justifient par le caractère universel du droit à la santé. Ce dernier, comme nous l'avons vu, justifie une effectivité matérielle en garantissant un accès aux soins ainsi qu'en assurant son financement *via* des prestations sociales pour tous. Pourtant la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut paraître contradictoire lorsqu'il est saisi de lois restreignant les dépenses en matière de santé.

b) La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de dépenses de santé

Comme l'affirme le professeur Gründler, « *Systématiquement saisi des lois visant la réduction des dépenses de santé, le juge n'a jamais déclaré inconstitutionnelle l'une d'elles au motif qu'en mettant en place des dispositifs limitant la prise en charge des dépenses de santé par l'assurance maladie, elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé* »³³⁸.

Selon cet auteur, le Conseil constitutionnel opère deux méthodes pour rejeter le moyen formé contre une disposition qui restreint les dépenses de santé. Soit il fait « *la sourde oreille* » en ne prenant pas la peine d'évoquer l'alinéa 11 du Préambule, pourtant invoqué par les responsables de la saisine. Dans une décision du 11 décembre 2003³³⁹ où la loi prévoyait le déremboursement des consultations médicales en vue de l'établissement d'un certificat médical permettant l'exercice de certaines activités physiques et sportives, le Conseil constitutionnel ne fait pas la moindre allusion à l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Pourtant cette disposition constitue un véritable frein à l'accès aux soins ou à la protection de la santé. Rappelons nous par exemple que les Constitutions espagnoles et portugaises font la promotion de l'exercice physique et

³³⁵ Conseil constitutionnel, n°89-269 DC du 22 janvier 1990, « *Egalité entre français et étrangers* ».

³³⁶ Conseil constitutionnel, n°93-325 DC du 13 août 1993, « *Maitrise de l'immigration* ».

³³⁷ J. Moreau, « *Le droit à la santé* », *op. cit.*

³³⁸ T. Gründler, « *Le juge et le droit à la protection de la santé* », *op. cit.*

³³⁹ Conseil constitutionnel, n°2003-486 DC du 11 décembre 2003, « *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004* ».

sportif afin de préserver la santé publique. Une telle disposition constitue donc premièrement un frein à l'accès aux soins mais également, si nous nous fions aux Constitutions précitées, un frein à la protection de la santé publique.

L'autre méthode est d'adopter une réserve d'interprétation tendant à limiter le droit à la protection de la santé au profit d'un autre impératif. Ainsi, dans la décision du 16 décembre 2004³⁴⁰ où les auteurs de la saisine ont considéré que la réduction des dépenses en matière de santé par l'Assurance maladie violait « automatiquement » le droit à la protection de la santé, tel que consacré par le onzième alinéa du Préambule. Le Conseil constitutionnel va répondre à ces prétentions en déclarant que « *les règles posées par les articles 3, 7 et 20 de la loi déferée, s'agissant respectivement du dossier médical personnel, de l'intervention du médecin traitant et de la participation forfaitaire, répondent aux exigences constitutionnelles liées tant à la protection de la santé qu'à l'équilibre financier de la sécurité sociale* ».

Ainsi, comme nous le verrons plus loin, si le droit « à la protection de santé », constitue un droit « droit-créance » contraignant, impliquant un accès réel aux soins, cette contrainte demeure, en certains points seulement, relative. Le Conseil constitutionnel semble donc faire primer cet impératif social sur les intérêts individuels, tout en opérant un contrôle de proportionnalité, mais n'hésite pourtant pas à la concilier avec d'autres impératifs tel que « *l'équilibre financier de la sécurité sociale* ».

Le droit à la protection de la santé est un droit fondamental des plus importants. Comme nous le verrons plus loin, ce droit programmatique a parfaitement été organisé par le législateur qui n'hésite pas, à l'aide du Conseil constitutionnel, à assurer sa primauté. S'inspirant de la protection de la dignité humaine et, plus généralement, de la protection de l'ordre public traditionnel ou sanitaire, il est difficile alors pour les droits subjectifs de défense de se faire une place face à ce droit.

C) La solution apportée au « melting pot » juridique en matière de refus de soins pour motif religieux

Nous constatons donc qu'une fois de plus que le « droit-créance » à la protection de la santé s'oppose à d'autres droits subjectifs de défense, comme la liberté religieuse, ou encore d'une manière plus générale au refus de soins, donc au droit subjectif à la santé. Si cette confrontation sera étudiée plus loin dans notre propos concernant l'obligation vaccinale et ses perspectives d'évolution, nous nous contenterons pour l'instant de nous attarder sur le conflit entre droit à la protection de la santé et liberté religieuse (2), après avoir rappelé la théorie générale de conciliation des droits fondamentaux (1).

³⁴⁰ Conseil constitutionnel, n°2004-508 DC du 16 décembre 2004, « *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005* ».

1) La théorie de la conciliation des droits fondamentaux

D'une manière générale, pour le professeur Guillaume Drago, c'est le Conseil constitutionnel qui est le garant des droits et libertés fondamentaux dans l'ordre juridique interne. En effet, il est *a priori*, du moins d'un point de vue théorique, le seul compétent pour juger de la conformité des lois par rapport à la Constitution. Donc, pour Guillaume Drago c'est : « *au fur et à mesure du développement des jurisprudences constitutionnelles, que celles-ci sont amenées à augmenter les garanties offertes ou au moins à ne pas les diminuer ou encore à opérer une conciliation des droits constitutionnellement garantis avec les exigences de l'ordre public, en ne laissant au législateur que la possibilité de rendre ces droits effectifs et donc de ne pas en diminuer les effets* ».

Pour lui, lorsqu'un droit est reconnu comme étant fondamental, il est ensuite « confié » au législateur qui en définira les contours et en assurera l'effectivité, comme nous l'avons vu pour le « *droit à la protection de la santé* ». En clair, le législateur est chargé, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, pouvant désormais intervenir *a priori* et *a posteriori* de la promulgation de la loi, de concilier les droits fondamentaux s'opposant dans la promulgation d'une loi sans pouvoir les dénaturer. Il s'agit en réalité de la simple nature du pouvoir du législateur dont la Constitution en détermine le contenu en son article 34³⁴¹.

En 1984³⁴², le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le rôle du législateur lors d'une opposition entre deux droits fondamentaux. Il considère que ce pouvoir de conciliation appartient à l'appareil législatif et que seulement dans cette optique, la loi peut « régler » ces derniers, sans pour autant les restreindre en vertu du principe du « cliquet anti retour ».

Pour les droits fondamentaux de la Convention européenne, cette compétence revient à la Cour européenne en vertu de l'article 32 de ladite Convention qui énonce que cette juridiction est compétente en ce qui concerne l'interprétation ou l'application des prescriptions de cette dernière. Cette juridiction européenne, interviendra donc, lorsqu'il existera un « *conflit horizontal* », un conflit entre les dispositions de la Convention.

³⁴¹ Article 34 de la Constitution : « *La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias, les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et leurs biens ;* »

³⁴² Décision du Conseil constitutionnel n°84-181 DC du 11 octobre 1984 ; considérant n°37 : « *s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* ».

2) La solution adoptée en matière de refus de soins pour motifs religieux

a) Un droit fondamental à la protection de la santé apparemment au dessus des autres

Le « droit à la protection de la santé » constitue une véritable contrainte pour le patient. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à confronter ledit droit avec la liberté religieuse, qui vient en renfort du droit subjectif à la santé, nous verrons dans notre seconde partie, concernant les valeurs fondamentale venant au soutien de ce « droit-créance », que les droits subjectifs découlant de l'interprétation de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 ne font « pas le poids » face à ce « super droit ».

Le Conseil constitutionnel³⁴³, comme nous le verrons, se penche davantage sur la question de l'accès aux soins que sur le droit subjectif à la santé reconnu par lui mais jamais véritablement appliqué. Ainsi, par exemple, dans une décision du 16 janvier 1991 il va, une nouvelle fois, se prononcer en faveur du droit à la santé et notamment à l'accès aux soins en validant une loi homologuant les dépenses de santé des établissements privés d'hospitalisation. Le Conseil constitutionnel a estimé que : « *les dispositions relatives aux critères d'homologation des tarifs conduiraient « implicitement » à l'exclusion de nombreuses cliniques privées du régime des conventions avec la sécurité sociale ; qu'il en résulterait une atteinte au droit du malade au libre choix de son établissement (droit subjectif de la santé) de soins ainsi qu'une rupture de l'égalité d'accès aux soins hospitaliers (« droit-créance » à la protection de la santé) ; ».*

Dans cette décision, le « droit à la santé » vient restreindre, limiter deux autres droits fondamentaux que sont la liberté d'entreprendre et le droit de propriété. Comme nous l'évoquions, le « droit à la santé » est, de par sa nature, un droit fondamental pas comme les autres car il touche de près à l'Homme, à sa santé et à sa vie, mais engage également un aspect pécuniaire. En outre, le « droit à la santé » répond à des exigences internationales et européennes, il répond à des engagements de la part de l'Etat et surtout aux exigences humanistes, ces considérations universelles qui veulent placer l'homme et son bien-être au centre des préoccupations de l'Etat. Véritable résultante du « contrat social », l'homme est prêt à sacrifier certains de ses droits et de ses liberté afin qu'un pouvoir puisse assurer sa sécurité, le bon état de sa santé.

b) Le rayonnement du droit à la vie sur le refus de soins motivé pour raison religieuse

Nous le savons, nul principe n'est absolu. Le « droit à la santé » ou le « droit à la protection de la santé » ne constitue pas une exception à la règle. Le législateur a permis, en 2002, à quiconque et pour n'importe quelle raison d'exprimer son refus face à une

³⁴³ Conseil constitutionnel, n°90-287 DC du 16 janvier 1991, « *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* ».

offre de soins. D'un autre côté, le législateur consacre à de nombreuses reprises la liberté de culte, que se soit par la loi de 1905 ou par la non-discrimination sur un fondement religieux, ces deux principes fondamentaux font l'objet de consécration, d'applications et donc de limitations par la loi. Néanmoins, lorsqu'un litige entre des parties privées ou publiques s'oppose, c'est aux magistrats de trancher et de faire valoir quelle valeur l'« emporte » sur l'autre. Il semblerait que le droit à la vie soit mieux considéré par les magistrats que le refus de soins.

b1) La jurisprudence judiciaire, vers l'irresponsabilité « totale » du médecin

La jurisprudence judiciaire est, en l'espèce, très pauvre et seul un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, rendu le 21 décembre 2006³⁴⁴, nous intéressera ici. En l'espèce, une patiente, témoin de Jéhovah a nécessité une transfusion sanguine par la survenue d'une hémorragie importante lors d'un accouchement. Alors que la patiente avait exprimé à deux reprises son refus d'être transfusée, le médecin en charge attendu l'accord du Procureur de la République afin de procéder à ladite transfusion. L'intervention tardive de cet acte médical n'a pas pu empêcher le décès de la patiente. S'en est suivies des poursuites judiciaires de la part des ayants-droit, au pénal et au civil, afin de rechercher la responsabilité des médecins dans le décès de la patiente. La Cour d'appel, qui a rappelé que la responsabilité des médecins ne pouvait être retenue qu'en cas de faute, qu'en l'espèce aucune faute tant ne pouvait être retenue, écartant alors la responsabilité des professionnels de santé. Cette décision présente un double intérêt. D'une part, l'autorité judiciaire peut passer outre la volonté du patient et ordonner une mesure de contrainte tendant à protéger la vie de l'individu. Cette décision est-elle justifiée par le caractère religieux du refus de soins ? Nous pouvons fortement en douter. Effectivement, nous pouvons imaginer qu'importe le fondement de la décision du refus de soins, le Procureur de la République aurait ordonné la transfusion nécessaire à la protection de la vie de la personne. Cela démontre alors toute l'importance du droit à la vie qui surmonte, en tant que droit protecteur, toute liberté personnelle.

L'autre apport démontre l'absence de faute du personnel médical de ne pas avoir prodigué de soins en raison du refus de la patiente. Ainsi, le refus de soins constitue un fait justificatif permettant d'aboutir sur l'irresponsabilité du professionnel de santé. Dans cette situation, si la responsabilité du médecin n'aurait pas été retenue en cas de pratique des soins, aux vues de la décision du Procureur, il en va de même lorsque le médecin se conforme à la volonté du patient. Ainsi, dans des situations similaires, le médecin détient un véritable pouvoir de décision. Il peut en effet se conformer à la volonté du patient, comme recourir aux soins lorsque le pronostic vital de la personne est engagé sous couvert du respect du droit à la vie.

³⁴⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 21 décembre 2006, n°325829.

b2) La supériorité de la vie sur la liberté de refuser les soins pour tout motif en matière administrative

Concernant la jurisprudence administrative, la Cour administrative d'appel de Paris a considéré, le 09 juin 1998³⁴⁵ que « l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer, obligation énoncée à l'article 7 du décret du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale et ultérieurement reprise à l'article 36 du décret du 6 septembre 1995 modifiant le décret susmentionné, si elle puise son fondement dans les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain, ultérieurement retranscrits par le législateur aux articles 16-1 et 16-3 du Code civil, n'en trouve pas moins sa limite dans l'obligation qu'à également le médecin, conformément à la finalité même de son activité de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu ; Considérant que, par suite, ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, pratiquent les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état, fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci de les refuser pour quelque motif que ce soit ». La décision est on ne peut plus claire, le refus de soins expression de la liberté personnelle de l'individu ne peut contrevenir aux droits à la vie ou, par extension logique, à la santé.

La décision du Conseil d'Etat précitée « *Sananayaké* » du 26 octobre 2001³⁴⁶, saluée par une partie de la doctrine, semble légitime et vient confirmer cette tendance. En effet, à propos de cet arrêt, le Professeur Louis Dubouis ne manque pas de souligner qu'il s'agit d' : « une décision que nous approuvons pleinement ». En l'espèce, M.X, hospitalisé en raison d'une « *insuffisance rénale aigue* » avait exprimé son refus de transfusion sanguine, et ce, même si cet acte médical « *constituerait le seul moyen de sauver sa vie* ».

Suite à l' « *apparition d'une grave anémie* », les médecins ont outrepassé la volonté du patient et ont pratiqué des transfusions sanguines qui n'auront, cependant, pas permis de sauver la vie du malade. Suite à la demande en réparation, Mme X, épouse de défunt, demanda au juge administratif d'engager la responsabilité de « *l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris* » (APHP) en raison du non-respect de la volonté de son mari.

A cela, la Cour administrative d'appel répondra que : « *l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer (...) trouve (...) sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est à dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu ; que par suite, ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternatives thérapeutiques, pratiquent les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état, fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci de les refuser pour quelque motif que ce soit. ;... »*

³⁴⁵ Cour administrative d'appel de Paris du 09 juin 1998, n°95PA03104.

³⁴⁶ Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 octobre 2001, n°198546, « *Sananayaké* ».

La section « contentieux » du Conseil d'Etat, appuie la décision de la Cour administrative d'appel et ajoute que : *« compte tenu de la situation extrême dans laquelle M.X... se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, que dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'APHP (...) qu'en raison de la gravité de l'anémie dont souffrait M.X..., le recours aux transfusions sanguines s'est imposé comme seul traitement susceptible de sauvegarder la vie du malade, qu'ainsi le service hospitalier n'a pas commis de faute en ne mettant pas en œuvre des traitements autres que des transfusions sanguines (...) les transfusions sanguines ne sauraient constituer un traitement inhumain ou dégradant, ni une privation du droit à la liberté au sens des dispositions des articles 3 et 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales... ».*

Pour le Conseil d'Etat, le médecin qui outrepassa la volonté du patient de refuser les soins, ne commet pas de faute dans la mesure où ces soins sont nécessaires, indispensables à sa survie. Avant la loi du 4 mars 2002, le Conseil d'Etat admet qu'il ne peut y avoir de faute lorsque la vie du patient est en jeu. Cela signifie bien qu'en réalité, le droit à la vie l'emporte sur le principe du refus de soins malgré les principes bioéthiques de 1994. L'autonomie de la volonté de la personne ne peut permettre la mort de cette dernière et nous ne pourrions contredire cette décision. Le Conseil d'Etat justifie sa décision également en mentionnant qu'il ne s'agit là, que d'une simple transfusion sanguine, qui ne peut constituer un acte inhumain et dégradant. Dans l'absolu peut-on qualifier d'inhumain un acte tendant justement à maintenir une personne en vie ? Cependant, le Conseil énonce une condition, sans doute élémentaire, à savoir la proportionnalité de l'acte médical. En effet, le Conseil insiste sur cette notion qui lui semble si importante. Cela signifie donc que les actes médicaux superflus auraient donné une solution différente, ce qui semble logique. Nous aurions dès lors pu considérer qu'il s'agit d'acharnement thérapeutique et donc d'une faute médicale.

Alors, quel avenir pour cette décision ? Il semblerait que le juge administratif ait continué sur cette lancée, même après la nouvelle consécration du refus de soins par la loi du 04 mars 2002. Dans une affaire similaire, une patiente décide de saisir le juge administratif de Lille pour arrêter la transfusion sanguine pratiquée sur elle, malgré son refus. Le 25 août 2002, le Tribunal administratif de Lille³⁴⁷ ordonne l'arrêt du traitement forcé. Néanmoins, le tribunal administratif ajoute qu' : *« alors qu'il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie, l'absence de respect de la volonté de Mme Carole G., personne majeure, par le centre hospitalier régional Hôtel-Dieu de Valenciennes constitue une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales ».*

³⁴⁷ Tribunal administratif de Lille, instance n°02-3138, ordonnance du 25 août 2002.

Certes le juge administratif ordonne l'arrêt des soins pratiqués contre le refus de la patiente en vertu du respect de son autonomie mais aussi à raison des droits fondamentaux soutenus par la plaignante, à savoir, les articles 3, 5, 8 et 9 de la CEDH relatifs à « *l'interdiction de la torture* », « *le droit à la liberté et à la sûreté* », « *le droit au respect de la vie privée et familiale* », « *la liberté de pensée, de conscience et de religion* ». Néanmoins, le juge précise qu'il adopte cette décision en raison de l'absence de preuve, de la part de l'établissement de soins, de la dispense « *nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie* ». Cela signifie donc qu'en présence d'une atteinte réelle pour la vie de la patiente la pratique de soins, outre sa volonté, aurait été tolérée et n'aurait souffert d'aucune contestation. Il semblerait que le droit à la vie soit, encore au dessus des autres principes fondamentaux cités.

Dans des faits similaires, le Conseil d'Etat s'est prononcé quant à lui, par ordonnance du 16 août 2002³⁴⁸, estimant que : « *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 ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale (...) une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état...* ».

Le Conseil d'Etat prend la même décision qu'en 2001, mais ajoute une condition, imposée par la loi du 04 mars 2002, celle de convaincre le patient d'avoir recours aux soins. Quelle est la valeur de cette condition ? Il semblerait qu'elle ne soit qu'une formalité *ad validitatem* dans la mesure où même à l'issue de cet entretien le médecin peut procéder aux soins lorsque le pronostic vital est engagé. Les conditions sont, cependant, toujours les mêmes, à savoir un acte médical « nécessaire » et « proportionné ».

Le professeur Vialla, d'après cet arrêt, considère que « les praticiens peuvent se voir confortés dans leur action, encore faut-il qu'ils respectent un certain nombre de conditions tant objectives que subjectives. Ils doivent, tout d'abord, établir le caractère indispensable de l'acte mais encore s'assurer de son caractère proportionné. Ils doivent, ensuite, tout mis en œuvre pour convaincre le patient d'accepter la transfusion. Cette dernière exigence nous renvoie, nécessairement, au deuxième principe fondamental : la recherche et le respect du consentement »³⁴⁹.

Enfin, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes³⁵⁰ dispose qu'en raison de : « *la demande (de) réparation du préjudice morale résultant de l'atteinte portée à sa volonté clairement exprimée, en qualité de témoin de Jéhovah, de refuser de recevoir tout produit sanguin ; que, quelques soient les erreurs et négligences qu'elle impute à*

³⁴⁸ Conseil d'Etat, référé, contentieux n°249552, ordonnance du 16 août 2002

³⁴⁹ F. Vialla, « Le refus de soins », in « *La religion dans les établissements de santé* » de F. Vialla et V. Fortier, Edition Les Etudes Hospitalières, Collection A la croisée des regards, 2013, p. 328.

³⁵⁰ Cour administrative d'appel de Nantes, n°04NT00534 du 20 avril 2006

l'équipe médicale du centre hospitalier de Honfleur, sans d'ailleurs établir la réalité, il résulte de l'instruction que les transfusions sanguines qui lui ont été administrées étaient indispensables à sa survie ; que dans ces conditions, la méconnaissance par le centre hospitalier du refus de Mme X de recevoir des produits sanguins ne peut être regardée comme fautive ; ».

La solution apportée par le Conseil d'Etat en 2001 semble donc perdurer, malgré la loi du 04 mars 2002 et, surtout, malgré le caractère « fondamental » du refus de soins au sens de l'article L. 521-2 CJA. La conciliation est alors opérée par le magistrat, lors de litiges. Cette solution semble, néanmoins, légitime, compréhensible et encourageante. Elle semble d'abord légitime car les magistrats font passer l'intérêt collectif au dessus des intérêts privés. Nous sommes tous concernés et confrontés par la mort et la fin de vie, la mort est une affaire sociétale dont l'Etat doit rester maître de son contrôle. Permettre le droit de mourir au nom de sa religion, c'est ouvrir la porte à toutes les dérives imaginables. En ce sens, cette décision est légitime. Elle est compréhensible pour le corps médical qui se voit tributaire d'une obligation de soins, mais qui ne peut accomplir en pleine conscience sa mission. Il fallait bien trouver un cadre permettant aux soignants d'intervenir sans crainte et sans risques dès lors qu'ils sont confrontés à un pronostic vital engagé. La solution est enfin encourageante dans la mesure où elle permet de déterminer une limite dans le développement des droits personnels et des libertés individuelles. L'idylle est facile, le développement du droit à l'autonomie personnelle, de la liberté de conscience paraît légitime et naturel pour le libertaire et le défenseur du « politiquement correct » mais quelle est l'issue de ce développement lorsqu'il est poussé à son paroxysme ? Peut-on, lorsque nous sommes Témoins de Jéhovah, prétendre à tout et même au droit de mourir, pourtant non reconnu par l'Etat ? L'Homme peut-il prétendre à tous ses désirs ? Peut-il posséder tout ce qu'il veut dès lors qu'il en exprime sa volonté ? Quel en serait le sens de sa vie ? La vie n'a de valeur et de saveurs que parce que nous sommes emplis d'espoir et de désirs inaccessibles. Ce sentiment de frustration est le moteur même de notre mécanique constructive. Les droits fondamentaux ne peuvent se multiplier au bon vouloir de la société, pourquoi ne pas aller créer un droit fondamental au beau temps, ou à la richesse, à l'amour tout autre désir d'un tout un chacun. Cette décision est encourageante car elle permet de prendre conscience qu'encore aujourd'hui, certaines valeurs existent encore, certaines valeurs permettent de limiter le refus de soins et le « droit à mourir » sur fondement religieux.

Paragraphe 3 : Les limites « d'ordre public » du refus de soins

Nous ne cesserons jamais de le rappeler, aucun droit, quelle qu'en soit sa nature, n'est absolu. S'il est possible de « hiérarchiser » les droits en raison de leur nature, de leur but, ou de la valeur protégée, il n'en est aucun qui ne souffre d'exceptions, de limitations ou de conciliations.

Ce refus de soins n'est pas non plus absolu dans la mesure où il engage face lui des responsabilités du corps médical. Il s'agira de se poser la question si le médecin qui

accepte le refus de soins ne peut pas être poursuivi pour « non-assistance à personne en danger ». Enfin il sera nécessaire de se demander si en raison de la nature des limites au refus de soins, nous ne pouvons pas considérer le « droit à la santé » comme étant de nature à intégrer la notion d' « ordre public ».

A) La non-assistance à personne en danger du corps médical face au refus de soins ?

Le refus de soins s'oppose inévitablement à l'obligation de soins dont sont tributaires les membres du corps médical. L'article L. 1110-1 CSP énonce que : « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, les autorités sanitaires, contribuent avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* ».

L'article 9 du Code de déontologie médicale, retranscrit à l'article R.4127-9 du CSP énonce 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* ».

Enfin, l'article 37, I, du même Code, retranscrit à l'article R.4127-37 du CSP énonce qu' : « *En toutes circonstances, le médecin doit d'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement...* ».

Ces deux textes, sont, parmi tant d'autres, des exemples du devoir du professionnel de santé. Il a le devoir d'intervenir, quelles qu'en soient les conditions, auprès des malades et des indigents. Il a une obligation d'intervenir auprès des mourants et des souffrants afin de panser leurs maux du fait de ses connaissances. Il est un homme « sage », humaniste, dont l'action ne peut avoir d'autre but que celui de dévouer ses services aux autres.

Ainsi, nous pouvons légitimement penser qu'en présence d'une personne mourante, le médecin qui n'intervient pas est susceptible de d'être poursuivi pénalement pour le délit de la non-assistance à personne en danger. L'article 223-6³⁵¹ du Code pénal énonce que : « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». L'alinéa second ajoute que : « *Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que,*

³⁵¹ Article 223-6 modifié par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000

sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

Un médecin se retrouve, nous supposons, chaque jour face à une personne en danger ou en péril. S'il refusait de dispenser les soins nécessaires à son rétablissement, ou du moins de mettre tout en œuvre en vue de la guérison ou du soin, selon l'obligation de moyen qui lui incombe, le médecin pourrait se voir poursuivi pour le délit de non-assistance à personne en danger et risquerait une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Ainsi, la Chambre criminelle³⁵², dans un arrêt du 17 septembre 1997, reconnut la culpabilité d'un médecin, sur le fondement de la non-assistance à personne en danger, pour ne pas avoir informé son patient qu'il était atteint du VIH et que ce dernier est décédé de la maladie quelques temps plus tard.

Lorsqu'une personne refuse les soins, il se peut qu'elle soit en situation de péril. Il se peut que les refus de soins entraînent inéluctablement sa mort. Le médecin se trouve dès lors dans un dilemme. Celui de savoir s'il outrepassé la volonté du malade ou du blessé au risque de voir sa responsabilité engagée ou de s'abstenir mais alors d'être poursuivi pour non-assistance à personne en danger du fait de son inaction.

En ce qui concerne la jurisprudence, un arrêt de 1973³⁵³ de la Cour de cassation vient poser le principe selon lequel, le médecin ne peut être poursuivi pour non-assistance à personne en danger dès lors que celle-ci refuse les soins. Les magistrats énoncent que : *« l'information n'a révélé à l'encontre de l'inculpé aucune faute professionnelle caractérisée qui puisse être un élément constitutif du délit d'homicide involontaire ou du délit de non-assistance à personne en péril, la thérapeutique adéquate prescrite par lui n'ayant pas été appliquée en raison du refus obstiné et même agressif de la dame X..., celle-ci ayant d'ailleurs signé un certificat constatant le refus de sa part des soins prescrits »*. Le médecin ne peut être tenu responsable du défaut de soins, lorsque celui-ci résulte d'un refus de la part du malade ou blessé. Il sera judicieux d'envisager une preuve matérielle du refus de soins telle que la signature d'une décharge ou mieux une déclaration de refus de soins.

La logique semble claire, en effet, nul ne peut être responsable des agissements d'autrui. Lorsqu'une personne refuse un traitement, elle est dans son bon droit et, *a priori*, nul ne peut intervenir. Nous l'avons vu, prodiguer des soins outre la volonté du patient peut entraîner l'allocation de dommages et intérêts et la mise en jeu de la responsabilité du médecin, de l'établissement de santé privé ou public. En somme, il serait donc absurde de sanctionner ledit médecin ou son établissement de santé en raison du respect de la loi. La question méritait, quand même, d'être posée car comment

³⁵² Cour de cassation, Chambre criminelle, du 17 septembre 1997, n°96-84972

³⁵³ Cour de cassation, Chambre criminelle, du 3 janvier 1973, n°71-91820

peut-on prouver le refus de soins ? En l'espèce, la patiente l'avait notifié par écrit. Aujourd'hui, l'article L. 1111-4 prévoit que la décision du patient est inscrite dans son dossier médical, de manière à ce qu'il reste une preuve de sa volonté. Le rôle du médecin est, en l'espèce, très compliqué. Nous pourrions le comparer à un funambule qui s'il se penche trop à droite ou trop à gauche risque de tomber. Il doit se maintenir sur sa ligne directrice qu'est le respect de la loi et de l'éthique. Néanmoins, la dispense et l'instruction de textes légaux durant la formation de médecine est nulle ou quasi nulle ce qui complique l'attitude du médecin en situations d'urgences. Est-il, à ce moment là, capable de se préoccuper d'autre chose que de la dispense de soins du patient. Les médecins, comme nous l'avons assez dit, sont des humanistes, ils respectent la volonté humaine mais surtout ont vocation à lui sauver la vie. Difficile, dans ces conditions, de devoir se rappeler les différents textes législatifs, réglementaires, jurisprudentiels qui tendent à sauvegarder leur responsabilité et leur dignité.

B) La santé, composante potentielle d'un nouvel ordre public ?

1) La santé, tous victimes et tous financeurs de soins

Premièrement, tout le monde est susceptible d'être confronté directement ou indirectement à la maladie. D'ailleurs, quelle poignée de main n'a jamais été conclue d'un « comment allez-vous ? » ou d'une phrase similaire. La santé est universelle en ce sens où elle nous concerne tous à des degrés différents.

Nous sommes tous également concernés par la maladie et la santé d'une manière indirecte. En effet, nous contribuons tous au financement de la santé, à la promotion du système de sécurité sociale basée sur la mutualisation des risques et à la solidarité. En effet, l'article L. 111-1 du Code de la Sécurité sociale, en son alinéa premier, énonce que : « *L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale* ».

L'alinéa 1 de l'article L. 111-2-1 dispose que : « *La Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie* ».

La santé est donc l'affaire de tous, le système de financement des soins est universel, il bénéficie à tous et à toutes à raisons des principes d'universalité de la santé prévu à l'article L. 1110-3, alinéa premier, selon lequel : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ».

Il a un caractère obligatoire, ce qui signifie que toute personne doit être affiliée à un régime de santé qui financera ses soins de manière quasi intégrale.

Enfin, l'assurance maladie a un caractère solidaire dans la mesure où nous sommes tous payeurs à travers les cotisations.

Des soins gratuits, des outils à la pointe de la technologie, comment pouvons-nous, dans ces conditions refuser des soins ? Lorsque dans des régions du monde,

certaines populations ne connaissent même pas la signification du mot « cancer », il paraît totalement invraisemblable de ne pas, au moins, essayer de lutter contre la maladie. La vie est le bien le plus précieux qui nous appartient, d'ailleurs toute législation n'a qu'un seul objet, réguler, encadrer la vie de chacun afin de permettre de la préserver.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le « droit à la santé » ou à « la protection de la santé » n'est pas absolu. En effet, le « droit au refus de soins » ou le respect de la vie privée et l'avènement de la liberté individuelle font de ce droit, une simple obligation de la part de la « Nation » de mettre tous les moyens en œuvre afin que ce droit soit respecté et atteint.

Le « refus de soins » n'est, malgré tout, pas absolu non plus. Nous l'avons déjà évoqué, lorsqu'il s'agit d'un refus de soins motivé par des considérations religieuses et lorsque la vie de la personne engagée, alors le médecin peut, sans crainte, outrepasser la volonté du patient. La question est de savoir s'il s'agit d'une possibilité laissée en raison de la liberté de conscience ou de religion qui serait en deçà du droit à « la protection de la santé » ou si la raison principale est la supériorité « absolue » du droit à la vie sur l'ensemble des autres droits fondamentaux ? La réponse est aisée dans la mesure où la jurisprudence semble considérer que lorsque le pronostic vital n'est pas engagé, alors le médecin qui outrepassa la volonté du patient, commet une faute.

2) Le droit à la vie et le droit à la protection de la santé un nouvel ordre public ?

Néanmoins, le « droit à la protection de la santé » et le droit à la vie sont du même acabit. Effectivement l'un ne peut aller sans l'autre. Nous ne pouvons vivre éternellement si nous sommes en mauvaise santé et nous mourrons la plupart du temps car nous sommes en mauvaise santé. Ce qui signifie concrètement que nous ne pouvons vivre correctement, de manière conforme aux exigences sociales, de manière digne lorsque nous sommes malades, mais en plus de cela, la maladie porte atteinte et détruit notre vie, notre droit le plus fondamental. Ces deux notions sont dès lors, plus que toutes autres, liées entre elles de manière à constituer un socle supérieur de droits fondamentaux. Par ce syllogisme, nous pouvons donc considérer qu'au-delà du droit à la vie, le refus de soins porte atteinte au droit à la protection de la santé.

Dès lors, nous pouvons nous poser la question de savoir s'il est possible de fortement limiter le droit au refus de soins par une notion cadre, celle d'ordre public, à laquelle les droits à la santé et à la vie seraient nécessairement intégrés ?

Il existe déjà, ce que l'on appelle un « ordre public sanitaire ». En effet, le professeur Bernadette Le Baut-Ferrarèse évoque déjà cette notion dans son article relatif à la consécration du refus de soins par l'arrêt « *Pretty* ». Qu'est-ce que cette notion peut bien recouvrir comme réalité ? Nous pouvons déjà imaginer qu'il s'agit de toutes les mesures imposées par la nécessité de préservation de la santé publique. A savoir, les mesures de quarantaines, l'information obligatoire du patient de la réalité de sa maladie

malgré son refus lorsqu'il existe un risque de contamination ou de transmission à des tiers (article L. 1111-2, alinéa 4 du CSP). L'auteur nous parle également de la vaccination obligatoire et cite à ce propos une décision de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans une espèce du 15 janvier 1998³⁵⁴, la Cour européenne a affirmé que l'obligation vaccinale ne constitue pas « *une ingérence dans le droit au respect de la vie privée* ». Elle ajoute que : « *La Commission estime que, pour ce qui est de l'objectif de la législation mise en cause, l'ingérence litigieuse est justifiée par la protection tant de la santé publique que de celle des intéressés eux-mêmes* ».

Cette décision va connaître une répercussion sur le plan national avec l'ordonnance du Conseil d'Etat du 16 août 2002. Le juge administratif ne manquera pas de rappeler que le médecin ne commet pas de faute quant : « *après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état* ».

Ces deux décisions viennent clairement freiner la liberté personnelle du patient et le respect de sa vie privée par l'imposition d'un traitement médical pour la préservation de la santé publique et de sa santé selon la Cour européenne et par corrélation pour la sauvegarde de sa vie selon le Conseil d'Etat.

Pour les professeurs Serge Guinchard et Gabriel Montagnier l'ordre public est une « vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et administratif. Son contenu varie évidemment du tout au tout selon les régimes. A l'ordre public, s'opposent, d'un point de vue dialectique, les libertés individuelles dites publiques ou fondamentales et spécialement la liberté de se déplacer, l'inviolabilité du domicile, la liberté de penser, la liberté d'exprimer sa pensée. L'un des points les plus délicats est celui de l'affrontement de l'ordre public et de la morale ».

Pour les deux auteurs, l'ordre public est donc, en réalité, le pouvoir pour l'Etat et ses organes d'imposer des règles contraignantes, tendant même à la limitation des libertés, qu'elles soient fondamentales ou non afin de justifier le maintien de certaines valeurs que sont la « *sûreté, la sécurité et la salubrité publique (selon l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales)* » et ce, sous le contrôle du Conseil d'Etat.

Ainsi, le Conseil d'Etat a souvent limité certaines libertés, même les plus fondamentales, notamment dans des arrêts concernant la liberté de réunion ou d'expression³⁵⁵ à l'intérieur d'un établissement public, de la liberté d'expression

³⁵⁴ CEDH n°26536/95 du 15 janvier 1998, « *Boffa et 13 autres c/ Saint-Marin* ».

³⁵⁵ Conseil d'Etat, ordonnance de référé, du 7 mars 2011, n°347171

concernant un spectacle humoristique³⁵⁶, de la liberté d'entreprendre par l'interdiction de l'ouverture d'un sex-shop³⁵⁷.

Le Conseil d'Etat se veut être le « juste censeur » des libertés publiques mais surtout protecteur de l'ordre public et le contrôleur des pouvoirs de police administrative dont disposent certains organes de l'Etat.

Pour revenir sur la santé, nous voyons clairement, à travers les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil d'Etat mais également du Conseil constitutionnel lorsqu'il approuve une loi limitant la propagande et la publicité d'alcool qu'il existe un ordre public sanitaire dans lequel fait partie de manière certaine le « droit à la vie », la préservation de la « santé publique » mais également, d'une manière moins directe, le droit « à la protection de la santé de l'individu » comme l'énonce la Cour européenne dans son arrêt « *Boffa c/ Saint-Marin* »

Le droit au refus de soins reste néanmoins nécessaire. Nous ne pouvons soutenir l'autonomie du patient et son indépendance s'il n'est pas en mesure de pouvoir réfuter une offre de soins. Ce refus de soins est fondamental et conditionne l'ensemble des progrès législatifs en la matière. Il est considéré comme droit fondamental par les magistrats européens et en droit interne à travers des principes phares, des principes conducteurs de notre société que sont le respect de la vie privée et des libertés individuelles.

Néanmoins, ce refus de soins ne peut être anarchique et absolu. Dans un premier temps car, même s'il est accepté en cas de risque de mort, son « absolutisme » pourrait mener à la consécration de droits néfastes pour l'homme et pour sa considération. Deuxièmement, comme pour les jurisprudences d'avant 1994, il doit faire l'objet de responsabilisation de la part de son auteur. A savoir, quant au « *quantum* » d'indemnisation, nous pensons qu'il doit se limiter aux préjudices potentiellement constatés après l'intervention médicale refusée pour éviter la recherche du « tout pécuniaire » et ainsi privilégier l'handicap financier à l'handicap physique et la protection de l'intégrité de l'individu. Le refus de soins, tant fondamental soit-il, doit trouver son intérêt et sa portée dans la manifestation de l'autonomie et l'indépendance de la personne et non dans les abus susceptibles d'en découler comme l'ouverture du « droit à mourir » et la « marchandisation du corps humain ».

Le droit à l'information ou le droit au refus de soins constituent donc le droit « *au consentement libre et éclairé* » envisagé par l'article L. 1111-4 CSP. L'information étant indispensable pour la compréhension de la personne par rapport à la thérapie envisagée, le droit au refus de soins réifiant la liberté de la personne face à l'offre de soins, ces droits viennent protéger l'individu contre les atteintes que sa santé peut subir.

Véritables « libertés publiques », le droit à l'information et au refus de soins procèdent au respect du droit à la santé envisagé sous l'angle des droits subjectifs. La

³⁵⁶ Conseil d'Etat, ordonnance de référé, du 9 janvier 2014, n°374508

³⁵⁷ Conseil d'Etat, ordonnance de référé, du 8 juin 2005, n°281084

Cour de cassation ou le Conseil d'Etat veillent donc à leur respect en opérant un « contrôle de proportionnalité ». Les deux juridictions s'appliquent à préserver l'équilibre entre droit subjectif à la santé et « droit-créance », impliquant une certaine contrainte. Si le Conseil constitutionnel demeure réticent concernant le primat du droit subjectif à la protection de la santé comme nous le verrons dans notre seconde partie, il n'est pas avare en ce qui concerne les mesures de protection du « droit-créance ». Enfin, en ce qui concerne la CEDH, elle aussi opère, à l'image du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation un contrôle de proportionnalité permettant à l'individu de rester maître de sa santé et autonome tout en reconnaissant la nécessité d'une contrainte.

TITRE II – LE CONSENTEMENT AUX SOINS : UNE RÉALITÉ PLUTÔT PESSIMISTE

L'information du patient et son droit au refus de soins constituent donc l'approche optimiste du droit à la santé, une approche qui préserve le droit subjectif du patient. Néanmoins, cette approche optimiste est vite effacée par un certain nombre de règles qui viennent limiter le consentement de la personne. Ainsi, certaines pratiques médicales impliquent une certaine contrainte. Cette contrainte peut être positive ou passive.

Elle est positive lorsque la personne subie des soins auxquels elle n'a pas encore consentie, lorsque son consentement n'est pas respecté ou lorsque ce dernier n'est pas recueilli. Cette absence de consentement est souvent expliquée par une impossibilité absolue d'un recueil, lorsque la personne est inconsciente, ou impossibilité relative lorsque la personne connaît une déficience mentale passagère ou permanente. Dans un souci de protection de la personne, dans un souci de protection de sa santé, de sa vie ou encore de la préservation de l'ordre public, la loi permettra donc au corps médical de pratiquer les soins. La législation française est-elle alors pourvue d'outil permettant d'établir un consentement ou une présomption de consentement de sorte à ce que ce dernier soit préservé? De manière plus critiquable, la contrainte positive peut également exister, non pas en raison d'un impossible recueil du consentement, auprès de personnes parfaitement lucides ou capable. Ainsi, l'obligation vaccinale constitue un véritable frein au libre consentement de la personne pourtant en pleine possession de ses moyens intellectuels.

La contrainte est également négative lorsque la volonté de la personne de recourir aux soins existe mais que la loi ne lui permet d'y accéder. Ainsi, en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG), de procréation médicalement assistée (AMP) ou de fin de vie, le consentement de la personne est totalement inopérant.

Il s'agira donc d'envisager l'ensemble des contraintes médicales, que celles-ci soient positive (Chapitre 1) ou négative (Chapitre 2) afin d'établir une lecture plus pessimiste du droit au consentement aux soins. Malgré les beaux principes édictés par les premiers articles du Code de la santé publique, nous nous apercevrons qu'en réalité le libre consentement de la personne est loin d'être pleinement consacré par le législateur.

CHAPITRE PREMIER – L’INTERVENTION MÉDICALE SANS CONSENTEMENT DU PATIENT

Comme nous le constaterons dans ce chapitre, le patient est, malgré les principes préalablement évoqués, souvent victime d’une atteinte à son intégrité physique, à sa santé par des atteintes positives dictées par la loi afin de protéger des valeurs telles que la vie ou la santé. Ces deux notions sont très proches, voire synonyme en ce sens ou protéger la santé de la personne conduit, *in fine*, à protéger sa vie. Cette législation contraignante se justifie par la primauté de l’état de la personne ou des personnes. En effet, comme nous le constaterons, si l’argumentation tendant à la protection de la personne est souvent accueillie, comme lorsque la personne est dans un état d’inconscience et que l’urgence dicte l’intervention médicale, nous admettrons également que la protection de la personne revêt un aspect collectif. Se protéger contre les maladies, c’est aussi protéger l’ensemble des individus qui nous entourent. Si sur cent personnes, quatre-vingt-dix-neuf sont vaccinées alors une épidémie peut être endiguée, encore que.

Pourtant le législateur a essayé, a travaillé pour faire en sorte que la personne soit la plus libre possible face à l’offre de soins. La loi « *Kouchner* » du 04 mars 2002 et les principes qu’elle invoque en sont la preuve. Pourtant, aujourd’hui encore, en certains domaines, des efforts sont encore à fournir. Doit-on alors compter que sur les politiques pour espérer une évolution ? La réponse est doublement négative.

D’une part, nous pouvons également compter sur la jurisprudence qui, au fil des procédures, peut dégager des principes, des interprétations. Cette voie reste cependant limitée, les jurisprudences *contra legem* n’ont pas vocation à subsister longtemps, ne s’appliquent qu’aux cas d’espèces, n’ont pas nécessairement de portée générale. La jurisprudence constitutionnelle, en revanche, semble bien plus efficace surtout depuis l’ouverture de la procédure de saisine a posteriori par l’article 61-1 de la Constitution, qui a notamment permis de modifier substantiellement la législation concernant l’hospitalisation sans consentement.

D’autre part, même lorsque le législateur prend de nouvelles mesures celles-ci sont parfois décevantes, trop timides. Comme nous le constaterons, la législation française est bien trop souvent arriérée vis-à-vis des législations d’autres Nations. L’exemple le plus frappant est celui des directives anticipées qui sont soumises à une procédure complexe et lourde et pourtant bien moins contraignantes, en matière décisionnaire, que celles envisagées en Espagne par exemple.

Si le droit « absolu » au consentement en matière médical n’est ni souhaitable, ni envisageable car il aboutirait sur un excès de liberté s’avérant dangereux pour l’Homme. Nous constaterons au long de ce chapitre que la législation vide, cependant, souvent les principes préalablement évoqués de leur substance. L’étude de la dispense des soins lorsque la personne se trouve hors d’état de s’exprimer (SECTION I), la législation

vaccinale (SECTION II), l'hospitalisation sans le consentement (SECTION III) forment un ensemble de règles ne tenant pas compte de la volonté de la personne. Enfin, nous constaterons que des pratiques médicales peuvent également être contraignantes lorsque l'institution judiciaire l'exige (SECTION IV) en matière pénale ou encore en droit de la famille.

SECTION I – LE PATIENT HORS D'ETAT D'EXPRIMER SA VOLONTÉ

La loi et le règlement, à travers le Code de déontologie, envisagent les situations où la personne se trouve hors d'Etat d'exprimer sa volonté. La jurisprudence, quant à elle, est venue à apporter des précisions sur l'ensemble de ces règles (Paragraphe 1). S'il demeure évident qu'en de pareilles situations, le médecin s'inspire de son obligation de soins, la situation paraît délicate dans la mesure où la personne n'avait peut être pas l'intention de se faire soigner. Le législateur est alors intervenu pour apporter des « solutions » afin de déterminer quelle est la volonté réelle de la personne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une situation encadrée par la loi et la jurisprudence

La situation semble classique, quotidienne et routinière, celle de la personne victime d'un accident arrive aux urgences dans un état d'inconscience, un état dans lequel il est incapable d'exprimer sa volonté. Il s'agit pourtant d'une situation délicate pour le corps médical, qui dans un premier temps ne va penser à autre chose qu'à soigner la personne mais qui, par la suite va se demander si son action ne va pas impliquer une mise en responsabilité de la part des proches ou de la personne elle-même à son réveil pour différentes raisons, notamment, le défaut d'information médicale et la pratique des soins, outre le consentement de la personne.

A) Une situation largement envisagée par la loi

Principalement le législateur de 2002 a envisagée cette situation afin de préserver la responsabilité du corps médical mais, outre cela, pour préserver le fonctionnement de l'institution médico-hospitalière.

1) La loi française à propos de la personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté

Cet état d'inconscience pénalise la personne inconsciente de son droit à l'information et de son droit au refus de soins.

a) *L'impossible information de la personne inconsciente*

L'article L. 1111-2 qui prévoit une obligation d'information pour l'ensemble des professionnels de santé, envisage néanmoins des exclusions de responsabilité du médecin pour défaut d'information en cas d'« *urgence* » ou d'« *impossibilité* ». En effet, l'alinéa second dudit article énonce qu'en ce qui concerne l'obligation d'information du médecin « *Seules l'urgence et l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser* ».

Nous imaginons donc bien la situation d'urgence, où l'état du patient, du blessé nécessite une intervention des plus promptes ou l'impossibilité pour les cas où ce patient ou blessé serait dans un état d'inconscience qui ne lui permettrait pas d'être informé.

Alors, dans ces cas là, la question est de savoir si le médecin est dépourvu, d'une manière totale, de son obligation d'information ou si cette obligation d'information doit être déversée sur une tierce personne. D'une manière générale, sans distinguer des situations traditionnelles de la situation d'« *urgence* » ou de l'« *impossible* » délivrance de l'information, la situation du mineur ou du majeur sous tutelle semble être la même. Dans la mesure où l'alinéa 5, de l'article L. 1111-2 CSP énonce que « *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. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5...* ».

En ce qui concerne les mineurs ou les majeurs sous tutelle, les situations où la délivrance de l'information est impossible n'impacte pas de changement dans la mesure où la personne malade, blessée n'est pas directement titulaire d'un droit à l'information.

Alors, quid de l'information de l'entourage de la personne capable et majeure ? L'entourage de cette personne bénéficie-t-elle d'un droit d'information créant une obligation à la charge du médecin ? La réponse se trouve en réalité dans le Code de déontologie médicale et à l'article R.4127-36 du Code de la Santé publique et notamment en son alinéa 3 qui énonce que : « *Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité* ».

Le texte, rédigé sous le style impératif, impose au professionnel de santé d'informer et de prévenir les proches du malade or les cas d'« *urgence* » ou d'« *impossibilité* ». Le médecin est donc soumis à une obligation d'information de l'entourage du malade avant même de pratiquer toute intervention sur ce dernier. Les conditions d'« *urgence* » et d'« *impossibilité* » décrivent les situations dans lesquelles il sera toléré, pour le médecin d'informer les proches après l'intervention médicale. En ce qui concerne la preuve, la rédaction de l'article impose une obligation de résultat. À ce titre, le médecin devra prouver, qu'à défaut de la délivrance de l'information, il a tout mis en œuvre afin d'y parvenir.

Mais quelle est la sanction du non-respect de cette disposition réglementaire issue du Code de déontologie médicale, texte instituant des règles propres au fonctionnement interne de l'ordre des médecins. La professeur Pierre Sargos³⁵⁸ se pose dès lors la question de savoir si « des patients victimes d'une faute médicale » peuvent « se prévaloir à l'appui de leur action en dommages-intérêts, d'un manquement déontologique ? ». La question est pertinente dans la mesure où les sanctions judiciaires, sont en principe, issues de la loi. Il en va ainsi de la sanction pénale en vertu du principe de la légalité des délits et des peines. En ce qui concerne la responsabilité contractuelle ou délictuelle, en droit civil, elle découle certes de la violation d'un acte juridique (contrat) ou d'un fait juridique (dommage causé accidentellement) mais trouve son origine dans la loi qui envisage les diverses situations.

L'auteur répond qu'*a priori* les textes réglementaires dont la source se trouve dans le Code de déontologie médicale ne constitueraient qu'« une loi interne à la profession s'imposant aux juridictions professionnelles et les tiers ». Il avance cela en s'appuyant sur le « *Traité de droit médical* » de 1956.

Puis, c'est dans un arrêt de 1997³⁵⁹ de la Cour de cassation que le juge s'est prononcé sur cette question. Le juge, énonce que « *la méconnaissance des dispositions du Code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui d'une action en dommages-intérêts, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle* ». Le Code de déontologie médicale étant empreint d'une valeur normative du fait de sa transposition dans le Code de la santé publique par décret, il semble normal que toute norme puisse fonder une action en réparation devant les juridictions compétentes. La Cour de cassation ajoute, que cela n'enlève en rien le caractère disciplinaire du texte qui reste néanmoins applicable devant les juridictions ordinaires, qui elles, ne peuvent allouer de dommages-intérêts.

En ce qui concerne le juge administratif, de la même manière que le professeur Sargos nous considérons que ledit code est directement applicable devant lui. La transposition du Code de déontologie médicale en décret lui confère « un caractère normatif dont on voit mal que la transgression ne puisse servir de base à une action en dommages-intérêts devant la juridiction compétente »³⁶⁰. Ainsi, le Conseil d'Etat n'hésite pas invoquer le Code de déontologie médicale dans ses solutions. Il considère dans un arrêt du 14 février 2014³⁶¹, par exemple, qu'en matière d'arrêt de traitement le médecin

³⁵⁸ P. Sargos, « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », Dalloz 2007, p.811

³⁵⁹ Cour de Cassation, Première chambre civile du 18 mars 1997, n°95-12576

³⁶⁰ P. Sargos, « La révolution éthique des code de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *op. cit.*

³⁶¹ Conseil d'Etat, Assemblée du 14 février 2014, n°375081.

est tenu de respecter « la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale... ».

Le médecin face à une personne inconsciente devra donc informer ses « *proches* » sous peine de voir sa responsabilité civile engagée, ainsi que sa responsabilité disciplinaire.

b) L'impossible recueil du consentement ou du refus de soins

En matière de consentement ou de refus de soins, les alinéas 4 et 5 de l'article L. 1111-4 CSP énoncent les principes lorsque la personne est hors d'état d'exprimer son consentement.

L'alinéa 4 énonce que : « *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* ».

L'alinéa suivant, quant à lui, dispose que : « *Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical* ».

Comme pour l'obligation d'information et l'article R.4127-36 CSP, le médecin a l'obligation de « *consulter* » diverses personnes directement citées par le Code de la santé publique. Avant d'envisager les différentes options soumises au professionnel de santé, il s'agira d'analyser la portée ces deux alinéas.

Pour le premier il s'agit bien du recueil du consentement de la personne « *hors d'état d'exprimer sa volonté* » afin de procéder à une « *intervention* » ou une « *investigation* ». Pour réaliser l'un ou l'autre de ces actes médicaux, le médecin doit « *consulter* » une série de personnes, énoncé, visiblement, par ordre de priorité. En effet, la syntaxe nous laisse présumer qu'il existe un ordre de préférence, qui semble légitime, dans l'énumération des personnes à contacter. Il s'agit, en premier lieu, de la personne de confiance. Prévue par les textes, notamment l'article L. 1111-6 CSP, la personne de confiance est une personne qui assiste de manière assidue le malade durant son parcours médical. Elle est présente aux entretiens avec les professionnels de santé et est censée connaître, précisément, la volonté de la personne malade lorsque cette dernière n'est plus en mesure de s'exprimer. En second lieu, il s'agit de la famille qui est, également, supposée constituer le cercle le plus proche autour du malade. La famille est réellement en mesure de déterminer la volonté du patient ou du moins prendra la meilleure décision pour lui. Néanmoins, il se peut que le « conseil de famille » ne soit pas d'accord, comment alors privilégier un avis plutôt qu'un autre ? Enfin, « *à défaut* » les

proches pourront également être consultés pour les mêmes raisons. L'utilisation de l'expression « à défaut » nous confirme qu'il existe un lien de hiérarchisation dans la consultation des personnes proches du malade. La personne, spécialement prévue par la loi à cet effet semble logiquement avoir un avis privilégié. Néanmoins, cette personne de confiance n'est pas automatiquement désignée. En tout état de cause, l'ensemble de ces personnes sont « consultées ». La question est donc de savoir quelle est la réelle valeur de cette consultation ? Littéralement parlant, la consultation signifie aller prendre l'avis d'une personne à propos d'un sujet. Un avis est défini comme étant une : « opinion exprimée avant ou dans un délibération, émanant d'un conseil (...) et n'ayant pas force de décision »³⁶². Comme la définition l'énonce clairement, l'avis émanant de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche n'aura nullement la force de décision mais constituera une simple indication. Ce qui semble logique dans la mesure où il serait éthiquement, moralement anormal qu'une personne, autre que le professionnel de santé qui maîtrise parfaite la situation d'un point de vue clinique, puisse décider de la pratique ou non d'« investigation » ou d'une « intervention ». Ainsi, pour le professeur Diane Roman, l'état d'inconscience de la personne « permet ainsi au médecin de retrouver intact son pouvoir d'appréciation et fait resurgir dans son intégralité le principe de bienfaisance, en d'autre endroits battu en brèche par l'affirmation de la primauté de la volonté du malade »³⁶³.

L'alinéa suivant concerne une autre situation. Si dans l'alinéa 4 de l'article L. 1111-4, le texte concerne la production de soins, l'alinéa 5 quant à lui concerne la « limitation ou l'arrêt d'un traitement susceptible de mettre sa vie (du malade) en danger... ». Cette situation est donc plus critique, sensible que la précédente dans la mesure où elle concerne l'atteinte à la vie, à la santé et à l'intégrité physique du malade. Dans ces circonstances, les conditions de prise de décision sont plus drastiques que celles de l'alinéa précédent. Outre la consultation des personnes préalablement citées, il est nécessaire, également de prendre en compte les « directives anticipées », si elles ont été réalisées, qui constituent les souhaits du malade, exprimés lorsque celui-ci était en pleine conscience. De plus, la mise en place d'une « procédure collégiale » est nécessaire à la prise de décision qui n'appartient plus au médecin seul. Néanmoins, selon l'article 37 du Code de déontologie médicale, le médecin a l'initiative de la « procédure collégiale » à raison des avis des personnes consultées ou des « directives anticipées ».

Concrètement, l'article 37, II, alinéa second énonce que : « La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe de soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est demandé par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile ». L'alinéa 5 du II énonce que : « La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est motivée. Les avis recueillis, la nature et

³⁶² Définition du mot « avis » selon le dictionnaire de français Larousse en ligne.

³⁶³ D. Roman, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », RDSS 2005, p. 423.

le sens des concertations qui ont eu lieu au sein de l'équipe de soins ainsi que les motifs de la décision sont inscrits dans le dossier du patient. La personne de confiance, si elle a été désignée, la famille ou, à défaut, l'un des proches du patient sont informés de la nature et des motifs de la décision de limitation ou d'arrêt de traitement ». Enfin, le grand III dispose que : « *Lorsqu'une limitation ou un arrêt de traitement a été décidé (...) le médecin, même si la souffrance du patient ne peut pas être évaluée du fait de son état cérébral, met en œuvre les traitements, notamment antalgique et sédatifs, permettant d'accompagner la personne (...) Il veille également à ce que l'entourage du patient soit informé de la situation et reçoive le soutien nécessaire* ».

La collégialité est donc nécessaire afin de prendre une décision de limitation ou d'arrêt de traitement. Cela peut légitimement se comprendre afin d'éviter toute dérive liée à la volonté d'une seule personne. Il faut que le médecin « *en charge du patient* » se concerta avec une « *équipe de soins* » et surtout qu'il fasse appel à un médecin tiers, avec lequel il agit en toute indépendance, afin d'éviter les conflits d'intérêts. Ce duo de médecins peut faire appel à un autre confrère si il estime que cela est nécessaire, si les deux médecins ne parviennent pas à être d'accord ou s'ils doutent sur l'opportunité d'un tel acte. Les discussions et arguments avancés sont inscrits dans le dossier du patient afin de garder un trace écrite de la motivation des médecins.

La décision et les motivations sont, ensuite, transmises aux personnes mentionnées par le Code. L'article L. 1111-4 insiste également sur le fait que la décision doit être « *motivée* ».

L'article démontre une certaine solennité envers cette procédure. Cela semble plutôt logique dans la mesure où elle est entachée d'une certaine gravité. En effet, il s'agit d'une décision qui va porter atteinte à l'intégrité physique de la personne, à sa santé, dans un premier temps, puis éventuellement à sa vie. Il faut donc sauvegarder une certaine procédure qui semble beaucoup plus restrictive que certaines législations étrangères. Cette procédure semble restrictive car, outre l'avis de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche, qui ne sont plus conditionnée par l'« *urgence* » ou une « *impossibilité* » (il s'agit donc d'une double obligation pour le médecin, la consultation d'une personne mentionnée par l'article et le respect de la « *procédure collégiale* »), elle nécessite également la volonté du médecin en charge du patient qui estimera, seul, de l'opportunité d'organiser la « *procédure collégiale* » obligatoire. Vouloir arrêter un traitement est une chose, la nécessité de l'arrêt d'un traitement en est une autre. La question pour le médecin va donc être de savoir s'il existe une chance pour que l'état de la personne s'améliore à raison de son traitement. Si la réponse est positive, nul doute que le médecin refusera d'entamer la procédure d'arrêt ou de limitation de soins. C'est alors, suite à une discussion avec un ou deux autres médecins, peut-être connaisseurs de thérapies alternatives, que ce conseil décidera ou non d'enclencher la procédure de l'article L.1111-4, alinéa 5.

D'un point de vue éthique, de la conscience et de la morale, il est délicat de devoir ou de pouvoir décider de la mort d'autrui. Pour les croyants, par exemple, seul Dieu est

en mesure de donner ou d'enlever la vie. Cette conception spirituelle s'oppose à la réalité parfait beaucoup plus compliquée. Ainsi, les « Associations familiales catholique » (AFC) ont déclaré à propos de l'affaire Vincent Lambert : « une telle décision remet gravement et profondément en cause l'humanité de notre société et altère durement la confiance que les Français pourraient avoir dans la justice, dont ils attendent qu'elle les protège quel que soit leur état de santé³⁶⁴ ». Pourtant, pour soutenir le droit au respect du consentement de la personne en matière médicale, il est nécessaire que l'avis de la personne de confiance, ou de la famille ait plus d'impact sur la décision du médecin.

Certains pourront effectivement penser que couper le traitement d'une personne incapable de s'exprimer s'apparente au meurtre. La disposition du Code pénal ne peut être plus claire ou explicite : « *Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle*³⁶⁵ ». Sans rentrer dans des analyses pénalistes impliquant le fait de savoir si le meurtre nécessite un acte positif ou non, cette situation correspond à une interprétation stricte de la loi pénale. Il s'agit donc d'un crime, infraction nécessitant une volonté de porté atteinte à la vie d'autrui et une action dont la conséquence directe serait la mort de la victime. En l'espèce, selon cet alinéa, les faits décrits correspondent bien à un meurtre. Il y a la volonté manifeste de porter atteinte à la vie du malade par la décision entreprise à l'issue de la procédure. Et la limitation ou l'arrêt du traitement qui constitue l'action qui va causer la mort du patient. Néanmoins, nous pouvons nous interroger sur la réelle volonté criminogène de donner la mort en l'espèce. Nous pouvons considérer qu'il y a effectivement une volonté de voir la personne partir, pour diverses raisons telles que la souffrance que peut endurer une famille à observer durant des mois, ne plus supporter de voir le patient souffrir, le désespoir de trouver une thérapie permettant des réels progrès. En réalité, la volonté de la personne de confiance, de la famille ou du proche n'est pas tellement de voir la personne mourir mais plutôt stopper l'acharnement thérapeutique, interdit par la loi, afin que la personne soit en « paix ». Néanmoins, lorsque la personne décide de l'arrêt du traitement, qu'elle est certaine que cette entreprise va mener le patient à la mort, elle est consciente de la réalité qui s'impose à elle, sa volonté va entraîner la mort du patient.

Moralement, lesdits actes sont donc condamnables et s'apparentent à une violation de la loi. Juridiquement, une disposition du Code pénal vient préserver la responsabilité pénale de l'auteur des l'arrêt ou de la limitation du traitement. Il s'agit de l'article 122-4, alinéa 1, du Code qui dispose que : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Le médecin, la personnes ayant fait la demande de la mise en place d'une « procédure collégiale » n'est donc pas responsable pénalement dans la mesure où il agit dans le cadre de la loi.

³⁶⁴ Source LeMonde.fr, rubrique Santé du 26 juin 2014.

³⁶⁵ Article 221-1 du Code pénal

2) Les législations étrangères relatives à la personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté

La loi belge du 22 août 2002 reste quelque peu évasive à propos des patients qui ne sont pas en état de s'exprimer. Nous pouvons néanmoins, trouver deux dispositions relatives à cette situation. Il s'agit de l'article 8 § 4 et § 5 de la loi. Selon le §4, alinéa 4 : « *Si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même* ».

Il s'agit là de l' « équivalent » de nos directives anticipées. Le médecin devra donc obligatoirement se baser sur les directives anticipées du patient, sans rechercher un autre de moyen de pouvoir appuyer sa décision. Seul un changement de décision de la part du patient peut entraîner ce changement de position. Cela signifie qu'en Belgique, c'est le patient qui décide véritablement du sort qu'il estime le mieux pour lui. Le professionnel de santé ne fait intervenir aucune autre personne dans la relation patient-médecin.

En ce qui concerne le paragraphe 5, il dispose que : « *Lorsque, dans un cas d'urgence il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant (...), toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le praticien professionnel dans l'intérêt du patient. Le praticien professionnel en fait mention dans le dossier du patient* ».

Cette disposition rejoint en réalité la législation française sur la notion d'urgence, dans laquelle le praticien décide lui seul, en toute autonomie de pratiquer les soins nécessaires au rétablissement de la personne. Sur ce point, contrairement à la disposition précédente, la Belgique rejoint totalement la France. Cela signifie donc, *a contrario*, en dehors des cas d'urgences, le médecin doit toujours rechercher la volonté exprimée du patient ou de son « *représentant* ».

En ce qui concerne la législation québécoise, le Code civil en ses articles 11, 12 et 13 traitent des situations où le patient n'est pas à même d'exprimer son consentement.

En premier lieu, l'article 11, alinéa 2 dispose que : « *Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personnes autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer* ». En droit positif, il s'agit de la « *personne de confiance* » prévue à l'article L. 1111-6. Cette disposition permet, dans les situations où la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté de faire savoir ce qu'elle aurait décidé en matière de soins à travers une tierce personne. Cette disposition démontre une certaine différence avec la législation française. S'il s'agit, effectivement, du même concept que celui de la « *personne de confiance* », sa fonction semble se différencier de celle prévue par le Code de la santé publique. En effet, alors qu'en France, la personne de confiance n'est que « *consultée* », au Québec, la législation lui donne le pouvoir de décider pour la personne inconsciente. L'alinéa 2 évoque la

notion de « remplacement » du consentement. Il s'agit d'un réel transfert dans la prise de décision.

L'article 12 quant à lui dispose que : « *Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester* ». L'alinéa second poursuit en énonçant que : « *S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère* ».

Cette disposition diffère totalement de notre législation dans la mesure où elle met à la charge de la personne qui décidera de la nécessité des soins un certain nombre d'obligations, du moins, un certain nombre de vérifications nécessaires au respect de la personne inconsciente. Il doit, normalement, s'agir d'un proche dans la mesure où, « *dans la mesure du possible* », la personne qui décide des soins ou les refuse doit agir dans « *l'intérêt de la personne* » et doit mettre en œuvre un travail de souvenir, afin de déterminer si la personne inconsciente, avait émis son choix en cette hypothèse de son vivant.

Ensuite, lorsque la personne décide qu'il est préférable de recourir aux soins, elle doit s'assurer du bienfait, qu'ils sont nécessaires et ce en dépit de l'ensemble des effets secondaires ou conséquences subies par le patient et qu'ils ne relèvent pas de l'acharnement thérapeutique. Concrètement, la personne qui décide de la nécessité des soins, doit être de manière assidue au chevet du patient inconscient afin de vérifier les agissements du corps médical et éviter les acharnements thérapeutiques ou obstinations déraisonnables.

Il n'est nullement mentionné, en revanche, des obligations et précautions dont doit s'assurer le décideur en cas de refus de soins. Le législateur semble tendre vers une méfiance accrue du corps médical ou vers un libéralisme corporel et vital exacerbé. En effet, la personne disposant du « pouvoir » de décision en lieu et place du malade n'est soumise à aucune obligation particulière en cas de refus de soins, même si cela peut, éventuellement mettre en péril la santé de la personne et donc indirectement sa vie. Cette législation est donc opposée à celle de la France dans la mesure où la contrainte se trouve en cas de décision de limitation ou d'arrêt de soins, alors que la décision, l'avis de soins ne justifie aucune procédure particulière. Quel sens donner à cette divergence ? Dans son caractère traditionaliste, la France semble, une fois de plus justifiée sa réputation, cela n'étant, en l'espèce, pas une mauvaise chose. Alors que le droit positif privilégie, comme nous l'avons vu, le droit à la vie sur tout autre chose, il semblerait que le Québec, dans tradition libérale, semble privilégier les libertés individuelles ou personnelles et sacraliser le corps humain, le protéger, de manière absolue à toutes atteintes, même lorsque ces dernières auraient pour but d'améliorer les conditions de vie du malade, sa santé, son intégrité physique ou physiologique et de prolonger sa vie. Ces deux législations sont diamétralement opposées par des conceptions diverses. La comparaison de cette législation avec la notre démontre le retard que nous pouvons accumuler par notre attachement à des valeurs traditionalistes telles que la protection

de la vie ou de la santé face à des valeurs plus modernes comme la protection de la volonté, du consentement, la protection des libertés individuelles ou personnelles. Pas à pas, la France dégage des règles qui tendent à la modernisation, il en est ainsi de la loi du 04 mars 2002 qui se limite néanmoins par crainte, timidité face aux enjeux modernes. Est-ce un tort ? S'il est nécessaire, dans une société démocratique que les libertés individuelles et personnelles soient préservées, il en est tout autant que cette préservation et ce développement s'opère dans le respect d'un cadre.

Enfin, l'article 13 semble nuancer la position québécoise quant à la considération de la vie de l'individu ou du respect de son corps. Il dispose qu' : « *En cas d'urgence, le consentement aux soins médicaux n'est pas nécessaire lorsque la vie de la personne est en danger ou intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile* ». En effet, cet article crée une présomption de consentement aux soins lorsque l'urgence l'impose. Cette disposition est similaire aux dispositions françaises dans la mesure où elle ne nécessite aucun avis, aucune expression de volonté de la part du « mandataire sanitaire », de la famille ou des proches. Nous n'en doutons pas, la création d'une présomption de consentement en matière d'urgence démontre l'attachement de tout être humain, de toutes « Nations » à cette valeur qu'est la vie.

B) Une situation envisagée par la jurisprudence

1) Une obligation jurisprudentielle en conformité avec la loi

L'obligation d'information de la famille de la personne hors d'état d'exprimer son consentement n'est pas nouvelle. En effet, la doctrine note l'existence d'arrêts de la Première chambre civile du 8 novembre 1955 faisant état de cette obligation d'information de la famille. Notons qu'en matière judiciaire, la jurisprudence est quasi inexistante en ce domaine.

S'agissant du juge administratif, la jurisprudence demeure rare mais relativement plus importante qu'en matière judiciaire. Cela s'explique, sans doute, par la prise en charge des situations d'urgence par des structures hospitalières. Dans un arrêt de 1991³⁶⁶, le Conseil d'Etat confirma la décision de la juridiction de l'ordre des médecins, de suspendre un médecin de toute activité en raison de l'expérimentation pratiquée sur un patient « *en état végétatif chronique* » sans avoir essayé de « *prévenir les proches* » du malade. Cette suspension est intervenue par la violation de l'article 7 de du Code de déontologie médicale qui disposait à l'époque des faits que : « *La volonté du malade doit toujours respectée dans toute la mesure du possible. Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés* ».

³⁶⁶ Conseil d'Etat, Sous-section 4 et 1 réunies, du 04 octobre 1991, n°100064.

En outre, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes³⁶⁷ confirma la décision de suspension d'un médecin ayant, sans avoir prévenu la famille, ni même respecté la procédure collégiale, arrêté « *tout traitement* » d'un patient et lui avoir administré « *une dose massive de morphine par voie intra-veineuse directe, dont les effets escomptés ne pouvait être la sédation d'un état douloureux mais de précipiter le décès* ».

Ces deux situations démontrent que lorsque l'urgence n'est pas de mise, le médecin est tenu de prévenir la famille de la situation. En effet, qu'il s'agisse d'une expérimentation médicale ou d'un arrêt de traitement, ces situations, de par leur gravité, exigent une prise de conscience de la part des proches qui doivent, selon l'application de la loi exprimer un avis. Le manque de jurisprudence en ce domaine fait néanmoins découler plusieurs hypothèses. La première suppose que la loi est parfaitement respectée et qu'hormis les cas d'urgence ou d'impossibilité, le médecin informe systématiquement la famille ou les proches de la personne inconsciente. La seconde hypothèse, plus sombre, admet que ces pratiques sont plus fréquentes que ce que l'on pourrait croire et que la connaissance de tels actes est inexistante de la part du personnel de direction de centres hospitaliers ou encore de l'administration.

Seule l'urgence ou l'impossibilité, la force majeure, conduit donc le praticien à s'exonérer d'une telle charge. Ainsi, lorsque « des atteintes multiples ou non des fonctions vitales nécessitant un traitement dans un bref délai, un très bref délai ou même immédiatement sous peine d'une évolution létale ou fonctionnelle défavorable »³⁶⁸ le médecin ne sera pas tenu d'informer la famille ou des proches.

De ce fait, pouvons nous considérer que des recherches biomédicales puissent être compatible avec cette notion d'urgence ? *A priori*, non. Les recherches biomédicales suivent un protocole très strict auquel la personne réfléchit et consent. L'article L. 1122-1-1 CSP est d'ailleurs très clair à ce sujet « *Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après qui lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1* ». Pourtant l'article L. 1122-1-2 CSP en dispose autrement « *En cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché et que seul est sollicité celui des membres de sa famille ou celui de la personne de confiance* ». Dès lors, la jurisprudence du Conseil d'Etat du 04 octobre 1991, précitée, anticipait l'obligation du déversement de l'information, initialement due au patient, à la famille ou aux proches de ce dernier.

Cette obligation de « déversement » de l'information paraît logique. Le médecin qui est étranger, en principe, à la personne ne peut prendre d'initiative que sous couvert

³⁶⁷ Cour administrative d'appel de Nantes, Quatrième Chambre du 30 juin 2010, n°09NT02723.

³⁶⁸ P. Pédrot, « *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine* », Ellipses, Collection Dictionnaire de droit, 2006, p. 450.

d'une « information » préalable des proches de la personne. Cette règle s'apparente, comme nous l'évoquons, au régime établi par la loi du 04 mars 2002 en ce qui concerne les mineurs ou les majeurs incapables dont la décision appartient aux responsables légaux.

2) L'arrêt de juin 2014 du Conseil d'Etat, une affaire cruciale

En ce qui concerne l'arrêt ou la limitation du traitement, une décision du Conseil d'Etat de juin 2014³⁶⁹ est venue susciter le débat. Il s'agit de l'« Affaire Vincent Lambert » qui a relancé la discussion autour de la décision des proches à vouloir arrêter le traitement d'un malade.

Dans les faits, Vincent Lambert est un tétraplégique de 38 ans, dans un état de conscience minimale. Autour de lui, sa famille se déchire concernant la décision la plus « sage » à prendre, savoir s'il doit être maintenu en vie par une alimentation artificielle ou si l'hôpital, à travers son médecin, doit interrompre tous soins qui relèvent, selon ce dernier, de « l'acharnement thérapeutique ». Après de nombreux rebondissements judiciaires nous en arrivons à une décision « finale » (en ce qui concerne les juridictions nationales) le 24 juin 2014.

Après l'étude d'un dossier remis à lui par divers comités scientifiques, d'éthique, le Conseil d'Etat s'argue de la législation française en la matière et s'exprime sur une des prétentions d'une des parties, contre l'arrêt du traitement, considérant que les dispositions relatives à ce domaine sont contraires à l'article 2 de la Convention européenne, consacrant le droit à la vie. Le Conseil d'état répond à cette prétention en considérant que : « *prises dans leur ensemble, eu égard à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles doivent être mise en œuvre, les dispositions contestées du code de la santé publique ne peuvent être regardées comme incompatibles avec les stipulations de l'article 2 de la convention européenne...* ». Le Conseil d'Etat estime donc que lorsque la disposition du CSP est prise en compte dans sa globalité, la législation révèle l'existence de conditions strictes à la mise en place d'un arrêt de traitement, que celle-ci s'accompagne d'un recours devant le juge afin que ce dernier puisse vérifier le respect de la loi.

En l'espèce, le Conseil d'Etat constate que la procédure collégiale, nécessaire à cette prise de décision : « *n'a été entachée d'aucune irrégularité* ». Il ajoute que les rapports rendus par les divers comités d'experts « *constituaient un mauvais pronostic clinique* » et que si le malade n'avait pas transmis de « *directives anticipées* », les magistrats pouvaient se fonder sur d'autres formes d'expression, notamment le témoignage. Enfin, le Conseil d'Etat estime que la discorde d'une famille ne peut faire obstacle à la décision médicale d'autant plus justifiée qu'elle constitue une « *obstination déraisonnable* » de soins.

³⁶⁹ Conseil d'Etat, Assemblée du contentieux, du 24 juin 2014, n°375081, 375090, 375091, « Mme F... I... et autres »

3) Les différents apports de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2014

La décision du Conseil d'Etat démontre plusieurs choses. D'abord, que le juge administratif, comme c'était le cas en l'espèce, est un garant des droits fondamentaux à travers la procédure du référé-liberté. En effet, le tribunal administratif ayant ordonné de suspendre la décision d'arrêt du traitement s'est fondé sur une disposition de la Convention européenne, notamment l'article 2. Le juge administratif, nous l'avons dit précédemment, est « censeur » des libertés fondamentales dans un souci du respect de l'ordre public mais il en est également un défenseur comme nous le démontre l'espèce. En effet, afin de valider la décision d'arrêt du traitement le juge administratif, comme le rappelle le Conseil d'Etat est chargé de veiller au bon déroulement de la « *procédure collégiale* » afin que les libertés fondamentales soient préservées.

Un autre apport est celui de la prise en considération de la situation d'une manière individuelle, singulière et spécifique. Le juge rappelle également que l'appréhension de la situation répond à des impératifs d'indépendance du médecin et que ce dernier, afin de pouvoir valablement décider de l'arrêt du traitement, doit appréhender l'ensemble des éléments à sa connaissance afin d'établir un rapport des arguments pour ou contre l'arrêt du traitement.

Ensuite, le Conseil d'Etat veille à ce que la discorde familiale concernant la décision ne fasse pas obstacle à son application. Cela révèle bien d'une application stricte de l'article L. 1111-4 CSP dans la mesure où ce dernier parle d'information de la personne de confiance, de la famille ou d'un proche. Il ne s'agit que d'une information, à laquelle, certes, la famille prend part et à laquelle elle peut débattre mais il ne s'agit pas d'un pouvoir de décision. Le dernier mot n'appartient qu'au corps médical, au médecin en charge du patient et à personne d'autre. Cela détermine la valeur du rôle de la famille dans la décision médicale, il n'est qu'indicatif. La famille a un parti pris, les proches ou la personne de confiance entretiennent une certaine relation avec le patient qui justifiera l'expression d'une position plutôt qu'une autre. Ainsi, dans la présente affaire, il est légitime que la mère de Vincent Lambert, de surcroît croyante catholique, s'attache au maintien en vie de l'enfant qu'elle a engendré, élevé. D'autres personnes ne ressentent pas les mêmes attachements à Vincent Lambert que sa mère. Dès lors, il semble logique, que pour éviter toute dérive comme l'acharnement thérapeutique ou, à l'inverse, un détachement trop rapide et une résolution fataliste la décision appartienne au médecin, qui, guidé par la morale du Code de déontologie qui se veut humaniste, prendra certainement la décision la plus sage possible à l'égard d'une personne qui n'est pas un proche et dont l'attachement n'est lié qu'à l'exercice d'une activité professionnelle.

Enfin, le dernier apport mais non le moindre, est celui de la solution de fortune qu'a retenu le Conseil d'Etat pour conforter la décision du médecin. Alors que le patient se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté, que l'avis de la famille est loin de faire consensus, le juge se base alors sur un ensemble d'éléments, de témoignages, lui

permettant de constituer un « faisceau » d'éléments, à l'image du juge pénal qui constitue « un faisceau d'indices », lui permettant d'établir une présomption de volonté de la personne qui, alors, prime sur celui de sa famille lorsqu'elle se trouve en situation de désaccord. Nous reviendrons sur cette présomption plus loin dans notre propos.

Nous constatons donc que la législation française a pris en compte les situations où la personne se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté. Qu'il s'agisse de la loi ou encore de la jurisprudence, ces deux sources du droit s'accordent à considérer qu'en pareille situation, le devoir d'information se déverse sur les proches du patient, dans les conditions identiques à celles s'appliquant lorsque la personne est consciente. Le problème qui demeure est celui de la prise de décision, rappelons que l'information n'est pas suffisante à constituer un parfait consentement.

Paragraphe 2 : Les solutions apportées par la loi contre le « mutisme » de la personne inconsciente

Malgré l'état d'inconscience du patient, le législateur a tout fait pour que « son silence » soit le plus limité possible en essayant d'y palier par d'autres outils que sont, la personne de confiance et les directives anticipées. Après avoir été informée, il est nécessaire que la personne prenne une décision en pleine liberté. Le législateur a donc tenté de trouver des solutions qui sont encore, aujourd'hui, insuffisantes au regard du principe du libre consentement.

A) La personne de confiance

1) Une brève présentation de la personne de confiance

L'article L. 1111-6 du CSP prévoit que : *« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».*

L'alinéa second énonce quant à lui que : *« Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement ».*

Enfin, le dernier alinéa, quant à lui, dispose qu'en matière de majeur sous tutelle, ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer. L'article dispose néanmoins, que *« le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci ».*

C'est par un avis de 1998, du Comité national d'éthique (CCNE) que l'idée de la « *personnes de confiance* » est née. Dans son rapport du 12 juin de la même année, le CCNE regrettait qu'il n'existe en France, l'institution d'une personne privilégiée dans les relations médicales. Fût alors envisagé pour toute personne de pouvoir désigner un « représentant », et un « mandataire », un « répondant » dont la mission serait d'être l'interlocuteur privilégié des médecins lorsque le patient se trouve en état d'inconscience.

Les souhaits du CCNE furent exhaussés par le législateur de 2002 qui, dans sa loi du 04 mars, institua un nouveau protagoniste dans les relations médicales, « *la personne de confiance* ». Outre l'article L. 1111-6 qui la définit, ainsi que ses attributions, nous en retrouvons mention dans d'autres articles du Code de la Santé publique que sont l'article L. 1111-4 et les articles L. 1110-4 et L. 1122-1-2. Ces dispositions amènent des précisions sur les compétences et les attributions de cette personne de confiance.

2) L'étude de la notion de personne de confiance

« *Toute personne majeure* » selon l'alinéa premier de l'article L. 1111-6 peut désigner une personne de confiance. Cette expression générale est en réalité à moitié vraie.

L'alinéa premier écarte donc effectivement la possibilité pour les mineurs de désigner une personne de confiance. Cette règle a mené certains auteurs à s'interroger sur l'opportunité de l'exclusion du mineur à cette possibilité. Pour eux, comme pour le professeur Claudine Esper, cette règle est incohérente. Pour elle on refuse la possibilité pour le mineur de choisir un mandataire sanitaire : « alors mêmes que le législateur du 04 mars 2002 a accentué sa participation au processus de soins »³⁷⁰. Néanmoins, offrir cette possibilité au mineur est-il nécessaire ? Nous pouvons considérer que cette éviction n'est d'aucune incidence sur le rôle du mineur, ses droits en matière de relation médicale. En effet, dans la mesure où ce dernier ne dispose d'aucun réel pouvoir de décision en matière de santé, la désignation d'une personne de confiance ne relève d'aucune importance dans la mesure où les parents ou, à défaut, les personnes titulaires de l'autorité parentale ont, eux, un pouvoir de décision complet à l'égard de la santé de l'enfant dont ils ont la charge. Une dernière possibilité subsiste cependant, la personne du dernier alinéa de l'article L. 1111-5 pourrait, en revanche revêtir cette qualité de « *personne de confiance* ».

En ce qui concerne les majeurs, l'affirmation du premier alinéa n'est qu'à moitié vraie. En réalité, les majeurs incapables et notamment les majeurs sous tutelle n'ont pas la possibilité de choisir une « *personne de confiance* ». C'est le dernier alinéa de l'article qui en dispose ainsi. La personne sous tutelle faisant l'objet d'un grand manque de discernement est-elle capable de choisir valablement une « *personne de confiance* ». Néanmoins, la personne choisie pour cette fonction, avant la mise sous tutelle, peut être maintenue dans ses fonctions par le juge des tutelles.

³⁷⁰ C. Esper, « La personne de confiance », La Gazette du Palais du 17 décembre 2002, n°351, p. 13.

En ce qui concerne le choix sur la qualité de la « *personne de confiance* », comme son titre l'indique, il doit s'agir d'une personne que le malade connaît depuis un certain temps ou avec qui elle entretient des liens étroits. Le Code de la santé publique nous parle de « *parent* », de « *proche* » ou « *du médecin traitant* ». Si la personne du « *médecin traitant* » est parfaitement identifiable, il n'en va pas de même des notions de « *parent* » ou « *proche* ». Nous pouvons, malgré cela, penser que le terme de « *parent* » désigne la famille, un cercle familial plus ou moins restreint selon les relations. Le terme de « *proche* » désigne donc la personne qui n'est pas « *parent* » avec le malade mais qui fait néanmoins partie de son entourage. Ainsi, nous viennent à l'esprit, les amis, les collaborateurs de travail, les voisins. En tout état de cause, il doit s'agir d'une personne proche au point de pouvoir garder le secret sur les informations auxquelles elle a accès. Il faut qu'elle connaisse, également, de manière suffisante la personne malade, au point de savoir dans quel sens irait sa décision en cas de nécessaire consultation.

Quant aux modalités de désignation de la personne de confiance, elle doit tout d'abord s'effectuer par écrit. La désignation d'une personne de confiance n'étant pas sans répercussions, il faut qu'elle soit clairement identifiée, il faut être certain de sa désignation. L'écrit, pour des raisons *ad probationem*, semble nécessaire à la désignation de cette personne.

Cette désignation est, néanmoins, « *révocable à tout moment* », ce qui tombe sous le sens dans la mesure où, comme nous l'énoncions, la « *personne de confiance* » doit être une personne faisant partie de l'entourage familial, amical de la personne. Dès lors que toute relation s'estompe avec la personne désignée, il est, alors nécessaire de devoir en changer. Prenons l'exemple de la désignation de la personne de confiance étant le conjoint, mari de la personne malade. Ce dernier peut-il continuer d'être la personne de confiance après une lourde et houleuse procédure de divorce ? Légalement, rien de l'interdit de conserver sa place de « *personne de confiance* », néanmoins sur plan de l'affect cela semble beaucoup plus délicat.

La désignation de la personne de confiance peut se faire de manière spontanée de la part de toute personne mais elle est systématiquement proposée « *lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé* ». A cette occasion, la personne pourra alors désigner la personne qui l'accompagnera de manière pleine ou partielle durant son séjour hospitalier. Cette désignation, en effet, ne peut être que partielle dans la mesure où la désignation est « *révocable* » ou que la personne peut désigner une personne en cours d'hospitalisation. Cette désignation peut avoir vocation de s'installer, uniquement, pour la durée de l'hospitalisation mais peut également perdurer selon le bon vouloir du patient.

3) Le rôle limité de la personne de confiance

L'ensemble de ses missions sont précisées dans les articles en faisant mention. En ce qui concerne l'article L. 1111-4 du CSP, comme nous l'avons étudié, la personne de

confiance joue un rôle d'informateur sur l'éventuelle volonté de la personne « *hors d'état de s'exprimer* » en matière d'arrêt ou de limitation de traitement. Elle est également titulaire d'un droit à l'information en cas de nécessité de soins de la personne malade.

Selon l'article L. 1111-6, la « *personne de confiance* » est la personne prioritairement consultée, en rappel de l'article préalablement cité. Elle est consultée autant sur la nécessité des soins à prodiguer que sur l'arrêt ou la limitation d'un traitement. Néanmoins, comme nous l'avons déjà dit, il ne s'agit que d'un simple avis, la personne de confiance n'a pas vocation à décider à la place du médecin à qui appartient le dernier mot. L'article rappelle également, qu'en tant que personne de confiance, elle est titulaire d'un droit à l'information, normalement destiné au patient mais déversé sur elle en raison de sa qualité.

Toujours selon cet article, la « *personne de confiance* » est amenée à participer aux « *entretiens médicaux afin de l'assister dans ses décisions* » si la personne le souhaite et à l'assister dans « *ses démarches* ». Le choix de cette personne est, dès lors, déterminant. La personne doit avoir une totale « confiance » en elle afin de lui permettre de l'assister et la « *guider* » pour sa prise de décisions, dans une matière relevant de sa propre santé, de sa propre vie. La « *personne de confiance* » est la personne placée en première ligne par le malade afin de le soutenir, de le conseiller et le raisonner. Il ne s'agit nullement d'une place anodine dans la mesure où elle est la première personne contactée par le corps médical en cas de nécessité.

La « *personne de confiance* » dispose d'un droit à l'information en cas de traitement dit « double effet » sur la personne malade. Selon l'article L. 1110-5, alinéa 5, lorsque : « *le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L.1111-2, la personne de confiance visée à l'article L.1111-6* ». Il s'agit, ici, de l'application d'une « *euthanasie passive* » prévue la loi « *Léonetti* » de 2005 selon laquelle il est toléré que le médecin emploie un traitement qui, outre le soulagement de la douleur, peut également entraîner le décès de la personne. Ici, contrairement à l'article L. 1111-4, il ne s'agit pas de demander l'avis de la personne de confiance mais simplement de l'informer de la dispense d'un tel traitement et la prévenir du « décès » prochain du malade. Cette procédure intervient auprès des patients en fin de vie, il s'agit de la mise en pratique de soins palliatifs. Selon l'article L. 1111-12, en matière de soins palliatifs, lorsque la personne est « *hors d'état d'exprimer sa volonté* », l'avis de la « *personne de confiance* » « *prévaut sur tout autre avis non médical* ». Cette prévalence constitue l'arbre qui cache la forêt dans la mesure où malgré une primauté de l'expression sur les celles de la famille ou du proche, elle ne reste, malgré tout, qu'un avis.

Enfin, la « *personne de confiance* » joue également un rôle en matière de bioéthique. Selon l'article L. 1122-1-2³⁷¹ : « *En cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans les situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché et que seul est sollicité celui des membres de sa famille ou celui de la personne de confiance (...), s'ils sont présents...* ».

Il semble que sur cette ultime disposition du Code de la Santé publique donne un pouvoir de décision plus complet que les précédents. En effet, il dispose qu'à raison de l'impossible recueil du consentement de l'intéressé, étant hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin devra rechercher celui de sa famille ou de la personne mentionnée à l'article L. 1111-6. Le législateur semble donner, en l'espèce, un réel pouvoir de décision à la « *personne de confiance* » dans la mesure où le consentement de cette dernière est « *sollicité* ».

Hormis ce cas précis où la « *personne de confiance* » joue un véritable rôle, est acteur de la décision médicale, dans la majorité des situations, dans les situations les plus fréquentes elle ne dispose que d'un rôle d'informateur ou de récepteur d'informations, elle est un interlocuteur privilégié du corps médical. Les situations dans lesquelles elle intervient sont pourtant sensibles, son rôle relève plus de l'accompagnement de la personne, tout au long du processus médical, que d'un véritable pouvoir de décision.

4) La personne de confiance québécoise

Nous l'avons juste évoqué précédemment, sans insister davantage sur son rôle auprès des soignants mais la « *personne de confiance* » québécoise dispose d'un pouvoir accru par rapport à celle prévue par la loi française.

Les articles 11, alinéa 2 et 12 du Code civil québécois prévoit effectivement un réel pouvoir de décision lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté. La « *personne autorisée par la loi ou par un mandat en prévision de son inaptitude* » a la possibilité de « *remplacer* ». Selon la syntaxe de l'article, il s'agit, d'abord, d'une possibilité donnée au mandataire, il semble nullement obligé de remplir sa tâche. Ensuite, le mandataire peut donner son consentement ou le refuser pour toutes sortes de soins. L'article dispose « *quelle qu'en soit la nature* » (à propos des soins) et précise qu'il peut notamment s'agir « *d'exams* », « *de prélèvements* », « *de traitements ou de toute autre intervention* ». Le mandataire peut librement consentir à une atteinte, grave, à l'intégrité physique de la personne en matière de soins. Contrairement à la législation française où il appartient au médecin de juger de l'opportunité des soins, au Québec, c'est le mandataire qui remplit cette fonction.

³⁷¹ Article L. 1122-1-2 issu de la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

La condition à ce pouvoir de consentement, à ce pouvoir de décision, est celle « *d'agir dans le seul intérêt de cette personne* ». En tout état de cause, que la personne consente ou refuse les soins proposés par l'administration médicale, sa décision doit profiter et non nuire à la personne inconsciente. Pour fonder sa décision, il peut s'appuyer sur les « *volontés* » que la personne « *a pu manifester* » avant son état d'inconscience. Il est donc seul acteur, seul maître de la décision, seul responsable de la recherche d'éventuelles manifestations de volonté.

Le mandataire, comme nous l'avons déjà mentionné, est soumis à un certain nombre d'obligations de vérification en cas de consentement aux soins. Les vérifications doivent notamment porter sur le caractère « *bénéfiques* » des soins, sur leur « *opportunité* » et sur leur « *proportionnalité* ». Son consentement est donc conditionné à des soins qui ne peuvent qu'améliorer l'état de la personne, à des soins nécessaires au moment du consentement et sur des soins proportionnels à la pathologie de l'inconscient. Le Code civil québécois ne mentionne aucune condition de vérification en cas de refus de traitement et ne distingue pas le simple refus de soins de celui qui potentiellement dangereux pour la vie de la personne.

5) La nécessaire évolution de la personne de confiance vers le « mandataire de santé » québécois

La « *personne de confiance* » québécoise dispose donc, d'un pouvoir de consentement distinct de celui prévu par la législation française. Entre une forte restriction du pouvoir de décision et une large autonomie de cette dernière, quel système doit retenir nos faveurs ? Un système hybride pourrait trouver une grande légitimité à notre égard. Un système où le pouvoir de décision serait accentué en certains cas et gelé pour d'autres. Par exemple, il est largement concevable que la « *personnes de confiance* » puisse avoir un pouvoir de consentir aux soins dont le refus ne ferait courir aucun risque vital à la victime. Lorsque la personne inconsciente nécessite des soins, de « *toute nature* », dont la pratique ne fait courir aucun risque vital pour le malade, alors la « *personne de confiance* » disposerait de la possibilité de consentir pour le malade, sous la forme d'un véritable mandat. Lorsque la décision concernerait une « *limitation* » ou un « *arrêt* » de traitement, la « *personne de confiance* » ne pourrait exprimer qu'un simple avis. En ce qui concerne les recherches biomédicales, le pouvoir de décision devrait être maintenu dans la mesure où les protocoles sont préalablement soumis à l'aval d'un comité d'expert qui évalue et exige, selon l'article L. 1123-7, « *le caractère satisfaisant de l'évaluation des bénéfices et des risques attendus* ».

Dans son pouvoir de décision relatif au consentement aux soins, ce dernier devrait être soumis à l'examen du médecin afin de déterminer si ce dernier est effectivement donné dans l'intérêt unique de la personne. Le dernier mot appartenant alors au médecin, la « *personne de confiance* » serait autorisé à saisir le juge sur le

fondement du référé-liberté devant le juge administratif selon l'article L. 521-2³⁷² du Code de justice administrative. Il faudrait, dès lors, conserver les conditions les dispositions relatives à l'urgence à l'impossibilité de contacter « *la personne de confiance* ». Notons que cette notion d'urgence est également présente dans le Code civil québécois, qui se veut avant-gardiste par rapport à notre législation.

Enfin, la « *personne de confiance* », dans un souci d'efficacité devrait être mentionnée répertoriée dans un fichier national, par déclaration auprès des caisses d'assurance maladie et intégrée dans les données cryptées de la carte vitale de la personne afin d'éviter de trop grandes recherches.

En outre, nous pouvons nous demander si à l'image de feu « le bon père de famille » « la personne de confiance » a vocation à devenir un standard se généralisant au-delà de l'unique relation médicale. Cette notion de « bon père de famille », supprimée en raison de l'égalité des sexes et remplacée par celle de « raisonnable », inspirait pourtant la sympathie des juristes au point de totalement concevoir de ce qu'il en retournait. Agir en « bon père de famille » revenait à agir en toute loyauté, bonté comme pourrait le faire un père pour ses enfants. Ce standard initialement conçu pour conceptualiser la relation contractuelle s'est alors exporté dans de nombreux domaines³⁷³. D'autres standards existent comme la notion d'utilisation « conforme » en droit de la consommation ou encore la notion de « bonnes mœurs ». L'ensemble de ces standards ont en commun leur fonction, à savoir l'adoption d'un « comportement type », en cohérence avec la coutume. De ce point de vue, la « personne de confiance » ne semble pas déroger à la règle dans la mesure où cette notion désigne également un comportement à adopter. Cette désignation semble correspondre au comportement loyal tendant vers une responsabilisation de cette dernière en raison de son action solitaire. En effet, la personne de confiance, lorsqu'elle est appelée à agir, est seule face au corps médical. Plus qu'un mandataire qui agirait dans un intérêt pécuniaire, la « personne de confiance » n'a autre intérêt que celui de la personne incapable d'exprimer sa volonté. Comme l'ensemble de ces notions, cette dernière est empreinte de subjectivité qui sera donc laissée à l'interprétation des juges du fond. Ainsi, la Première Chambre civile a considéré que lorsqu'une personne ne s'est pas exprimée sur les choix concernant ses funérailles, il revenait à la personne « *la mieux qualifiée pour décider de leurs modalités* »³⁷⁴. Cet arrêt dégage deux intérêts. Premièrement, même si la personne n'était pas désignée ainsi, nous pouvons légitimement considérer qu'il s'agit d'une extension de la personne de confiance dans des relations autres que médicales. Effectivement, alors qu'il existait un litige entre la famille et une amie de la défunte sur les modalités des funérailles, les magistrats ont suivi l'avis donné par la personne qu'ils

³⁷² Article L. 521-2 du Code de justice administrative, créé par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au « *référé devant les juridictions administratives* ». Cet article dispose que : « *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. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* »

³⁷³ J. Huet, « Adieu bon père de famille », Dalloz 2014, p.505.

³⁷⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 27 mai 2009, n°09-66589.

estimaient la plus proche de la défunte. La fonction est similaire à celle de la personne de confiance, donner un avis conforme aux volontés de la personne qui est dans l'impossibilité de s'exprimer pour des choix impératifs qui la concerne. Les magistrats l'ont rappelé, ils ont choisi « *la personne la mieux placée pour rapporter l'intention* » de la défunte. A partir de ce moment, il est simple de pouvoir dégager le second intérêt de l'arrêt. L'exportation de la « personne de confiance » en dehors du domaine médical. Il ne manque alors que la désignation de « personne de confiance » pour assurer l'exportation officielle de cette dernière. Dans la théorie cela confirme que la « personne de confiance » est désormais un standard juridique tendant à conformer une attitude en matière d'expression de la volonté d'une personne dans l'incapacité de s'exprimer. Alors que le mandataire exprime clairement la volonté du mandant, la « personne de confiance » est celle qui sera dans les meilleures dispositions pour traduire la volonté d'une personne incapable de s'exprimer et dont les choix sont inconnus. Dans cette optique, la personne de confiance ne doit demeurer qu'un standard emportant toute sa subjectivité. S'il est une chose d'organiser des funérailles, il en est une autre de décider du sort d'une personne. Malgré tout le dévouement et la bienveillance que peut emporter cette tâche il est nécessaire, comme nous l'évoquions, que le pouvoir de la personne de confiance, dans la relation médicale, ne se cantonne qu'aux décisions ayant une issue nécessairement favorable pour la santé ou la vie de la personne dans l'impossibilité de s'exprimer.

6) Une nouvelle dénomination nécessaire pour les notions de « famille » et de « proches »

Nous pouvons également considérer que, comme l'exemple québécois ou comme en matière de recherche biomédicales, la notion de « *proches* » devrait être supprimée pour ne laisser la parole qu'à « *la personne de confiance* » ou, à défaut, un « *parent* ». Ce déversement en cascade de l'obligation d'information n'a pas de sens si elle concerne une multiplicité de personnes. Il est nécessaire, en revanche que la loi ou le règlement, déterminent avec exactitude l'ensemble des personnes susceptibles de se ranger dans la catégorie de « *parents* » ou de « *famille* ». Il serait de bon augure que la législation fusionne les notions actuelles en les remplaçant par « *une personne avec qui la personne inconsciente entretient des relations étroites* ». En réalité, le critère de famille est galvaudé dans la mesure où une personne peut entretenir de meilleures relations avec un ami qu'un frère, un cousin ou un oncle. De plus, comme nous le concédions, le déversement en cascade de l'obligation d'information ou de consultation n'est représentatif que d'une recherche absolue d'une personne pouvant décharger, de toute responsabilité l'administration hospitalière alors que la seule et simple exigence qui sort de l'esprit du texte est d'obliger le professionnel de santé d'exercer les démarches nécessaires afin de contacter une personne susceptible de connaître la personne hors d'état d'exprimer sa volonté sans pour autant exiger du médecin qu'il parvienne à un résultat ; ce qui relèverait, dès lors, de l'impossibilité et donc d'une décharge de responsabilité.

B) Les directives anticipées

1) Présentation exhaustive des directives anticipées

Les directives anticipées, encore appelées « Testament de vie » par la doctrine constituent l'ensemble des volontés du malade, encore conscient, en matière médicale au cas où il se retrouverait hors d'état d'exprimer sa volonté.

Elles sont prévues par l'article L. 1111-11³⁷⁵ CSP selon lequel : *« Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatif à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt du traitement. Elles sont révocables à tout moment ».*

L'alinéa second ajoute qu' : *« A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ».*

Enfin, le troisième alinéa indique qu' : *« Un décret définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées ».*

Le décret du 6 février 2006³⁷⁶ vient détailler l'ensemble des modalités relatives aux directives anticipées. Les dispositions dudit décret sont retranscrites dans le Code de la Santé publique aux articles R. 1111-17 et suivants.

Selon ces articles, les directives anticipées *« s'entendent d'un document écrit, daté et signé par leur auteur dûment identifiée par l'indication de ses nom, prénom, date et lieu de naissance ».*

Lorsque l'auteur est en état de pleine conscience mais qu'il se trouve dans l'incapacité de remplir ce document, la personne assistée *« de deux témoins, dont la personne de confiance lorsqu'elle est désignée »* peut leur *« demander (...) d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée... ».* Ces deux témoins devront nécessairement s'identifier. *« Leur attestation est jointe aux directives anticipées ».*

Le médecin peut annexer aux directives anticipées, une attestation de l'état de pleine conscience de la personne, ainsi que l'expression de ses volontés a été faite de manière libre.

Les directives anticipées peuvent être, à tout instant, modifiées *« partiellement ou totalement »* ou *« révoquées sans formalité ».* Elles peuvent être renouvelées *« par simple décision de confirmation signée par leur auteur sur le document »* et il est important de

³⁷⁵ Article L. 1111-11 du Code de la Santé publique créé par la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie

³⁷⁶ Décret n°2006-119 du 6 février 2006 relatif *« aux directives anticipées prévues par la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie ».*

préciser que « *toute modification (...) vaut confirmation et fait courir une nouvelle période de trois ans* ». Afin d'être considérées comme « *valides* », ces directives anticipées doivent simplement avoir été rédigées dans les trois années précédant l'état d'inconscience de la personne « *quel que soit le moment où elles sont ultérieurement prises en compte* ».

Elles doivent demeurer aisément accessibles et doivent donc, à cet effet, être « *conservées dans le dossier de la personne constitué par un médecin de ville (...) ou, en cas d'hospitalisation, dans le dossier médical* » ou « *peuvent être conservées par leur auteur ou confiées par celui-ci à la personne de confiance, à un membre de la famille ou à un proche. Dans ce cas, leur existence et les coordonnées de la personne qui en est détentrice sont mentionnées, sur indication de l'auteur, dans le dossier constitué par le médecin de ville ou dans le dossier médical...* ».

Lors de l'admission de la personne dans « *un établissement de santé ou dans un établissement médico-social* », la personne peut mentionner l'existence de telles directives et désigner la personne détentrice de ces dernières afin de joindre ces informations au dossier médical.

Enfin, lorsqu'une limitation ou un arrêt de traitement sont envisagés, le médecin doit, avant toute autre considération, se renseigner sur l'existence de telles directives et s'adresser à la personne qui en est détentrice afin que cette dernière lui remette.

2) La primauté des directives anticipées sur les autres modes de recherche de la volonté du patient ?

Elles constituent l'expression de la volonté de la personne, elles sont dès lors privilégiées par le médecin dans sa recherche d'informations sur la volonté de cette dernière lorsqu'elle est hors d'état d'exprimer sa volonté. Nous ne pourrions manquer de noter que les directives anticipées n'ont été intégrées dans notre droit positif qu'en 2005, ce qui constitue un large retard sur certains de nos voisins européens mais également à l'égard de certains Etats progressistes comme les Etats-Unis où l'on peut retrouver l'origine des directives anticipées en 1967³⁷⁷. Pour exemple, dès 1997, la Convention d'Oviedo en fait mention en son article 9, selon lequel : « *Les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas état d'exprimer sa volonté seront pris en compte* ». Même si la Convention, ne précise pas sous quelle forme ces « *souhaits* » doivent être traduits ou exprimés, le législateur français pouvait déjà librement envisager cette procédure.

³⁷⁷ Dans son article « Directives anticipées en France et en Espagne », Véronica San Julian Puig nous raconte que l' : « origine des directives anticipées se trouve aux Etats-Unis, où Luis Kutner, un avocat de Chicago, a créé en 1967 un document dans lequel tout citoyen pouvait exprimer ses souhaits de ne pas recevoir un certain traitement en cas de maladie terminale » ; RDSS 2007, p.86

En ce qui concerne la primauté des directives anticipées sur les autres mode d'expression de la volonté, le législateur reste évasif. Il est effectivement difficile de situer ces directives dans la hiérarchisation de l'information du médecin. A l'article L.1111-13 CSP, le législateur prévoit expressément que les directives anticipées, prévalent sur tout autre mode d'expression d'avis ou de consultation. En effet, l'article L. 1111-12 énonce qu'en matière de soins palliatifs, l'avis de la personne de confiance « *prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées...* ». La disposition est claire, les directives anticipées ont une valeur supérieure même à l'avis de la personne de confiance.

Cette disposition semble logique dans la mesure où les directives anticipées émanent de la pure volonté du malade, alors inconscient. Il s'agit de son expression, de ses mots et donc de sa pure volonté. Même si l'avis de la personne de confiance est censé également représenter la volonté du malade, il ne s'agit en réalité que d'une traduction, d'une interprétation et non d'une citation. La personne de confiance va employer, avec ses propres mots, son langage la volonté d'autrui. L'emploi de termes propres à la « personne de confiance » aura pour effet, certainement, de modifier le sens de la décision de la personne inconsciente alors que ses propres mots révéleront sa véritable volonté.

Néanmoins, la position du législateur reste évasive. Dans deux dispositions relatives à l'arrêt ou à la limitation d'un traitement, notamment les articles L. 1111-4 et L.1111-13 (qui concerne la personne en fin de vie) CSP, le législateur énonce que ces circonstances ne peuvent avoir lieu « *sans avoir respecté la procédure collégiale (...) et consulté la personne de confiance (...), la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personnes* ».

Il s'agit d'un cumul de consultations afin que le médecin puisse avoir une idée claire de la volonté du patient. Néanmoins, la rédaction desdits articles laisse place au doute quant à la valeur des directives anticipées. En effet, il aurait été plus judicieux de les placer avant la consultation des personnes pouvant délivrer un avis sur les décisions qu'aurait émises la personne inconsciente. Nous pouvons justifier nos propos sur l'établissement d'un ordre de priorité car le législateur ne manque pas de donner la priorité à la « *procédure collégiale* », systématiquement requise par la loi dans de pareils situations et vérifiée par le juge selon l'arrêt du 24 juin 2014, puis par la consultation de l'entourage et enfin par les directives anticipées. En réalité, le médecin est soumis à cette triple obligation pour limiter ou arrêter un traitement mais les directives anticipées n'étant pas toujours formulées ou valables, le législateur a préféré les positionner en dernier. La réponse semble résider en l'article R. 4127-37, II, §3 CSP selon lequel « *La décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans les directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui de ses proches* ».

Nonobstant, il aurait été préférable que ces deux articles soient rédigés de la sorte : « La limitation ou l'arrêt d'un traitement de la personne « *hors d'état d'exprimer*

sa volonté » ne peut intervenir qu'après la mise en place de « *la procédure collégiale définie par le Code de déontologie médicale* », ainsi qu'après avoir pris acte de la volonté exprimée dans ses directives anticipées, lorsque celles-ci s'avèrent être valables tant au regard des conditions de forme exigées par l'article L. 1111-11 qu'au respect de l'ordre public sanitaire, ou, lorsque ces directives anticipées sont inexistantes, après la simple consultation de la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou, à défaut, de tout autre individu avec qui la personne inconsciente entretient une étroite relation ».

Avec une telle rédaction, les directives anticipées revêtiraient une certaine priorité ainsi qu'une exclusivité sur l'ensemble des autres moyens. Cela signifie, que lorsqu'elles existent, la consultation de la personnes de confiance, de la famille ou d'un proche n'a plus lieu d'être, elle est, dès lors, dénuée de toute utilité car le médecin dispose de la réelle volonté de la personne. Sans nous avancer sur nos futurs propos concernant le caractère contraignant, ou non, de ces directives, nous pensons qu'il est nécessaire qu'il soit mentionné qu'elles doivent être respectées et non plus « *consultées* ». Au même titre que le médecin respecte la volonté du patient lorsqu'il est en état de s'exprimer, les directives anticipées doivent être pourvues d'un caractère réellement contraignant. Dans cette logique, il va de soi qu'outre le respect des conditions de forme, la volonté exprimée doit également respecter, comme toute expression de la volonté, les règles d'ordre public sanitaire. Par exemple, si les directives anticipées prévoient l'arrêt de tout traitement tendant à des transfusions sanguines en raison de croyance (exemple des Témoins de Jéhovah), le médecin devra, dès lors passer outre la volonté du patient, en conformité avec l'état de la jurisprudence actuelle privilégiant le droit à la vie à la liberté de croyance.

3) Les directives anticipées, un réel pouvoir contraignant ?

Afin de pouvoir revêtir un caractère contraignant, les directives anticipées doivent respecter l'ensemble des formalités citées préalablement, lors de la présentation légale du procédé.

Notamment, selon l'article L. 1111-11, les directives anticipées doivent avoir été « *établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne* ». Comme nous l'explique le décret relatif à la loi, peut importe que les directives soient consultées cinq ans après leur rédaction ou établissement, il est néanmoins nécessaire que la personne tombe dans un état d'inconscience avant le délai de trois ans. Si ce délai se révèle être expiré, les directives n'auront, alors, plus aucune valeur. En tout état de cause, la force des directives anticipées, notamment lorsqu'elles concernent une limitation ou un arrêt du traitement, n'est que relative. Effectivement, selon l'article R. 4127-37 CSP n'évoque qu'une « *prise en compte des souhaits exprimés* ». Cela signifie que les souhaits revêtent une considération particulière sans pour autant être contraignants pour la décision médicale.

Appelé « Testament de vie », les directives anticipées se distinguent du testament régi par les dispositions du Code civil, notamment les articles 967 et suivants. Si les règles de forme sont quasi similaires, notamment l'article 973 qui impose la présence de témoins face au notaire tout comme l'exige l'article R. 1111-17 CSP, la valeur des documents sont totalement différentes. Effectivement, si le testament civil respect les conditions de forme et de fond, alors il sera pleinement exécuté. L'article 967 du Code civil dispose que « *Toute personne pourra disposer par testament soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous tout autre dénomination propre à manifester sa volonté* ». La loi prévoit donc une réelle exécution de la volonté de la personne exprimée par écrit concernant la disposition et l'administration de ses biens. Il n'en n'est pas ainsi concernant la santé ou la vie de la personne. Cela démontre convenablement que la personne ne dispose pas du même pouvoir sur ses biens et sur sa vie ou son intégrité physiologique. Cela confirme d'une part qu'il n'existe de droit que sur des biens ce qui implique un raisonnement, celui de dire que notre vie ne nous appartient pas pleinement, nous ne disposons pas de droits patrimoniaux sur notre vie ou notre santé. Cela confirme également, comme nous l'avons vu préalablement, que cette primauté de la vie ou de la santé se traduit même lors d'une « collision des droits fondamentaux ». Les droits relatifs à la protection de la personne et de sa vie se trouvant souvent privilégiés face aux droits et libertés économiques qui revêtent un aspect patrimonial. Nous ne pouvons disposer ou administrer notre vie comme nous disposons ou administrons nos biens.

Toujours selon cet article, si l'ensemble des formalités sont remplies, le médecin doit « *tenir compte* » de ces directives anticipées. Les articles L. 1111-4 CSP et L. 1111-13 CSP parlent de « *consultation* » des directives anticipées. L'articles L. 1111-4 CSP évoque, en ce qui concerne le refus de soins exprimé par un patient conscient, la notion de « *respect de la volonté* »³⁷⁸.

Il existe une nuance de propos concernant la volonté du patient lorsque celui-ci est conscient ou non mais surtout en fonction de la date d'émission de ces propos. Lorsque les propos sont spontanés, qu'ils sont le résultat d'une discussion en temps réel, le médecin est assuré que son patient exprime réellement son désir de ne pas recourir aux soins, alors que lorsqu'il s'agit de propos exprimés, au plus tard, trois ans en arrière, il y a matière à douter de l'actualité de la volonté exprimée. Le délai établi par la loi semble pour cela trop long. Il aurait été préférable d'établir une règle selon laquelle, il est demandé au patient, lors de son hospitalisation ou, à défaut, à intervalle régulier (tous les six mois nous semble être un délai raisonnable) s'il confirme ses volontés exprimées, s'il souhaite établir un changement ou les révoquer. Dès lors, il y aurait une confirmation continue des volontés exprimées qui donnerait une force obligatoire plus conséquente aux directives anticipées car en réalité, si le médecin consulte les directives anticipées ainsi que les personnes désignées par la loi, c'est qu'il

³⁷⁸ Article L. 1111-4, alinéa 2 : « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix...* ».

essaye de constituer ce que l'on appelle en procédure pénale un « faisceau d'indices » lui permettant d'établir une présomption de volonté.

Le durcissement des conditions de forme permettrait, alors, aux directives anticipées d'acquiescer une autre envergure, une force obligatoire plus importante. Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 24 juin 2014, « *M. Vincent Lambert* », considère, qu'à défaut de directives anticipées, le médecin peut constituer une présomption de volonté à partir de plusieurs témoignages. Les magistrats déclarent qu' : « *il peut être tenu compte des souhaits d'un patient sous une autre forme que celle des directives anticipées ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du témoignage de Mme F...I..., qu'elle-même et son mari, tous deux infirmier, avaient souvent évoqué, leurs expériences professionnelles respectives auprès de patients en réanimation de personnes polyhandicapées et qu'à ces occasions, M.I... avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance ; que la teneur de ces propos, datés et rapportés de façon précise par Mme F...I..., a été confirmée par l'un des frères de M.I... ; que si ces propos n'ont pas été tenus en présence des parents de M.I..., ces derniers n'allèguent pas que leur fils n'aurait pu les tenir ou aurait fait part de souhaits contraires ; que plusieurs des frères et sœurs de M.I... ont indiqué que ces propos correspondaient à la personnalité, à l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ; qu'ainsi, le Dr. H..., en indiquant dans les motifs de la décisions contestée, sa certitude que M. I... ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions, ne peut être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident* ».

Les directives anticipées constituent un moyen parmi d'autres dans la recherche du consentement de la personne hors d'état de s'exprimer. A défaut d'une demande de confirmation régulière, elles ne peuvent constituer à elle seules un moyen qui tient le médecin, qui l'engage. Pour cela, il faudrait que les conditions quant à sa forme soient plus strictes. Pour l'heure, si les directives anticipées ne sont pas valables sur un plan formel, la jurisprudence nous rappelle qu'il existe d'autres procédés afin de constituer une « présomption de volonté » de la personne inconsciente. Le médecin doit, en réalité, se constituer « un faisceau d'indices » qui constituera ladite présomption et selon la nature des renseignements sera de nature plus ou moins convaincante et contraignante pour le médecin. Les témoignages, comme l'indique l'arrêt, pour avoir revêtu une certaine valeur, doivent être circonstanciés et confirmés par plusieurs personnes.

4) Les directives anticipées en Espagne et Belgique

En Espagne, c'est la loi du 15 novembre 2002, préalablement citée, qui prévoit les directives anticipées, du moins, les « *Instrucciones previas* ». L'article 11 de la loi dispose que pour établir des directives anticipées, il faut être majeur, être capable et libre. Pour la loi, le but des directives anticipées est de pouvoir émettre des volontés quant à

l'opportunité d'un traitement lorsque la personne « *ne sea capaz de expresarlos* », lorsqu'elle n'est pas en mesure de les exprimer.

Ces directives anticipées concernent d'abord les soins et traitements relatifs à sa santé mais aussi, lorsque la personne décède, sur les souhaits relatifs à la disposition de son corps ou de ses organes. Le document sert aussi à désigner une personne qui servira d'interlocuteur avec le médecin ou « *l'équipe sanitaire* » afin de confirmer la volonté du patient.

L'article dispose également que « chaque service de santé » devra respecter et garantir les souhaits exprimés dans les directives anticipées.

Il énonce également, que les directives anticipées ne peuvent pas être « *appliquées* » lorsqu'elles s'avèrent être contraires à « l'ordre juridique », ni lorsqu'elles ne correspondent plus avec la situation envisagée lors de leur écriture.

Les directives anticipées peuvent être révoquées à tout instant par écrit.

La loi espagnole présente quelques disparités avec la loi française. D'abord, il est intéressant de noter qu'il n'existe en Espagne, aucune condition de durée pour la validité des directives anticipées. Sur ce point, la loi espagnole se veut plus libérale que celle de la France. Néanmoins, il semble nécessaire que le consentement soit vérifié, qu'il soit reformulé régulièrement afin de s'assurer de la réelle volonté du patient. En effet, si les directives anticipées sont trop éloignées, d'un point de vue temporel, du moment de leur consultation par le médecin, il se peut que la volonté du patient ait changé, qu'elle ait évolué et que les directives anticipées soient, dès lors, nulles.

Autre changement, les directives anticipées doivent respecter el « *ordamiento juridico* », à savoir donc, l'ordre juridique. En France, une telle disposition semble nécessaire. Comme nous l'évoquions préalablement, le consentement doit respecter l'ordre public sanitaire. La volonté de la personne hors d'état de s'exprimer ne peut outrepasser la loi, tout comme l'expression de la volonté de la personne en état de conscience.

En ce qui concerne la forme, le texte espagnol, comme la France, exige un écrit. Il laisse la compétence à chaque « Autonomie » de pouvoir détailler, dans le cadre de la loi, les formalités liées à cette directive anticipée. Ainsi, la règle catalane concernant les directives anticipées impose que ces dernières soient rédigées devant un notaire et avec trois témoins. Les diverses autonomies espagnoles exigent, en principe, certaines formalités en ce qui concerne la révocation, la modification des directives anticipées alors qu'en France, la loi n'en exige aucune. Pour Véronica San Julian Puig³⁷⁹, cette exigence de formalités permet de traduire une plus grande force des directives anticipées, alors qu'en France, comme nous l'avons vu, elles n'ont qu'une fonction d'indication. Cela corrobore nos propos selon lesquels une plus grande exigence de formalité se traduit par le renforcement du caractère « obligatoire » des directives anticipées, ce qui semble être le cas en Espagne.

³⁷⁹ V. San Julian Puig, « Les directives anticipées en France et en Espagne », RDSS 2007, p.86

En ce qui concerne le droit belge, l'article 8, §4, alinéa 4 de la loi du 26 septembre 2002 prévoit que « *Si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même* ». Une fois de plus, le droit belge se veut très libéral en ce qui concerne l'administration personnelle de la santé. Nous pouvons premièrement considérer que la valeur des directives anticipées est véritablement contraignante. Le refus de soins exprimé dans la directive anticipée « *doit être respecté* » par le professionnel de santé. Il ne s'agit plus d'une simple « *prise en compte* » mais d'une réelle application de la volonté du patient lorsqu'il était en état d'exprimer sa volonté. La loi n'exige également aucune condition de durée ou de réitération de la volonté du patient.

Au Canada, une loi de 1995³⁸⁰ organise le régime des directives anticipées. Elle consiste en un document dans lequel le décideur inscrit des principes généraux concernant sa santé, un traitement et y inclut des décisions de substitution. Toujours selon l'article second de la loi, cette directive a pourvoir de consentir, refuser un traitement, service, médication ou « *une procédure de maintien* », de diagnostic. De ce point de vue, la loi canadienne est bien plus précise que la notre car elle distingue les cas dans lesquels interviennent les directives anticipées. L'article suivant rappelle qu'une personne doit être capable pour pouvoir établir ces directives qui désignent également une personne de confiance.

L'article quatrième dispose, quant à lui, que cette procédure et la personne de confiance deviennent « *effectives* » lorsque l'auteur se trouve hors d'état d'exprimer son consentement.

En ce qui concerne les conditions de forme, les « *volontés anticipées* » doivent être rédigées et signées devant deux témoins « *indépendants* ». Cette signature peut être opérée par une autre personne, en présence de l'auteur lorsque ce dernier n'est pas en mesure de signer les directives anticipées. Le « *testament de vie québécois* » peut être révoqué à tout instant par de nouvelles directives, par la décision écrite de vouloir les révoquer. Selon ces dispositions, l'expression anticipée de la volonté semble avoir une valeur plus importante qu'en France dans la mesure où la loi énonce qu'elle se substitue à la décision du malade, incapable d'exprimer son consentement.

La personne qui se trouve dans un état d'inconscience cause un réel souci quant au respect de sa volonté. Pour cette raison, le législateur a mis en place des moyens de déterminer, au mieux, qu'elle était sa volonté avant qu'elle se trouve dans de pareilles situations. Qu'il s'agisse de la consultation de la personne de confiance, d'une personne de l'entourage ou des directives anticipées, ces procédés constituent une base afin de permettre au médecin de respecter, au mieux, la volonté du patient. Il s'agit, néanmoins, que de simples présomptions qui ne remplacent en rien la volonté réelle de la personne.

³⁸⁰ « *Advance Health Care Directives Act* », SNL 1995, c A-4.1

Pour cela, il est nécessaire de sensibiliser l'ensemble des personnes à ce sujet et de les encourager à établir des directives anticipées. A cela, il est également indispensable de revoir les exigences formelles de l'établissement ainsi que de la modification, de la révocation desdites directives et surtout d'ajouter une disposition rappelant qu'il est indispensable que ces dernières respectent, en plus des conditions de forme, ce qui pourrait constituer des conditions de fond, à savoir le respect de la loi et de l'ordre public. Ainsi, nous pourrions donner beaucoup plus de force à ces directives anticipées qui pourraient dès lors ne plus constituer un moyen mais un fin, à savoir l'établissement de la réelle volonté de la personne.

SECTION II – LA LÉGISLATION VACCINALE

Le vaccin est une technique par laquelle une personne, *via* une injection sous-cutanée, se voit administrer un microbe, un virus, sous une forme, *a priori*, inoffensive afin de se prémunir contre une maladie. Cette technique permet à l'individu de produire des anticorps afin d'être considéré comme immunisé. Elle reste néanmoins controversée dans la mesure où elle porte atteinte à l'intégrité physique de l'individu, par l'injection, par l'administration d'un virus et par les éventuels effets secondaires qui peuvent être plus ou moins graves pour la santé de la personne, pour sa vie.

Le vaccin relève, cependant, d'une certaine obligation. Certains d'entre eux présentent un caractère obligatoire, comme celui contre le tétanos, la diphtérie. D'autres, présentent un caractère volontaire pour certaines catégories de personnes mais sont obligatoires pour d'autres (notamment le vaccin contre l'hépatite B pour les personnes travaillant dans le milieu hospitalier). Loin d'être sans conséquence pour l'individu, cette vaccination donne lieu à un large contentieux lorsqu'elle procure des effets secondaires importants. D'un point de vue de l'éthique et du consentement de la personne, il s'agit d'un traitement forcé, imposé par la loi ce qui dénature le consentement aux soins. Bien entendu, toute personne est libre de se faire vacciner ou non. Il n'en demeure pas moins que lorsque l'individu refuse tout vaccin, il se retrouve pénalisé. Il s'agira donc d'envisager l'étude d'une législation contraignante (Paragraphe 1) avant d'aborder son large contentieux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La législation vaccinale, l'étude d'une forte contrainte médicale

Une fois de plus n'est pas coutume, la France semble en retard sur ses voisins européens en matière de législation vaccinale. Là où nous imposons certains vaccins, beaucoup de nos voisins européens ont abandonné ce caractère « obligationnel » du vaccin.

A) La législation française relative à l'obligation vaccinale

La politique vaccinale est déterminée par les plus hautes sphères de l'Etat, notamment par le « *ministre chargé de la santé* ». Ainsi, c'est l'article L. 3111-1³⁸¹ CSP qui en dispose ainsi. A ce titre, il : « *fixe les conditions d'immunisation, énonce les recommandations nécessaires et rend public le calendrier des vaccinations après avis du Haut Conseil de la santé publique* ». Selon l'alinéa 3, dudit article, l'ensemble des « *médecins de proximité* » concourent à l'encouragement de la « *politique vaccinale* », ils en assurent la promotion. Dès le départ, nous pouvons constater que le discours des « *médecins de proximité* » est guidé par une volonté manifeste de recourir à la vaccination. Ainsi, « *les médecins du travail, les médecins des infirmeries des établissements publics locaux d'enseignement et des services de médecine préventive et de promotion de la santé dans les établissements d'enseignement supérieur, les médecins des services de protection maternelle et infantile et des autres services de santé dépendant des conseils généraux ou des communes* », ceux qui côtoient le maximum de personnes, ont vocation à guider ces dernières vers la vaccination.

1) Les vaccins obligatoires et systématiques pour tout individu

a) La présentation du dispositif légal en matière de vaccination obligatoire

Selon l'article L. 3111-2 : « *Les vaccinations antidiphtérique et antitétanique par l'anatoxine sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue ; elles doivent être pratiquées simultanément. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure, dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants* ».

L'article R. 3111-2 dispose que ce vaccin doit être réalisé dans les « *dix-huit* » premiers mois de l'enfant.

En ce qui concerne le troisième vaccin obligatoire, l'article L. 3111-3 dispose que : « *La vaccination antipoliomyélitique est obligatoire, sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Académie nationale de médecine et du Haut Conseil de la santé publique. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation* ».

Selon l'article R. 3111-3, ce vaccin consiste en « *une première vaccination, pratiquée avant l'âge de dix-huit mois et des rappels de vaccination terminés avant l'âge de treize ans* ».

³⁸¹ Article L. 3111-1 CSP modifié par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à « *la politique de santé publique* »

Tout individu, dès son plus jeune âge, est soumis à la vaccination obligatoire contre diphtérie, la poliomyélite ainsi que contre le tétanos. Cette obligation est en réalité exercée à l'égard des personnes exerçant l'autorité parentale ou « *qui ont la charge de la tutelle des mineurs* ». La disposition est logique, dans un premier temps car le délai de vaccination ne permet à l'enfant en bas âge de décider par lui-même mais également car en vertu des articles L. 1111-2 et L. 1111-4, ce sont eux qui disposent du pouvoir de décision en ce qui concerne la santé de leur enfant. Quelle est donc la nature de la responsabilité personnelle du titulaire de l'autorité parentale ?

b) Une règle contraignante susceptible de recourir à des sanctions pénales

En vertu de l'article L. 3116-4 CSP « *Le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2, L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* ».

En ce qui concerne la prescription de l'action publique en la matière, l'article L. 3116-2 dispose que l'action s'éteint lorsque l'enfant atteint un certain âge. Cette disposition concerne seulement les vaccinations contre la poliomyélite, la diphtérie et le tétanos. Selon l'article R. 3116-1, l'action du ministère public se prescrit lorsque l'enfant atteint l'âge « *de dix ans pour les vaccinations antidiphtérique et antitétanique* » et à « *quinze ans pour la vaccination antipoliomyélitique* ».

Ces dispositions semblent hors de proportion et surtout archaïques. Comment peut-on sanctionner pénalement le refus d'un soin ? Il existe, malheureusement, d'autres cas et formes de sanction pénale pour un refus de soins. Ces dispositions sont pour le moins brutales dans la mesure où elles évoquent la notion de « *soumission* » et nonobstant, le refus de se « *soumettre* » entraîne une sanction pénale, qui, de plus est lourde car elle consiste en une privation de liberté et une forte amende pécuniaire. La législation, en l'espèce, est totalement à revoir. Il semble ahurissant que dans un pays où l'on défend des valeurs de liberté individuelle et d'autodétermination qu'il existe de telles dispositions, si bien que, même modifiée en 2007³⁸², le législateur n'a pas eu, semble-t-il, l'idée d'une nécessaire modification. Le Conseil constitutionnel a rendu le 20 mars 2015 concernant l'obligation vaccinale, nous étudierons cette décision dans notre deuxième partie lorsque nous évoquerons les perspectives d'évolution de la contrainte médicale³⁸³.

³⁸² L'article L. 3116-4 a été modifié par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 « *réformant la protection de l'enfant* ».

³⁸³ Conseil constitutionnel, n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, « *Obligation de vaccination* ».

c) Une règle limitative du droit fondamental à l'instruction ?

La législation joue également la carte du « chantage » sous l'égide du principe de précaution dans la mesure où les enfants n'étant pas vaccinés contre ces affections ne peuvent être inscrits dans les lieux de « sociabilisation » que sont les « écoles », les « garderies » ainsi que les « colonies de vacances ». Ainsi, les dispositions sont contraires à celles de l'article L. 131-1 du Code de l'éducation selon lequel : « *L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans* ». Ce texte qui a vocation à présenter un caractère universel, semble considérer que l'école et plus largement, l'enseignement est obligatoire pour l'ensemble des enfants résidents sur le sol français, hormis pour les enfants qui ne présentent pas les conditions de vaccination. Cette incohérence est affligeante et semble démontrer une réelle motivation de la part des pouvoirs publics envers la vaccination.

En réalité, l'Etat privilégie la scolarité de l'enfant mais à la condition d'une vaccination imminente. L'article R.3111-17 CSP dispose que : « *L'admission dans tout établissement d'enfants, à caractère sanitaire ou scolaire, est subordonnée à la présentation soit du carnet de santé, soit des documents en tenant lieu attestant de la situation de l'enfant au regard des vaccinations obligatoires* ». Alors que ce premier alinéa démontre une certaine fermeté, laissant présager que l'état de vaccination prime le droit à la scolarité, l'éducation et l'enseignement. L'alinéa second dispose qu' : « *A défaut, les vaccinations obligatoires sont effectuées dans les trois mois de l'admission* ». L'établissement scolaire accueillera donc l'enfant mais imposera, en utilisant le présent de l'indicatif de règlement démontre un caractère obligatoire, que ces vaccinations soient « *effectuées dans les trois mois de l'admission* ».

Il n'est pas sans rappeler que le droit à l'éducation et à l' « instruction » est un droit fondamental garanti par l'article 13 du Préambule de la Constitution de 1946³⁸⁴. Le conditionnement de l'accès à l'enseignement par la législation vaccinale ferait de cette dernière un réel frein à ce « droit créance », une réelle limitation la considérant comme une règle de l'ordre « public sanitaire ».

En somme, la seule possibilité, pour la personne de ne pas être « forcée » à se faire vacciner est celle qui dispose d'une contre-indication liée à son état de santé. Dans ce cas, la personne exerçant l'autorité parentale sera déchargée de sa responsabilité. Cette cause d'irresponsabilité n'est cependant pas liée à la volonté de la personne mais à une cause qui s'apparente de la force majeure.

³⁸⁴ Article 13 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat ».

2) Les vaccins obligatoires et conditionnés à l'exercice d'une profession ou à l'existence de circonstances particulières

Certains vaccins ne sont en effet obligatoires que pour certaines personnes en raison de leur activité professionnelle ou en raison de circonstances particulières, ce qui signifie qu'ils ne sont pas, en principe, obligatoires pour l'ensemble de la population ou qu'ils le deviennent en raison de la survenance d'un phénomène rare comme une épidémie.

a) Le caractère obligatoire du vaccin en raison de l'exercice d'une activité professionnelle particulière

Certaines personnes, exerçant des fonctions dans le milieu médical ou paramédical sont soumises à une obligation vaccinale supplémentaire. Cela signifie que pour les personnes qui n'exercent pas de profession dans ce cadre, la vaccination est facultative.

a1) La présentation législative de l'obligation vaccinale des professions à caractère médico-social

En ce sens, l'article L. 3111-4 CSP dispose qu' : « *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 à des risques de contamination doit être immunisée contre l'hépatite B (...) et la grippe* »

Pour l'alinéa second, : « *Les personnes qui exercent une activité professionnelle dans un laboratoire de biologie médicale doivent être immunisées contre la fièvre typhoïde* ».

A cette liste il faut, également ajouter, selon l'alinéa 4, les « *élèves ou étudiants d'un établissement préparant à l'exercice des professions médicales et des autres professions de santé dont la liste est déterminée par arrêté du ministre chargé de la santé, qui est soumis à l'obligation d'effectuer une part de ses études dans un établissement ou organisme public ou privé de prévention ou de soins, doit être immunisé contre les maladies mentionnées à l'alinéa premier du présent article* ».

Enfin , les articles R. 3112-1 et R. 3112-2 CSP dressent une liste exhaustive de l'ensemble des professions soumises à « *vaccination obligatoire* » en ce qui concerne le vaccin antituberculeux . Il s'agit, outre « *les étudiants en médecine, en chirurgie dentaire et en pharmacie ainsi que les étudiants sages-femmes et les personnes inscrites dans les écoles et établissement préparant aux professions à caractère sanitaire ou social* », des « *professions à caractère sanitaire* » et des « *professions à caractère social* » ainsi que les professions exercées dans des établissements accueillant des enfants en bas âge, « *dans les laboratoires d'analyses de biologie médicale* », « *dans un établissement pénitentiaires,*

de services de probation et des établissements ou services de la protection judiciaire de la jeunesse ».

Il faut également ajouter à cette liste, le « *personnel soignant des établissements et services énumérés (...) ainsi que les personnes qui, au sein de ces établissements, sont susceptibles d'avoir des contacts répétés avec des malades tuberculeux* ». Il s'agit notamment du personnel des « *établissements de santé publics et privés* », « *hôpitaux des armées et institution nationale des invalides* », « *établissement d'hospitalisation à domicile* », « *dispensaires ou centres de soins, centres et consultations de protection maternelle et infantile* », « *d'établissements d'hébergement et services pour personnes âgées* ». Le refus de se soumettre au vaccin antituberculeux, lorsqu'il est obligatoire, entre dans le cadre de l'article L. 3116-4 CSP relatif à la responsabilité pénale en matière d'obligation vaccinale.

a2) L'obligation vaccinale et la « liberté du travail »

Ainsi, l'obtention d'un emploi pour l'ensemble des personnes concernées par ces dispositions est conditionnée à la vaccination contre l'ensemble de ces maladies. L'accès à l'emploi est conditionné à la violation de l'intégrité physique, physiologique. A partir du moment où une personne, refusant tout consentement à un vaccin obligatoire, ne peut exercer la profession de son choix à cause de ce refus, peut-on considérer qu'il s'agit d'une atteinte à la « liberté du travail » ? Selon le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791³⁸⁵, toute personne a le droit d'exercer la profession de son choix.

Dès lors, il est nécessaire de déterminer quelle est la valeur du principe issu de ce texte et de déterminer s'il est applicable en l'espèce. Le Conseil d'Etat, dans une jurisprudence de 1988³⁸⁶, a estimé qu' : « *au nombre des libertés publiques dont, en vertu de cette dernière disposition, les garanties fondamentales relèvent du domaine de la loi figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* ».

Pour Valérie Bernaud³⁸⁷, maître de conférence, il faut attendre les proclamations successives du décret d'Allarde et de la loi Le Chapelier afin que la liberté de travailler soit proclamée. Elle cite Condorcet et Sieyès pour qui « *Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qu'il lui plait, et comme il lui plait ; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros et en détail* »³⁸⁸. Pour lui, il apparaît logique que « la liberté du travail

³⁸⁵ Article 7 de la loi des 2-7 mars 1791 portant « suspension de tous les droits d'aides de toutes les maîtrises et jurandes et établissements des droits de patente » selon lequel : « *A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

³⁸⁶ Conseil d'Etat, assemblée, du 16 décembre 1988, n°75544

³⁸⁷ V. Bernaud, « *Les droits constitutionnels des travailleurs* », Paris, 2003, Economica, Collection Droit public positif, p.34.

³⁸⁸ Article VI du Préliminaire de la Constitution, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution, in Ch. Fauré, « *Les déclarations des droits de l'homme* », Paris, Payot, 1988 ou S. RIALS, « *la Déclaration de 1789* », Paris, Hachette, 1988, 771p.

possède à cette époque une valeur constitutionnelle dans la mesure où les constitution révolutionnaires postérieures se font l'écho de ces principes... ». La question est donc de savoir si, aujourd'hui, ce principe revêt toujours la même valeur.

Cette liberté du travail n'a pas pour autant disparue depuis. Nous pouvons la retrouver par exemple, par l'ancien article L. 412-1 du Code du travail selon lequel « *L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail* »³⁸⁹. La jurisprudence de la Chambre sociale fait également référence à la liberté de travail, notamment un arrêt du 03 décembre 1986 qui considère que l'installation de « *piquets de grève* » constituait une « *obstruction physique* » de manière à « *empêcher les salariés non gréviste de travailler* »³⁹⁰. Ainsi selon le professeur Supiot³⁹¹, la « lecture formelle » de la liberté du travail a vocation de limiter l'ensemble des droits collectifs relatifs au travail tel que le droit de grève ou la liberté syndicale, deux droits de valeur constitutionnelle. Il en découle alors que cette liberté de travail revêt également une valeur égale. Un arrêt de la chambre sociale viendra confirmer qu'il s'agit d'un principe constitutionnel. En effet, la Cour de cassation considéra qu'« *Attendu, cependant, qu'ayant pour effet d'apporter une restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, posé par l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, et à la liberté du travail garantie par la Constitution, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »³⁹². Cet arrêt nous donne deux apports. Dans un premier temps que le décret d'Allarde produit toujours des effets en droit positif mais également que la liberté de travail a une valeur constitutionnelle. La Chambre sociale semble attachée à la protection de « *la liberté du travail* » disant « *que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail* »³⁹³.

Le Conseil d'Etat, le 04 octobre 2004, semble également ériger ce principe comme recouvrant une valeur fondamentale en disant « *la décision par laquelle l'inspecteur du travail refuse d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé, qui lui est demandé à raison de faits de harcèlement moral sur ses subordonnés, peut, par ses conséquences, porter atteinte à une liberté fondamentale...* »³⁹⁴. Cette « liberté fondamentale » doit s'entendre au sens de l'article L. 521-2 CJA, il n'a cependant pas de valeur constitutionnelle.

³⁸⁹ Ancien article L. 412-1 du Code du travail tel modifié par la loi n°2001-152 du 19 février 2001, abrogé par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007.

³⁹⁰ Cour de cassation, Chambre sociale du 3 décembre 1986, n°85-15.376.

³⁹¹ A. Supiot, « Le travail, liberté partagé », Droit social 1993, p.715.

³⁹² Cour de cassation, Chambre sociale du 19 novembre 1996, n°94-19.404.

³⁹³ Cour de cassation, Chambre sociale du 11 juillet 2000, n°98-43.240.

³⁹⁴ Conseil d'Etat, 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies du 04 octobre 2004, n°264310.

En ce qui concerne son contenu, le professeur Jean Pélissier considère qu'il s'agit pour toute personne en quête d'emploi de pouvoir contracter avec l'employeur de son choix et pour le travail de son choix³⁹⁵. Même si, comme il le rappelle, ce droit n'est que théorique, il est néanmoins garanti de manière accrue par le législateur afin de renforcer son effectivité. Néanmoins, comme nous avons pu le constater dans l'ensemble des jurisprudences évoquées, la liberté du travail concerne également la liberté du salarié embauché. C'est sous cet angle que le Conseil constitutionnel évoque cette notion dans sa décision du 20 juillet 1988³⁹⁶, « *Amnistie* ».

b) L'obligation vaccinale en raison de circonstances particulières

Certaines circonstances rendent également obligatoire la vaccination contre une maladie. Il en va ainsi de l'obligation vaccinale contre la fièvre jaune imposée aux personnes résidant Guyane. Le décret n°67-428 du 22 mai 1967 disposait en son article premier que : « *La vaccination anti-amarielle est rendue obligatoire sauf contre-indication pour toutes les personnes âgées de plus d'un an et résidant en Guyane ou y séjournant* ». Ce décret a été abrogé par celui du 21 mai 2003³⁹⁷.

Le vaccin antituberculeux peut également être obligatoire pour des raisons autres que professionnelles. En effet, l'article L. 3112-1 CSP dispose que ce vaccin peut être obligatoire en raison « *du milieu de vie* ». Il s'agit notamment des « *enfants de moins de 6 ans* » fréquentant des lieux comme des crèches, « *écoles maternelles* » ou « *pouponnières* », ainsi que les « *enfants de plus de six ans* », les « *adolescents* » fréquentant les établissements scolaires du « *premier et second degré* ».

Enfin, la vaccination contre certaines maladies peut être imposée par les autorités lorsqu'il existe un risque d'épidémie sur l'ensemble ou une partie du territoire. Ainsi, l'article L. 3111-6, alinéa premier, dispose que : « *Le ministre chargé de la santé peut instituer par arrêté l'obligation de la vaccination antityphoparatyphoïdique pour toutes les personnes de dix à trente ans résidant dans les zones de territoires menacées par une épidémie de fièvre typhoparatyphoïdes* ». Il s'agit, ici, clairement de décisions et mesures contraignantes motivées par un souci de préservation de santé publique.

B) Les dispositions légales, à l'étranger quant à l'obligation vaccinale

Dans de nombreux pays il n'existe pas d'obligation vaccinale. L'on ne trouve, dès lors, aucun texte déterminant cette faculté dans la mesure où elle relève du droit commun du libre consentement aux soins. Ainsi au Québec, on ne trouve que quelques

³⁹⁵ J. Pélissier, « La liberté du travail », Droit social 1990, p.19.

³⁹⁶ Conseil constitutionnel n°88-244 DC du 20 juillet 1988, « *Amnistie* », Cons. 22 « *Considérant que les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ; que, dans certains cas, elles peuvent également affecter la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes* ».

³⁹⁷ Décret n°2003-462 du 21 mai 2003 relatif « *aux dispositions réglementaires des parties I, II, III du Code de la santé publique* ».

références aux vaccins quant à l'information qui doit être fournie autour du produit ou des recommandations autour de certaines activités. Ainsi, l'article 312.72 du Règlement sur la santé et la sécurité au travail³⁹⁸ dispose que : « *Les vaccins contre la polio, le tétanos, l'hépatite A de même que tout autre vaccin prescrit par un médecin de plongée doivent être fournis gratuitement à tout plongeur qui travaille en milieu contaminé* ».

En Espagne, une loi du 22 avril 1980³⁹⁹ dispose que les vaccins contre la variole ou la diphtérie, par exemple, peuvent être rendus obligatoires sur décision du Gouvernement à l'occasion de révélations répétées de cas de ces maladies ou lors d'une épidémie actuelle ou prévisible. Dans tous les cas, le Gouvernement peut émettre des recommandations ponctuelles concernant des vaccinations dont l'efficacité est reconnue de manière totale ou partielle et qui ne constituent aucun danger.

Le tribunal constitutionnel espagnol s'est prononcé⁴⁰⁰ sur le respect des principes fondamentaux et notamment de l'autonomie de la personne concernant les soins médicaux. Il estime que l'administration médicale ne viole pas les droits du patient relatifs au respect de son autonomie ou de sa dignité lorsqu'on lui impose des traitements pouvant lui éviter la mort. De plus, la loi organique du 14 avril 1986⁴⁰¹, en son article 2, dispose que les autorités compétentes ont la possibilité d'adopter toute mesure de soins ou de contrôle lorsque des indices rationnels permettent de déceler l'existence d'un danger pour la santé publique déduite de la situation concrète d'une personne ou d'un groupe de personnes ou pour les raisons sanitaires qui découlent d'une activité.

En conclusion, en Espagne, il n'existe aucune obligation permanente de vaccination. Les obligations en matière de vaccin n'existent que lorsqu'un réel danger pour la population, lors d'une épidémie, lorsqu'un risque pour la santé publique se présente.

Une décision de justice du 16 mars 2011⁴⁰², acquittant des personnes ne s'étant pas soumises au vaccin de la poliomyélite, rend ce dernier facultatif. Issu d'un Arrêté Royal de 1966, il s'agissait du dernier vaccin obligatoire. Le tribunal a estimé que la disposition contestée est contraire à la loi du 22 août 2002 qui institue l'autonomie du patient en matière médicale. Le tribunal estime que d'une manière générale : « *le patient ne peut en aucune manière être contraint de subir une intervention déterminée du praticien professionnel* ». Qu'en vertu d'une hiérarchie des normes, l'arrêté en question étant contraire à la loi, il n'y a pas lieu de maintenir son application.

La France reste donc l'un des rares pays à maintenir une obligation vaccinale permanente. Contrairement à de nombreux pays et notamment, l'Espagne ou la

³⁹⁸ Règlement sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ c S-2.1, r13 dans sa version du 7 mai 2014

³⁹⁹ Loi du 24 avril 1980, n°22/1980

⁴⁰⁰ Tribunal constitutionnel espagnol du 27 juin 1990, n°120/1990

⁴⁰¹ Loi organique du 14 avril 1986, n°3/1986 sur les mesures spéciales en matière de santé publique

⁴⁰² Décision du Tribunal de Tournais du 16 mars 2011, n°308

Belgique, l'injection de vaccin est obligatoire. Plus qu'une contrainte, la loi parle de « soumission » là où d'autres pays parlent de « liberté ». Si l'on en croit l'article L. 1111-4, toute personne a la possibilité de refuser des soins, des traitements. Néanmoins, cette faculté n'existe pas en matière de vaccins. Le vaccin constitue donc un traitement, un soin hors norme.

Paragraphe 2 : Le contentieux lié à l'injection de vaccins

L'obligation vaccinale a donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence. Le contentieux concerne autant les conséquences du vaccin sur l'organisme que des jurisprudences concernant l'état de l'obligation vaccinale. Il ne s'agira ici que de l'étude de la jurisprudence ordinaire et non de la décision constitutionnelle du 20 mars 2015 que verrons plus loin. Nous étudierons donc successivement le contentieux lié à l'obligation vaccinale (A) et le contentieux lié à la liberté vaccinale (B).

A) L'obligation vaccinale et le contentieux lié à ses conséquences sur la santé de l'Homme

1) Une règle affirmée par le législateur

Loin de son rôle salvateur et préventif, le vaccin est également la cause d'un certain nombre d'affections comme, notamment, la sclérose en plaques. En connaissance de ce problème, le législateur a institué un article prévoyant l'indemnisation des victimes. Issu de la loi du 9 août 2004 et modifié par la loi du 17 décembre 2008, l'article L. 3111-9 dispose que : « *Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent chapitre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L.1142-22, au titre de la solidarité nationale* ».

Sur le fond, l'indemnisation de l'ONIAM ne peut intervenir que pour les vaccinations obligatoires. En l'absence de précision nous pouvons considérer qu'il s'agit des vaccinations obligatoires pour tout individu et celles qui sont rendues obligatoires en raison de circonstances particulières. L'indemnisation ne peut donc intervenir pour les personnes ayant spontanément et librement consenti aux vaccins. Comme l'énonce le cinquième alinéa, il s'agit d'une proposition d'indemnisation *ante* judiciaire. Il s'agit d'une « *transaction* » qui selon les dispositions du Code civil (articles 2044 et suivants) met fin à toute procédure judiciaire. Néanmoins, comme tout contrat, cette proposition peut être refusée si la victime estime que le montant de l'indemnisation est insatisfaisant.

2) L'indemnisation des victimes de troubles liés à la vaccination

De nombreux vaccins suscitent la controverse, notamment le vaccin contre la rougeole, la coqueluche, la grippe, l'hépatite B ou le papillomavirus. Ainsi, de nombreux cas de vaccinés contre l'hépatite B se sont retrouvés affectés par la sclérose en plaques. De nombreuses études démontrent la survenance d'effets secondaires indésirables après vaccination, notamment un rapport de 2005 établi par « l'European Forum for Vaccine Vigilance » qui estime que le principe de précaution, en la matière, réside en la non-vaccination. Selon l' « International Medical Council on Vaccination » il existe 8 000 effets secondaires différents liés au vaccins. D'un point de vue de la politique économique et l'importance du secteur de production médicamenteuse, il est difficile de demander aux laboratoires de saborder leurs produits, d'autant que ces derniers sont obligatoires. Dès lors, les responsabilités seraient nombreuses et d'une envergure conséquente. La responsabilité de l'Etat en premier lieu, ainsi que celle des groupes pharmaceutiques serait certainement engagée donnant lieu à un sacré tapage médiatique dont l'ensemble de ces acteurs se passeraient amplement. Néanmoins, les juridictions semblent préserver ou camoufler les réels impacts de la vaccination. Ainsi nous constatons convenablement que l'arrêt de la Cour européenne du 15 mars 2012⁴⁰³, « *Affaire Mor c/ France* », qu'un rapport d'expert sur les conséquence du vaccin de l'hépatite B a abouti à une longue bataille juridique entre les victimes ainsi que les laboratoires pharmaceutiques. La Cour considère que le rapport sur les conséquences du vaccin contre l'hépatite B n'est pas contraire à la liberté d'expression. Pour la Cour « *les déclarations de la requérante s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général, s'agissant d'une procédure diligentée pour homicide involontaire à l'initiative des victimes de maladies survenues après une vaccination contre l'hépatite B. Les faits concernaient directement une question de santé publique et mettait en cause non seulement la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques chargés de la fabrication et de l'exploitation du vaccin contre l'hépatite B, mais également des représentants de l'Etat en charge des questions sanitaires. L'opinion publique était donc assurément intéressée par cette question* ».

Dans cette optique, la jurisprudence a retenu certains critères lui permettant d'établir ce lien de causalité si convoité dans la mise en place de la responsabilité de l'auteur du dommage.

a) *Le contentieux du vaccin contre l'hépatite B devant le Conseil d'Etat*

Le Conseil d'Etat retient un certain nombre de critères visant à établir un lien causal ou, du moins, un faisceau d'indices susceptible d'établir un lien suffisant entre l'injection du vaccin et les affections qui en font suite.

⁴⁰³ Cour européenne des droits de l'homme du 15 mars 2012, n°28198/09 « *Affaire Mor c/ France* »

a1) La nécessité d'un « bref délai » et d'une postériorité des symptômes

Dans l'espèce du 09 mars 2007, Mme. A ayant reçu deux injections de rappel du vaccin contre l'hépatite B, obligatoire en raison de son activité professionnelle, a fait constater l'apparition de symptômes correspondant à ceux de la sclérose en plaques. En l'occurrence, il s'agissait d'une « *névrite optique* » et d'une « *paralysie régressive du membre supérieur droit* ». Devant l'apparition de ces symptômes, l'ONIAM a proposé une indemnisation à Mme A. via une procédure de transaction, en vertu de l'article L. 3111-9 du CSP. Néanmoins, « *le directeur du centre hospitalier de Sarreguemines a rejeté sa demande à ce que soit reconnue l'imputabilité de la sclérose en plaque (...) à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B* ».

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a rendu une décision le 09 mars 2007⁴⁰⁴ établissant l'ensemble des critères retenus et nécessaires à l'imputabilité de la sclérose en plaque à l'injection du vaccin contre l'hépatite B. Il énonce que : « *l'imputabilité au service de la sclérose en plaques dont souffre Mme A doit, dans les circonstances particulières de l'espèce, être regardée comme établie, eu égard, d'une part, au bref délai ayant séparé l'injection de mars 1991 de l'apparition du premier symptôme cliniquement constaté de la sclérose en plaques ultérieurement diagnostiquée et, d'autre part, à la bonne santé de l'intéressé et à l'absence, chez elle, de tous antécédents à cette pathologie, antérieurement à sa vaccination ; que, par suite, c'est à tort que le directeur du centre hospitalier général de Sarreguemines a rejeté la demande de l'intéressée tendant à ce que soit reconnue l'imputabilité au service de sa maladie...* ».

Le Conseil d'Etat exige deux conditions pour établir un lien causal entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques. La première condition est celle de l'antériorité, la victime ne peut se prévaloir d'une indemnisation si elle manifeste des symptômes antérieurs aux injections mises en cause. Ce critère semble logique dans la mesure où la présomption d'imputabilité revêt une certaine valeur, une certaine autorité si les symptômes incriminés apparaissent après l'injection. Néanmoins, le critère reste discutable dans la mesure où les symptômes peuvent exister avant l'injection du vaccin mais peuvent être largement aggravés par la suite. L'aggravation des symptômes pouvant très certainement faire l'objet d'une indemnisation liée à l'handicap encouru.

Le deuxième critère retenu est celui de la brève temporalité qui sépare l'injection de l'apparition des symptômes. Il s'agit d'un critère d'appréciation objective pour les magistrats. Il est néanmoins indispensable de définir la notion de « *brefs délais* » nécessaire à l'établissement du lien causal. En l'espèce, les délais retenus comme étant « *brefs* » sont égaux à deux mois. Il s'agit, effectivement, de délais très « *brefs* » et il est même nécessaire de les rallonger de manière conséquente dans la mesure où certains symptômes peuvent apparaître des années plus tard.

⁴⁰⁴ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies du 9 mars 2007, n°267635

a2) L'application de la théorie de la « causalité adéquate »

Le même jour⁴⁰⁵, le Conseil d'Etat a considéré que le délai de dix mois s'écoulant entre le moment de l'injection du vaccin contre l'hépatite B et l'apparition des symptômes constituait un délai trop éloignée afin de pouvoir établir un lien de causalité. Le Conseil a estimé que « *le délai constaté, en l'espèce, entre la dernière injection reçue par l'intéressée et le développement des premiers symptômes de la sclérose en plaque ne permettait pas de regarder comme établi l'existence d'un lien de causalité entre la vaccination et la pathologie de Mme A, pour en déduire que l'affection dont elle est atteinte n'était pas directement imputable au service* ». Outre l'indication que nous donne le Conseil d'Etat sur le délai nécessaire à l'établissement du lien causal, les magistrats nous donnent une autre indication sur les conditions de la responsabilité. Il faut que cette dernière soit « *directe* ».

Pour le Conseil d'Etat, la survenance des symptômes de manière tardive implique que le lien causal ne peut être retenu dans la mesure où le fait générateur ne peut, dès lors, être considéré comme étant « *direct* ». Cela signifie que le Conseil d'Etat retient l'application de la théorie de la « causalité adéquate ». Théorie doctrinale selon laquelle : « *parmi les antécédents nécessaires du dommage, seuls seront considérés comme causes ceux qui, d'après le cours normal des choses, étaient de nature à engendrer le dommage* »⁴⁰⁶. Le fait de retenir cette conception du lien causal engendre une réfutation de la théorie de « l'équivalence des conditions » qui correspond, selon le professeur Corinne Renaul-Brahinsky à : « *Tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit, c'est-à-dire tout événement qui constitue la condition sine qua non du dommage peut être considéré comme cause du dommage* »⁴⁰⁷.

Il existe donc un contraste entre ces deux théories, une s'avérant nettement plus souple que l'autre. Le Conseil d'Etat considère que lorsque le délai est trop important entre l'injection, le fait générateur et l'apparition des symptômes, le dommage, le lien causal s'atténue. Or, il s'agit du même acte. Pourquoi un même acte est constitutif d'une mise en responsabilité lorsque le dommage apparaît rapidement alors qu'il n'est pas fautif lorsque la durée avec la survenance du dommage est un peu plus grande ? La survenance des symptômes est chose pourvue d'un aléa et dépendant de la nature de la personne qui reçoit les injections ainsi que du temps de réaction qui peut être nécessaire. Le Conseil d'Etat prend alors ses distances avec son intention d'indemniser les victimes du vaccin de l'hépatite B. Il s'agit d'une décision clairement opportune tendant à limiter l'indemnisation des victimes de la vaccination, peut-être en raison de sa connaissance sur l'ampleur du contentieux.

⁴⁰⁵ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies du 9 mars 2007, n°285288

⁴⁰⁶ Définition citée par Corinne Renault-Brahinsky dans son ouvrage « Droit des obligations », 7^{ème} édition, 2010, Collection Mémentos LMD chez Gualino, Lextenso éditions.

⁴⁰⁷ Ibidem.

Dans un arrêt du 4 juillet 2008⁴⁰⁸, le Conseil d'Etat a considéré que la personne ayant reçu quatre injections, respectivement les 23 octobre 1992, 3 décembre 1992, 12 février 1993 et 22 novembre 1993 et dont les premiers symptômes de la sclérose en plaques, déclarée en juin 1993, sont apparus dès janvier 1993 pouvait prétendre à des indemnités de la part de l'Etat. En effet, dans la mesure où « *l'intéressé ne souffrait pas de cette maladie avant la vaccination ; que de telles circonstances doivent être regardées comme établissant l'existence d'un lien de causalité direct entre la vaccination obligatoire et la sclérose en plaques...* ». La patiente ayant vu les symptômes apparaître durant le processus de vaccination, il était nécessaire de déclarer que le délai était valable. De plus, les magistrats réitèrent la condition selon laquelle le patient ne doit pas présenter les symptômes préalablement à la vaccination et surtout, elle réitère sa position concernant la nature du lien causal.

Quelques jours plus tard⁴⁰⁹, le 11 juillet 2008, le Conseil d'Etat va plus loin et explicite la nécessité du lien causal. Les magistrats énoncent clairement leur volonté de rendre ce lien causal direct dans la mesure où ils déclarent : « *pour juger établi un lien de causalité direct entre la vaccination obligatoire contre l'hépatite B reçue par Mme A et l'apparition chez cette dernière d'une sclérose en plaques latérale amyotrophique...* ». Dans les décisions précédentes, ils analysent le délai afin de savoir s'il est susceptible de constituer un lien causal direct. Dans cette décision, ils rappellent que le lien causal direct est une nécessité afin d'établir la responsabilité de l'Etat et que dès lors, au regard de cette exigence, ils analysent le délai et estiment s'il est constitutif d'un lien causal direct. Dans le fond cela revient au même mais dans l'esprit cela revient à dire que le magistrat ne s'attache plus réellement au délai mais bien au caractère direct du lien causal.

a3) Des délais de survenance des symptômes souvent trop éloignés

Dans plusieurs décisions, les magistrats ont considéré que le délai de survenance des symptômes était trop éloigné des injections afin d'établir une « *imputabilité de la sclérose en plaques* » aux injections. Il en va ainsi du délai supérieur à un an⁴¹⁰. Le Conseil d'Etat réitère son exigence d' « *une relation de causalité directe et certaine entre cette vaccination* »⁴¹¹ et la sclérose en plaques et que le délai de deux ans et demi constitue une trop longue durée afin de remplir cette exigence. Cela n'a pas empêché la Cour administrative d'appel de Nancy de verser des dommages-intérêts supérieurs à deux millions d'euros pour une victime de sclérose en plaque du fait de la vaccination contre l'hépatite B⁴¹², le 02 juin 2014.

⁴⁰⁸ Conseil d'Etat, 5^{ème} sous-section du 4 juillet 2008, n°299832

⁴⁰⁹ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, du 11 juillet 2008

⁴¹⁰ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies du 24 juillet 2009

⁴¹¹ Conseil d'Etat, 9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies du 27 juillet 2011

⁴¹² Cour administrative d'appel de Nancy, 4^{ème} Chambre du 02 juin 2014, n°11NC00348.

b) Le contentieux du vaccin contre l'hépatite B devant la Cour de cassation

Contrairement au Conseil d'Etat qui va principalement s'attacher à juger de l'opportunité de la responsabilité de l'Etat, la Cour de cassation va surtout s'attacher à juger de l'opportunité de la responsabilité des industries pharmaceutiques. Les plaignants pourront notamment s'appuyer sur la législation relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, codifiée aux articles 1386 et suivants du Code civil.

b1) La présentation de la législation sur la responsabilité du fait des produits défectueux

La législation relative à la responsabilité du fait des produits défectueux est principalement issue de la loi du 19 mai 1998⁴¹³. Cette loi fait suite à une directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au « *rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux* ».

Selon ces dispositions, « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* ». Les laboratoires seront donc tenus responsables des dommages causés à la victime dus à la défectuosité de leur produit. Il est donc nécessaire, pour établir une quelconque responsabilité, que la défectuosité du produit soit prouvée.

A propos de cette notion de défectuosité, l'article 1386-4 du Code civil dispose qu' : « *Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* ». L'alinéa second tempère le principe en précisant que : « *Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation* ». Le législateur exige donc une trois conditions cumulatives pour retenir la défectuosité du produit. Premièrement, la plus éloignée du contexte vaccinal, l'utilisation « raisonnable » qui doit être faite du produit. En ce qui concerne le vaccin, il difficile d'en faire une utilisation autre que celle prescrite. En effet, la distribution étant réservée aux pharmacies, la délivrance du produit s'accompagne d'une information sur les conditions de conservation du produit afin que ce dernier soit efficace et ait pour conséquences le moins d'effets indésirables possibles. Enfin, l'utilisation pure du produit, l'injection, est le résultat de l'acte du professionnel de santé qui, en sa qualité utilise le produit *a priori* de manière adéquate aux recommandations. Pour la seconde condition, celle qui concerne la « *présentation du produit* », cela renvoie à l'information des risques que le patient peut avoir lors de l'injection. Sur ce point, la jurisprudence du 29 mai 2013⁴¹⁴ a estimé que l'information introduite dans la notice

⁴¹³ Loi du 19 mai 1998, n°98-389 relative à « *la responsabilité du fait des produits défectueux* »

⁴¹⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 29 mai 2013, n°12-20.903.

relative aux risques pouvait être « vulgarisée » par crainte de détourner le vaccin de sa réelle destination à savoir, l'immunisation de l'individu contre certaines maladies. Enfin, la dernière condition est relative au « *moment de la mise en circulation* » du produit. En ce qui concerne le vaccin cela peut nous faire penser qu'il est nécessaire au moment de la mise sur le marché de la connaissance d'un risque réel, démontré. Cela signifie que sans l'établissement d'études rigoureuses et irréfutables, prouvant le lien entre l'injection du vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaque, il est impossible de retenir la défectuosité d'un produit.

b2) La difficile mise en responsabilité du fabricant de vaccins sur le fondement de la législation des produits défectueux

Dans l'arrêt du 25 novembre 2010⁴¹⁵, Mme X a reçu diverses injections du vaccin contre l'hépatite B, le 29 juin 1994 et les 13 janvier et 12 juin 1995 et a contracté les symptômes d'une sclérose en plaques, postérieurement déclarée, dans les quinze jours suivants l'injection. Faisant grief à l'arrêt des juges du fond la déboutant de sa demande, elle se pourvoit en cassation, afin d'établir la responsabilité du fabricant sur le fondement des produits défectueux, au moyen que les conditions préalablement évoquées étaient remplies dans la mesure où le risque de sclérose en plaques était connu car inscrit dans le dictionnaire Vidal mais que la notice du vaccin ne faisait aucune mention de ce risque ainsi qu'au moyen que la cour d'appel a balayé certains rapports d'experts menés au débat et établissant un lien entre le vaccin et la pathologie concernée au motif qu'il n'existait aucun consensus sur l'avis des experts, que les rapports étaient contradictoires.

La Cour de Cassation rejette le pourvoi en estimant que « *l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que Mme X... ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection de Mme X... et la vaccination...* ». Cette décision est largement contestable dans la mesure où elle ne se base que sur l'absence d'un consensus médical. Or, la loi de 1998 n'exige nullement un consensus scientifique autour des risques du vaccin contre l'hépatite B. En effet, la dernière condition évoquée relative au « *moment de la mise en circulation* » sous entend qu'à l'époque de la mise en circulation l'information devaient être connue, et elle était vraisemblablement connue dans la mesure où des cas avaient déjà été révélés. La logique de la Cour de cassation est donc de dire que le consensus n'étant pas atteint par les chercheurs, le fabricant ne pouvait être certain du réel danger de l'administration d'un tel vaccin. La Cour de cassation semble donc exiger une information certaine sur

⁴¹⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 25 novembre 2010, n°09-16.556

l'état du produit et ses risques afin de déterminer si le fabricant peut engager sa responsabilité lors de sa mise sur le marché.

Enfin, la Cour de cassation semble prendre une direction différente du Conseil d'Etat dans la mesure où les critères exigés par ce dernier étaient remplis. En effet, il n'existait, chez la victime, aucun antécédent familial ou même personnel de symptômes de la sclérose en plaque. Ces derniers ne s'étant révélés que quinze jours après la dernière injection, le critère du « *bref délai* » était rempli. Cela aura pu servir à la Cour de cassation pour retenir le lien causal entre l'administration du vaccin et le développement de la pathologie mais elle a estimé ne pas être compétente afin d'apprécier le lien causal, renvoyant cette fonction aux juges du fond. La Cour de cassation n'a, néanmoins, pas voulu risquer d'ouvrir une porte dévastatrice pour l'économie pharmaceutique nationale. En effet, si la Cour de cassation avait considéré que les faits étaient constitutifs de l'établissement d'un lien causal, à l'instar du Conseil d'Etat, son argumentation ne tenait plus. En présence de rapports évoquant l'existence de ce risque, malgré l'absence de consensus, et en reconnaissant l'imputabilité à l'injection de la sclérose en plaques, la Cour de cassation aurait été dans l'obligation logique d'indemniser la victime. Or, estimant que l'une des conditions n'était pas remplie à l'égard de la connaissance certaine des risques au moment de la mise sur le marché, elle ne pouvait faire autrement que botter en touche afin de refuser l'indemnisation.

En revanche, la décision de la Cour de cassation n'est pas dénuée d'intérêt dans la mesure où elle reconnaît que le défaut d'information sur la notice permet à la victime de s'appuyer sur la notion nécessaire à la mise en place de la responsabilité des articles 1386 et suivants du Code civil. Il s'agit de la notion de « *sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* ». Elle rappelle qu' : « *un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; que, dans l'appréciation de cette exigence, il doit être tenu compte, notamment, de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu, et du moment de sa mise en circulation ; qu'en affirmant que le vaccin Génhévac B fabriqué par la société Pasteur Vaccins et injecté à mademoiselle X... en 1994 et 1995 ne présentait pas le caractère d'un produit défectueux, après avoir constaté que le dictionnaire Vidal 1996 indiquait comme effet indésirable possible la poussée d'une sclérose en plaques dans les semaines suivant la vaccination, quand la notice de présentation du produit litigieux injecté à mademoiselle X... ne contenait pas cette information de sorte que le vaccin présentait le caractère d'un produit défectueux...* ».

En outre, la Cour de cassation relève que le défaut d'information sur la notice, à destination de l'utilisateur, implique la reconnaissance du caractère défectueux du produit alors que l'information permet, au contraire, de prévenir la personne soumise à l'injection et donc de présenter la sclérose en plaques comme un risque connu, normal et donc nullement liée, de manière spécifique, au seul vaccin utilisé. Cette information permet donc au fabricant de le dédouaner de toute responsabilité liée à la défectuosité de son produit.

Enfin, la Cour de cassation, qui n'a pas voulu se risquer à la critique, a estimé qu'en vertu des circonstances présentées à elle et aux juges du fond, ces derniers auraient pu prendre une décision différente quant à l'établissement d'un lien de causalité. En effet, elle considère qu'il appartient aux juges du fond, dans l'expression de leur souveraineté, d'apprécier les faits et qu'en l'espèce, aux vues des faits, ces derniers étaient en mesure de constituer « *des présomptions graves, précises et concordantes dont elle devait déduire un lien causal entre la vaccination de mademoiselle X... et le préjudice subi par celle-ci* ». Cette extrait de la décision démontre une réelle opportunité de la décision dans la mesure où la Cour de cassation, s'estimant incompétente pour ce qui est de l'appréciation des faits, aurait pu renvoyer devant une nouvelle cour d'appel afin que cette dernière entraîne une décision diamétralement opposée à celle rendue par la Cour d'appel de Paris le 19 juin 2009.

b3) De nouvelles perspectives pour les victimes de sclérose en plaques due au vaccin contre l'hépatite B ?

Discrète, timide et peu audacieuse, voilà les adjectifs pouvant qualifier la Cour de cassation dans son arrêt du 25 novembre 2010. Laisant les litiges fondés sur la défectuosité des vaccins et sur la possible imputabilité de ce dernier à la sclérose en plaques aux juges du fond peu enclin à admettre une telle responsabilité à l'industrie pharmaceutique, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 26 septembre 2012⁴¹⁶ pouvant susciter tous les espoirs d'indemnisation de la part des victimes.

Alors que les juges du fond avaient débouté les ayant droits de la victime sans analyser le rapport bénéfice/risque qui pouvait être établi au regard des faits et que la Cour d'appel ne s'était contenté de déclarer que : « *le défaut de sécurité objective du produit n'est pas établi et que sa seule implication dans la réalisation du dommage ne suffit pas à mettre en jeu la responsabilité du producteur* ». La Cour d'appel se borne donc à énoncer des règles générales et rappelle que la simple « *implication* » du vaccin dans la réalisation du dommage était insuffisante à mettre en jeu la responsabilité du fabricant. Elle rappelle donc, en outre, que la règle évoquée par le Conseil d'Etat selon laquelle il doit exister une causalité directe n'était pas, en l'espèce, remplie. La notion de « *seule implication* » renvoie, en effet, à la théorie de « l'équivalence des conditions » infructueuse dans ce genre de litige.

Néanmoins la Cour de cassation, casse l'arrêt au motif qu' : « *en se déterminant ainsi, par une considération générale sur le rapport bénéfice/risque de la vaccination, après avoir admis, en raison de l'excellent état de santé antérieur de Jack X..., de l'absence d'antécédents familiaux et du lien temporel entre la vaccination et l'apparition de la maladie, qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de dire que le lien causal entre la maladie et la prise du produit était suffisamment établi, sans examiner si les circonstances particulières qu'elle avait ainsi retenues ne constituaient pas*

⁴¹⁶ Cour de Cassation du 26 septembre 2012, n°11-17.738

des présomptions graves, précises et concordantes de nature à établir le caractère défectueux des trois doses administrées à l'intéressé... ». La Cour, admet donc qu'un lien causal peut exister entre l'injection du vaccin et la contraction de la maladie. Que ce lien est dès lors apprécié de manière motivée par les juges du fond qui ne peuvent se contenter de raisonner par des règles générales sans apprécier l'effectivité des faits. Elle entrouvre donc la porte destinée à l'indemnisation des victimes de sclérose en plaques du fait de leur vaccination. La Cour retient les mêmes critères que le Conseil d'Etat dont l'application semble plus efficace auprès du juge administratif.

La Cour de cassation semble donc reprendre la main en matière de litige lié à l'injection du vaccin contre l'hépatite B. En effet, dans l'arrêt du 29 mai 2013, malgré le rejet du pourvoi, la Cour de cassation entreprend une réelle démarche d'analyse afin d'essayer de constituer une réelle présomption de causalité, chose qu'elle ne réussira pas à établir en l'absence d'un certain nombre de preuves, notamment quant aux dates exactes de la survenance des premiers symptômes, la maladie n'ayant été déclarée que deux ans plus tard.

b4) L'argument de l'information médicale comme échappatoire ?

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'information due au patient peut faire l'objet d'un recours en vue d'une indemnisation. Néanmoins, il faudrait alors envisager un recours à l'encontre de la personne qui pratique l'injection et non contre le fabricant dans la mesure où ces derniers ne sont pas des « professionnels de santé » tels que visés par l'article L. 1111-2 CSP. En effet, selon la liste du fichier d'Automatisation Des Listes des professions de santé établie par le ministère de la santé, les fabricants de produits pharmaceutiques ne sont pas concernés par cette obligation. Il sera nullement envisageable de fonder son action juridique sur l'article 1386 du Code civil dans la mesure où la personne pratiquant le vaccin n'est pas le fabricant et donc irresponsable du point de vue de la qualité du produit. Il sera seulement susceptible d'être poursuivi sur le fondement du défaut d'information.

Néanmoins, la Cour de cassation ne semble pas l'entendre ainsi, pour l'heure. Dans son arrêt du 23 janvier 2014⁴¹⁷, elle a refusé d'étendre l'obligation d'information au professionnel de santé procédant à l'injection d'un vaccin contre l'hépatite B. Une nuance cependant, la Cour a jugé opté pour cette décision en raison de la méconnaissance de la maladie contractée par la patiente comme étant une éventuelle conséquence de l'administration du vaccin. *A contrario*, lorsque le risque est connu et inhérent à l'administration du vaccin, il professionnel de santé alors tenu d'une information.

⁴¹⁷ Cour de Cassation, Première Chambre civile du 23 janvier 2014, n° 12-22.123.

B) La liberté vaccinale et le contentieux lié à ses conséquences sur la santé de l'Homme

Comme nous l'avons vu, la loi ne reconnaît une indemnisation des victimes de pathologies liées à l'injection d'un vaccin que dans les cas où le vaccin est obligatoire. Lorsque le recours au vaccin est le fruit d'un recours spontané faisant état de la liberté de la personne en l'espèce, la responsabilité de l'Etat ne semble pouvoir être engagée. Le recours sur le fondement des produits défectueux semble, lui, néanmoins tout à fait envisageable dans la mesure où il concerne les qualités intrinsèques du produit. En revanche, comme nous venons de l'énoncer, il est difficile d'établir un lien direct entre la défectuosité du vaccin et la contraction d'une pathologie. L'émanation de cette liberté se concrétise par le recours spontané au vaccin mais également par le refus de se faire vacciner.

1) Le contentieux vaccinal lié à la libre volonté de se soumettre à l'injection

Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer, le 24 avril 2012, sur le cas du vaccin non obligatoire. En l'espèce⁴¹⁸, une jeune fille de cinq mois est soumise à l'administration du vaccin Pentacoq. Ce vaccin comporte trois valences obligatoires et deux facultatives. Que, suite à l'administration de ce vaccin, elle présente, en quelques jours, des symptômes, des « *troubles graves qui ont évolué en une rhombomyélite et l'ont laissée atteinte de lourdes séquelles neurologiques* ». Les juges du fond ont, en première instance, refusé d'indemniser les parents, puis, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé cette décision. Dès lors, c'est le Ministre de la Santé et des Sports qui s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat au moyen que l'indemnisation d'Etat ne peut intervenir que lorsque le vaccin est revêtu d'un caractère obligatoire et que l'imputabilité de la pathologie déclarée n'était pas vérifiée.

Les magistrats du Conseil d'Etat ont répondu : « *qu'en se fondant sur ce faisceau d'éléments, qui était de nature à faire présumer en l'espèce l'origine vaccinale de la rhombomyélite, la cour a pu, sans commettre d'erreur de droit ni de qualification juridique, regarder le dommage comme imputable à l'administration du vaccin Pentacoq ; que, dès lors que ce vaccin comporte au moins une valence correspondant à une vaccination obligatoire et qu'il n'était pas démontré que les troubles seraient exclusivement imputable à l'une des valences facultatives, la cour n'a pas d'avantage commis d'erreur de droit en jugeant que le dommage entrainé dans les prévisions de l'article L.3111-9 du code de la santé publique* ».

Cet arrêt est intéressant à plusieurs points de vue. D'abord, il rappelle le principe énoncé à l'article L. 3111-9 CSP selon lequel, seules les vaccinations obligatoires peuvent faire l'objet d'une indemnisation de la part de l'Etat. *A contrario*, les vaccinations facultatives sont donc exclues de toute indemnisation sur ce fondement. Néanmoins, il

⁴¹⁸ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies du 24 avril 2012, n°327915

considère que lorsqu'un vaccin est composé de plusieurs valences, il suffit que l'une d'entre elles soit obligatoire pour qu'il y ait lieu à indemnisation. Le Conseil d'Etat rend pourtant une décision qui rompt avec sa jurisprudence antérieure où elle exigeait un lien causal « direct » pour indemniser la victime. En l'espèce, le lien causal n'est pas certain dans la mesure où l'on ne peut savoir laquelle de ces valences est imputable au dommage. Est-ce l'une de celles qui sont obligatoires ou facultatives ? Face à l'impossibilité, pour les magistrats, d'établir un lien certain entre le dommage et une des valences obligatoires ils ont considéré que le bénéfice du doute devait profiter à la victime, un peu comme le doute profite à l'accusé en matière pénale. Nonobstant, nous pouvons considérer que si le dommage était imputable de manière certaine à une des valences facultative, le Conseil d'Etat aurait refusé l'indemnisation.

En tout état de cause, si l'indemnisation de la part de l'Etat est ouverte qu'aux dommages causés par l'injection d'un vaccin obligatoire, les victimes peuvent toujours agir au civil devant les juridictions civiles sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, aucune condition d'obligation vaccinale n'est exigée pour engager une action judiciaire sur ce fondement.

En 2010, le Tribunal administratif de Besançon⁴¹⁹ avait considéré que l'aide préparatrice en pharmacie, vaccinée contre l'hépatite B du fait de sa profession ne pouvait prétendre à aucune indemnisation dans la mesure où sa profession ne rentrait pas dans le cadre de l'article L. 3111-4, que dès lors il s'agissait pour cette dernière d'une vaccination facultative. Malgré la bonne foi de la personne, dans la mesure où le vaccin lui a été demandé et n'est pas le fruit de sa propre initiative, le tribunal a considéré que : *« la liste exhaustive fixée par l'arrêté du 15 mars 1991 précité alors applicable, déterminant les établissements ou organismes publics ou privés de prévention ou de soins dans lesquels le personne exposé doit être vacciné contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite ne comprend pas les officines de pharmacie ; qu'ainsi, l'activité professionnelle d'aide préparatrice exercée par Mme P. au sein d'une officine de pharmacie n'était pas, à la date de la décision attaquée, au nombre de celles qui, prévues à l'article L.3111-4 du code de la santé, donnent droit, en cas de préjudice, à une prise en charge par l'ONIAM dans le cadre des dispositions précitées de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique ».*

La décision semble néanmoins sévère dans la mesure où la victime est de bonne foi. Il est vrai, « nul n'est censé ignorer la loi » mais cet adage s'applique également à la personne qui a demandé à cette jeune préparatrice en pharmacie, encore en formation, de se soumettre au vaccin contre l'hépatite B. Alors, il reste néanmoins le recours sur le fondement de la responsabilité du fabricant de produits défectueux devant la Cour de cassation qui, malgré sa réticence à reconnaître une telle responsabilité en l'espèce, ne

⁴¹⁹ Tribunal administratif de Besançon du 30 septembre 2010, n°0801855

manque pas d'exemples où la responsabilité du fabricant a été retenue (notamment un arrêt du 9 juillet 2009⁴²⁰).

2) Le contentieux vaccinal lié au refus de se soumettre à l'injection

Outre les poursuites pénales auxquelles s'expose la personne lorsqu'elle refuse de se « soumettre » à une vaccination obligatoire ou lorsqu'elle entrave une vaccination obligatoire, il existe des cas où le refus du vaccin peut avoir de lourdes conséquences, notamment lorsque le vaccin est obligatoire en raison d'une activité professionnelle déterminée.

Dans un arrêt du 28 octobre 2009⁴²¹, de la Cour de cassation M. X a été recruté par une société d'ambulance afin d'occuper le poste de chauffeur ambulancier. Si ses compétences pour ce poste ont semblé suffisantes pour l'employeur, l'embauche a été conditionnée à la réalisation du vaccin contre l'hépatite B, obligatoire en ces circonstances. Après l'expression du refus du salarié, l'employeur a décidé de reclasser l'employé au sein de l'entreprise. La proposition de reclassement étant refusée, la Cour d'appel de Nancy a estimé que ce refus, s'ajoutant au refus de se faire vacciner, constituait une « *faute grave* », privant M. X de toute indemnité. La décision de la Cour de cassation s'abstient d'évoquer le refus du vaccin et se contente d'énoncer que le salarié était dans son droit de refuser la proposition de reclassement. On peut néanmoins déduire qu'en ne se prononçant pas sur le refus du vaccin, la Cour de cassation admettait que l'employeur puisse proposer ou imposer un reclassement du salarié dans l'entreprise.

La Cour de cassation va s'exprimer de manière claire sur ce sujet dans un arrêt de 2012. En l'espèce⁴²², M. X a été engagé dans une société de pompes funèbres. Lors de sa visite à la médecine du travail, le médecin lui a imposé de se faire vacciner contre l'hépatite B en raison d'une obligation issue du décret du 15 mars 1991 et de l'article 211 de la convention collective des pompes funèbres. Qu'après l'expression de son refus à l'égard de cette vaccination, M. X a été licencié.

Après son recours devant les juridictions prud'homales, dont la Cour d'appel de Nîmes qui a estimé que : « *le licenciement de M. X... reposait sur une cause réelle et sérieuse, que l'employeur était tenu d'une obligation de résultat en matière de sécurité des salariés et que le refus opposé par le salarié de subir une vaccination obligatoire contre l'hépatite B constituait une cause réelle et sérieuse, sans que ce dernier ne puisse opposer des controverses sur les effets secondaires possibles de cette vaccination obligatoire et notamment le risque de développer une sclérose en plaques, a ainsi violé l'article L. 1235-1 du Code du travail* ». M. X se pourvoit en cassation au motif que le licenciement est abusif

⁴²⁰ Cour de cassation du 9 juillet 2009, n°08-11073

⁴²¹ Cour de cassation, Chambre sociale du 28 octobre 2009, n°08-43376

⁴²² Cour de cassation, Chambre sociale du 11 juillet 2012

en ce qu'il ne « *constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus du salarié de subir une vaccination obligatoire, dès lors que celle-ci l'expose à un risque de développer une maladie grave, de sorte que le salarié peut s'opposer à cette vaccination en raison des risques qu'elle présente* ».

Deux conceptions s'opposent donc en l'espèce. D'une part les obligations légales de l'employeur vis-à-vis de ses salariés et notamment l'obligation de résultat, qui s'analyse pour lui, en obligation de sécurité. Ainsi, l'article L. 4121-1⁴²³ du Code du Travail oblige l'employeur à prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », notamment la prise de mesures de « prévention » (selon le 1° dudit article) s'y ajoutant les obligations vaccinales prescrites par la loi sanitaire, l'employeur ne pouvait faire autrement que d'obliger son salarié de recourir à la vaccination. Cette conception tend donc à préserver la santé du salarié et à prévenir les risques sanitaires liés à sa profession. Néanmoins, comment qualifier cette obligation lorsque celle-ci représente, également, un danger pour la santé du salarié ? A cela, s'oppose la deuxième conception selon laquelle le salarié est libre de disposer librement de son corps, et qu'en l'espèce, l'atteinte à cette liberté mène à l'atteinte à son droit au travail tel que prévu par le Préambule de la Constitution de 1946. Le refus de vaccin du salarié constitue donc une double atteinte aux droits fondamentaux de ce dernier. En premier lieu, la contrainte entraîne une atteinte à son intégrité physique ou son refus entraîne la perte de son activité professionnelle et à sa liberté de travail telle qu'entendue par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1988 « *Amnistie* ».

Nonobstant, la Cour de cassation va confirmer la décision de la Cour d'appel de Nîmes et rejeter le pourvoi. Elle va estimer que : « *la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres imposait la vaccination des salariés exerçant des fonctions les exposant au risque de la maladie considérée, la cour d'appel qui a constaté la prescription de cette vaccination par le médecin du travail et l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier le refus du salarié, en a exactement déduit que celui-ci ne pouvait s'y opposer...* ». La Cour de cassation considère donc que l'obligation vaccinale prime toute autre considération dans la mesure où la survenance d'effets secondaires du vaccin contre l'hépatite B n'est qu'hypothétique alors que le risque de contraction de cette maladie est réelle lors de l'exercice de l'activité professionnelle en question. La Cour de cassation exerce donc un rapport bénéfice/risque exigé, par elle, dans les arrêts préalablement cités afin de conduire à cette décision.

La Cour de cassation nous éclaire sur une question préalablement posée et dont la réponse restait évasive. Si dans la jurisprudence de 2009, la Cour n'évoque pas clairement l'obligation vaccinale, c'est dès lors chose faite. Mais, comme nous l'indique Valérie Pontif⁴²⁴, professeur, le réel apport de l'arrêt est de considérer qu'il est impossible de refuser la vaccination, rendue obligatoire par la profession exercée, sur des considérations personnelles et la crainte de la survenance d'effets secondaires non

⁴²³ Article L. 4121-1 du Code du Travail tel que modifié par la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant « *réforme des retraites* »

⁴²⁴ V. Pontif, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », Rev. Trav. 2012, p.637.

scientifiquement avérés. La Cour de cassation évoque, effectivement, comme seul échappatoire à cette obligation, la contre-indication médicale.

La politique vaccinale est donc très contraignante pour l'ensemble de la population d'une manière générale, mais aussi pour l'ensemble des personnes exerçant des professions réglementées, nécessitant une obligation vaccinale supplémentaire ou renforcée par l'exigence de vaccins supplémentaires. Ces vaccins sont, comme nous l'avons constaté, souvent dangereux pour la personne même. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, chacun de manière distincte, veille au respect d'un certain équilibre entre les bénéfices de la vaccination et les risques que la personne prend lors de l'injection. Néanmoins, comme il est souvent rappelé dans la jurisprudence, cette dernière ne peut adopter une ligne de conduite fixe en l'absence de consensus de la part des chercheurs dans ce domaine. La contradiction des différentes études démontre un certain malaise au cœur même de l'appareil juridictionnel. Le Conseil d'Etat, d'abord, et la Cour de cassation, ensuite, ont essayé de dégager des critères leur permettant de clarifier les situations souvent illisibles. Ces critères permettent de constituer une grave présomption nécessaire à la mise en place de la responsabilité de l'Etat et de manière plus forte, pour la mise en place de la responsabilité du fabricant de vaccins. Néanmoins, cette responsabilité étatique et indemnitaire ne peut être engagée que lorsque les vaccins en cause sont obligatoires. Il s'agit de la simple contrepartie au caractère contraignant du vaccin. La politique vaccinale et les politiques publiques de manière générale, préfèrent indemniser une personne malade plutôt que limiter ses dépenses et préserver les personnes en bonne santé, du moins, en ne les exposant pas à des risques inutiles. Une chose est certaine, celle que nous vivons dans un pays en retard, qui prône le libéralisme mais reste néanmoins attaché à sa conception d'Etat providence. A l'heure où nombre de pays ont abandonné l'obligation vaccinale, la France fait figure d'exception et préfère privilégier, une nouvelle fois, l'ordre public sanitaire sur les libertés individuelles. Nous souhaitons néanmoins que cette politique soit revue de manière substantielle. Cette réforme peut être engagée par la voie de la QPC, transmise à ce propos le 9 octobre 2014 à la Cour de cassation par le tribunal d'Auxerre. Pour l'avocat des parents refusant de faire vacciner leurs enfants le droit au vaccin passe nécessairement par un possible refus du vaccin. La décision du Conseil constitutionnel fondait l'espoir d'une évolution en matière vaccinale, nous verrons que nous pouvons être désenchantés à ce sujet.

La législation vaccinale instituant son obligation constitue donc une contrainte marquée par une politique publique sécuritaire. Cette obligation ouvre le champ d'une indemnisation d'Etat, transactionnelle *via* l'ONIAM. L'inconvénient c'est que cette indemnisation est souvent dérisoire par rapport au préjudice subi, les victimes préférant souvent rechercher une indemnisation juridictionnelle en engageant la responsabilité de l'Etat, du fabricant du vaccin ou encore de la personne l'ayant exécuté. Si l'indemnisation est plus conséquente, en général, elle demeure rare. Les juridictions, tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire ont établi une base de critères

stricts pour retenir l'imputabilité du vaccin au développement de ses conséquences dommageables. Comme nous l'envisagerons plus loin, le Conseil constitutionnel a la possibilité de prendre une décision de grande envergure concernant la législation vaccinale. Une contrainte qui, aujourd'hui, constitue un régime très contraignant pour l'ensemble des personnes.

SECTION III – LA « PRIVATION DE LIBERTÉ » EN MATIÈRE DE SOINS PSYCHIATRIQUES

S'il est un domaine qui a fait débat devant les juridictions et notamment devant le Conseil constitutionnel, c'est l'« internement psychiatrique » pratiqué sans le consentement de la personne. Anciennement appelées « hospitalisation sur demande d'un tiers » et « hospitalisation d'office », ces deux procédures ont suscité beaucoup de critiques et ont fait l'objet de nombreux recours judiciaires. Codifiées aux articles L. 3212-1 et 3213-1 du Code de la santé publique (Paragraphe 1) ces procédures ont recours à la contrainte et à la privation de liberté (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'évolution des régimes de l'hospitalisation sur demande d'un tiers et de l'hospitalisation d'office

Modifiée par une loi de 2011 et une loi de 2013, il s'agira d'étudier les différences entre la législation actuelle et celle d'avant 2011 afin de déterminer les nouvelles garanties menées par le législateur avant d'étudier la législation étrangère.

A) Les soins psychiatriques sans consentement, avant 2011 et après 2013 en France

Le législateur a dû intervenir à deux reprises afin de modifier et assouplir le régime des hospitalisations psychiatriques sans consentement.

1) L'hospitalisation psychiatrique forcée avant la loi de 2011

a) L'hospitalisation sur demande d'un tiers

a1) Présentation de la législation en matière d'hospitalisation sur demande d'un tiers

Avant ses modifications successives, la législation sur l'hospitalisation sur demande d'un tiers présentait déjà certaines garanties. L'article L. 3212-1 énonçait l'ensemble des conditions nécessaires à l'internement de la personne.

- *S'agissant de l'admission de la personne dans l'établissement psychiatrique, des exigences de forme inopérante quant à la garantie des libertés individuelles*

En premier lieu, il devait s'agir nécessairement d'une personne se trouvant dans l'impossibilité d'exprimer son consentement. En effet, selon le principe de cette mesure, la personne doit faire preuve d'un défaut de discernement au moment de sa présentation. Si la personne était en mesure de consentir aux soins, son état serait déjà moins grave qu'en l'espèce, et il pourrait, dans tous les cas, consentir de manière spontanée à la proposition d'hospitalisation.

Toute personne, manquant de discernement, n'est pas nécessairement hospitalisée en soins psychiatriques, il faut que la personne présente d'importants troubles imposant « *des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* ».

L'article fixe également les conditions quant à la nature de la personne capable de demander l'admission en soins psychiatriques. A ce propos, l'article précise que cette personne peut être soit « *un membre de la famille* » ou quiconque qui serait « *susceptible d'agir dans l'intérêt* » de la personne malade. Cette personne peut donc être n'importe qui, dans la mesure où cette dernière agit avec altruisme et ne présente aucun intérêt particulier, autre, à ce que la personne soit hospitalisée. Néanmoins, cette personne ne peut faire partie « *des personnels soignants dès lors qu'elle exerce dans l'établissement d'accueil* ». En effet, il pourrait y avoir un conflit d'intérêts à ce qu'une personne occupant un poste de soignant dans l'établissement d'accueil soit à l'origine de la demande, notamment au regard des conditions postérieures.

La demande doit nécessairement être « *manuscrite et signée par la personne qui la formule* ». Enfin, « *Si cette dernière ne sait pas écrire, la demande est reçue par le maire, le commissaire de police ou le directeur de l'établissement qui en donne acte. Elle comporte les nom, prénoms, profession, âge et domicile tant de la personne qui demande l'hospitalisation que de celle dont l'hospitalisation est demandée et l'indication de la nature des relations qui existent entre elles ainsi que, s'il y a lieu, de leur degré de parenté* ». L'ensemble de ces dispositions tend à établir une demande circonstanciée, nécessaire afin d'établir la preuve de la demande et prendre toute précaution en cas de litige postérieur.

Enfin, la condition principale réside dans l'accompagnement de cette demande de deux certificats médicaux. Ces certificats médicaux doivent dater de « *moins de quinze jours* » et être « *circonstanciés* », « *attestant que les conditions prévues par les deuxième et troisième alinéas sont remplies* ».

Ces certificats médicaux doivent être établis par deux médecins différents dont au moins un n'exerce pas sa profession au sein de l'établissement d'accueil. Ces

certificats constatent : « *l'état mental de la personne à soigner, indique les particularités de sa maladie et la nécessité de la faire hospitaliser sans son consentement* ».

Ces certificats médicaux doivent être concordants et il ne doit exister entre les deux médecins aucun lien de parenté, ils ne peuvent être « *alliés* ». Cette règle s'applique entre eux, mais également à l'égard du directeur de l'établissement ou de la personne ayant formulée la demande d'hospitalisation ou encore de la personne malade. Selon l'article L. 3212-3, un seul certificat médical peut être exigé, « *à titre exceptionnel* » lorsque la personne est état de « *péril imminent* ». Ce certificat peut émaner d'une personne exerçant dans l'établissement d'accueil.

Les articles suivants renforcent également l'ensemble de ces conditions. En effet, l'article L. 3212-2 impose au « *directeur de l'établissement* » de vérifier si l'ensemble des dispositions du précédent article ainsi que de l'article L. 3212-3 sont remplies. Cette vérification est une nécessité car elle doit s'opérer « *avant d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers...* ».

Lorsque la personne hospitalisée est un majeur protégé, le directeur de l'établissement doit demander à son tuteur ou curateur l'« *extrait du jugement de mise sous tutelle ou curatelle* ». Il doit également dresser un bilan de l'ensemble des « *pièces produites dans le bulletin d'arrivée* ».

- *S'agissant du maintien de la personne dans l'établissement psychiatrique, des garanties de formes trop souples dans le but de sauvegarder la liberté individuelle de la personne enfermée*

Une fois la personne admise dans l'établissement, il est nécessaire de suivre une certaine procédure afin que la personne soit maintenue dans l'établissement. Ces conditions semblent démontrer une certaine formalité nécessaire afin que la personne ne soit maintenue dans l'établissement de manière arbitraire.

Selon l'article L. 3212-4 CSP, avant que l'hospitalisation n'ait atteint vingt-quatre heures, il doit être procédé à un nouvel examen médical donnant lieu à l'établissement d'un certificat médical. Ce dernier doit être établi par « *un psychiatre de l'établissement d'accueil* » qui ne peut être l'un des médecins ayant produit les certificats médicaux nécessaires à l'admission de la personne. Ce certificat doit constater : « *l'état mental de la personne* » et établir si le maintien de la personne dans l'établissement est nécessaire. Une fois établi, le certificat médical est transmis successivement au directeur de l'établissement et au préfet du département, ainsi qu'à une commission spéciale. Cette disposition est largement critiquable dans la mesure où le maintien de la personne dans l'établissement dépend du personnel de ce dernier. Même si les médecins sont soumis au Code de déontologie leur imposant de prendre des décisions en toute impartialité et en n'ayant que l'intérêt du patient en ligne de mire, ces obligations ne sont que morales dans la mesure où ils interviennent en toute indépendance. Cette indépendance est, néanmoins, subordonnée à certains impératifs socio-économiques auxquels peut être

confronté l'établissement psychiatrique. Le jugement du médecin psychiatre peut également être conditionné par de nombreux paramètres. Cette disposition semble pour cela critiquable malgré l'apparente précaution exigée par l'information du préfet de la situation.

Ce n'est qu'au bout de trois jours, que selon l'article L. 3212-5, le préfet doit prévenir le Procureur de la République du ressort duquel « *se trouve le domicile de la personne* » et le Procureur de la République du ressort duquel « *est situé l'établissement* ». Sont transmis au Procureur de la République : « *les nom, prénoms, profession et domicile, tant de la personne hospitalisée que de celle qui a demandé l'hospitalisation* ». Il s'agit, ici, de la première véritable garantie de la liberté individuelle de la personne. Même si son rôle n'est pas, en l'espèce défini, le signalement au Procureur de la République, garant des libertés individuelles (selon l'article 66 de la Constitution) permet d'éviter toute dérive vis-à-vis de cette privation de liberté arbitraire. Néanmoins, nous pouvons nous demander si ce maintien en « *captivité* » durant trois jours, sans en avertir l' « *autorité judiciaire* », n'est pas déjà trop.

Un autre certificat médical est établi dans les trois jours précédant le délai de quinze jours d'hospitalisation afin de décider de l'opportunité du maintien de la personne en hospitalisation. Il est établi par un psychiatre et doit être « *circonstancié* », il doit notamment démontrer l'évolution des troubles de la personne. Ce certificat peut prévoir une prorogation de l'hospitalisation d'un mois maximum. L'hospitalisation peut être renouvelée selon cette procédure chaque mois pour une durée maximale d'un mois. Les autorités préalablement citées, ainsi que la commission, sont avisées de cette prolongation d'hospitalisation. Nous pouvons donc constater qu'en terme de maintien de l'hospitalisation, malgré l'information de certaines autorités, le pouvoir d'appréciation n'appartient qu'au corps médical. Cela signifie, en l'occurrence, que l'avis du médecin outrepassé celle du patient désireux de sortir de l'établissement. Cela signifie également qu'en matière de soins psychiatriques, la personne n'est pas en mesure de pouvoir refuser les soins prodigués, l'article L. 1111-4 CSP n'est donc pas applicable en l'espèce.

a2) Les conséquences de l'hospitalisation sur demande d'un tiers et précisions jurisprudentielles

- *L'hospitalisation sur demande d'autrui et le crime de séquestration arbitraire sont ils compatibles ?*

Cette privation de liberté peut entraîner des recours en justice, notamment devant les juridictions pénales à des fins de condamnation pour « *séquestration arbitraire* »⁴²⁵. Notamment dans un arrêt du 14 octobre 1998⁴²⁶ où une femme porte

⁴²⁵ Article 224-1, alinéa 1^{er} du Code pénal : « *Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle* ».

⁴²⁶ Cour de Cassation, Chambre criminelle du 14 octobre 1998, n°97-85703.

plainte contre son mari, le directeur de l'établissement et le médecin généraliste, auteur du certificat pour séquestration arbitraire. La Chambre criminelle confirmera la décision de la Cour d'appel qui considérera qu'il ne s'agit nullement d'une séquestration arbitraire mais d'une « hospitalisation libre » et ce malgré le défaut de formalité, notamment en ce qui concerne l'exigence de deux certificats médicaux. Un seul était fourni en l'espèce.

Même si les magistrats du fond et la Cour de cassation n'ont pas retenu le crime de séquestration, nous pouvons légitimement envisager la situation dans laquelle une personne serait maintenue contre sa volonté dans un établissement psychiatrique à la suite d'un complot, à la demande d'une personne avec la complicité du chef d'établissement ainsi que de médecins. En cela, les conditions d'admission de la personne ne sont pas assez strictes afin de préserver sa liberté individuelle d'aller et venir. En ce qui concerne la jurisprudence, la Cour d'appel de Paris⁴²⁷ du 08 janvier 2014 a refusé de retenir l'infraction de séquestration pour son enfermement psychiatrique en dehors des périodes prescrites par des arrêtés préfectoraux. La Cour d'appel considère effectivement que la succession d'arrêtés préfectoraux irréguliers n'ont pas pour autant eu d'incidence sur l'ordonnance de mise en liberté ou l'ordonnance de non lieu rendue ultérieurement par un Juge d'instruction. Néanmoins, le vice de forme dans les décisions de maintien d'une personne devrait être considérée comme une détention arbitraire et donc une séquestration. Ainsi le professeur Jacques Prévault⁴²⁸ déclarait que « Notre réglementation reste très formaliste ; la forme l'emporte sur le fond et il y a encore des séquestration injustifiées sous le couvert du respect des formalités prescrites pour le code de la santé... ».

- *La responsabilité de l'établissement d'accueil en cas de faute de ce dernier*

La question a également été posée devant le Conseil d'Etat, le 29 janvier 1999, de savoir si un établissement de santé était responsable du suicide du malade s'étant échappé lors de sa prise en charge. Le Conseil d'Etat⁴²⁹ répond par la négative en affirmant : « *qu'alors que le service psychiatrique du centre hospitalier général d'Orsay s'apprêtait à procéder aux formalités d'admission de M. Trimmel au titre de la procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers (...), le jeune homme, à qui l'on avait pourtant administré une piqûre calmante, a profité de l'ouverture momentanée de la porte de ce service pour s'enfuir en bousculant le personnel présent qui tentait de s'interposer ; que, le lendemain, M. Trimmel s'est suicidé à son domicile ; que, dans ces circonstances, le fait que M. Trimmel ait pu échapper à la surveillance dont il faisait l'objet ne suffit pas à établir qu'une faute ait été commise dans l'organisation et le fonctionnement du service...* ». Faut-il considérer cette jurisprudence comme ayant une valeur de principe ? Nul doute que cette dernière puisse être qualifiée ainsi. Nous pouvons considérer que lorsque l'évasion

⁴²⁷ Cour d'appel de Paris, Chambre première du 8 janvier 2014, n°12/06648.

⁴²⁸ J. Prévault, « L'arrêté d'internement pris d'office au vu de certificats médicaux insuffisamment motivés équivaut à une séquestration illégale », D. 2000, p.499.

⁴²⁹ Conseil d'Etat, Sous-section 5 et 3 réunies, du 29 janvier 1999, n°185034

de la personne placée en hôpital psychiatrique sur demande d'un tiers est due à une négligence, une faute du service hospitalier, alors l'établissement sera considéré comme responsable des dommages que la personne peut causer aux tiers ainsi qu'à elle-même. Nul doute que pour des circonstances différentes, des circonstances selon lesquelles la personne handicapée mental causerait des dommages alors qu'elle devait être sous la surveillance d'un centre, la responsabilité de ce dernier serait retenue.

Dans un arrêt du 09 mars 2009⁴³⁰, le Conseil d'Etat a retenu la responsabilité de l'établissement d'accueil qui, à plusieurs reprises, reçut une jeune fille aux tendances suicidaires notoires et qui a réussi à ingurgiter « *un produit détergent caustique* » causant son décès. Le Conseil d'Etat a estimé que : « *compte tenu des circonstances de son hospitalisation et de la parfaite connaissance qu'avaient les médecins des risques que comportait son état mental, le fait que Mlle Maggie B ait pu échapper à la vigilance du service où elle était hospitalisée et ait pu mettre fin à ses jours révèle une défaillance dans la surveillance et une faute dans l'organisation du service ; que cette faute est directement à l'origine de l'accident qui a entraîné la mort de Mlle B...* ». Nous pouvons donc considérer que lorsqu'il existe une faute en lien direct avec la mort d'une patiente, la responsabilité de l'établissement d'accueil peut être établie. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un dommage causé par un patient à un tiers.

Par comparaison, la Cour de cassation, par exemple, le fameux arrêt « *Blieck* »⁴³¹, du 29 mars 1991, considère que les dommages résultant de l'incendie produit par un handicapé mental devait être réparés par le centre qui gardait ce dernier. Elle considère, que : « *l'association avait accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés...* ». Alors que d'un point de vue civiliste l'établissement d'accueil est responsable des agissements de la personne qu'elle a sous sa garde, en matière administrative la responsabilité de l'établissement peut être engagée que si ce dernier commet une faute.

- *Des précisions sur la qualité de la personne demandeuse de l'hospitalisation, la nécessaire qualité de proche du malade*

Le Conseil d'Etat a également apporté des précisions quant à la nature du lien devant exister entre la personne qui demande l'hospitalisation et celle qui est réellement hospitalisée. Le Conseil d'Etat⁴³² reconnaît que si la loi n'oblige pas à ce que la demande soit établie par un membre de la famille, il doit néanmoins exister un lien entre ces deux personnes. Il considère que : « *la décision d'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être prise sur demande*

⁴³⁰ Conseil d'Etat, Sous-section 5 du 09 mars 2009, n°303983

⁴³¹ Cour de cassation, Assemblée plénière du 29 mars 1991, n°89-15.231.

⁴³² Conseil d'Etat, Sous-sections 1 et 2 réunies du 3 décembre 2003, n°244867

d'un tiers que si celui-ci, à défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, est en mesure de justifier de l'existence de relation à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci... ». Le Conseil d'Etat nous éclaire donc sur la question posée préalablement, celle de savoir quelle est cette personne devant agir dans l'intérêt du malade. Il ne peut donc s'agir de n'importe qui, la personne qui établit la demande doit nécessairement être un proche du malade afin que sa demande n'ait d'autre intérêt que celui de ce dernier.

- *La formalité de l'écrit et sa nécessité relative*

La décision d'hospitalisation sur demande d'un tiers n'est pas soumise à des formalités d'écrit et donc de motivation. En effet, selon la Cour administrative d'appel de Versailles⁴³³, du 26 mai 2009, en cas de péril imminent, la décision d'hospitalisation n'a pas : *« à être formalisée par écrit et, par suite, à être motivée ; que les stipulations du paragraphe 2 de l'article 9 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux termes desquelles : Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation, n'imposent pas que cette décision soit écrite ; que si, une fois la décision prise, l'autorité administrative doit, en application de ces stipulations, informer le plus rapidement possible l'intéressé des motifs de cette mesure d'une manière appropriée à son état, la méconnaissance de cette obligation, qui se rapporte à l'exécution de la mesure d'hospitalisation et est, par suite, sans incidence sur la légalité, ne peut être utilement invoquée devant le juge de l'excès de pouvoir ; qu'il s'ensuit que M. X n'est pas fondé à soutenir que la décision du 30 mai 1999 serait illégale pour n'avoir pas été formalisée par écrit ; ».*

La décision du juge de Versailles est donc claire, si le malade n'est pas nécessairement informé par écrit de la mise en place d'une procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers, il reste néanmoins titulaire d'un droit à l'information approprié à son état. Cette décision semble logique, dans un sens, dans la mesure où la personne est dans l'incapacité physique ou mentale de lire la notification de prise de décision celle-ci ne comporte aucun intérêt. Néanmoins, dans le respect de la procédure, notamment quant à la preuve, l'écrit semble nécessaire pour les tiers, et notamment la famille de la personne hospitalisée afin de garantir une hospitalisation nécessaire et non pas arbitraire.

b) L'hospitalisation d'office avant la loi de 2011

Outre la personne hospitalisée sur la demande d'un tiers, cette dernière peut également être hospitalisée à la demande d'une autorité. Il s'agit du « *Préfet de police* » pour Paris ou du préfet dans les autres départements selon l'article L. 3213-1 du CSP. Cette demande doit être accompagnée d'un « *certificat médical circonstancié* ». Cette

⁴³³ Cour administrative d'appel de Versailles, 4^{ième} chambre du 26 mai 2009, n°07VE00007.

personne doit présenter des « *troubles mentaux* » qui « *nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ». Le certificat médical doit répondre aux mêmes exigences que lorsque la demande est à l'initiative d'un tiers, à savoir qu'il ne peut émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil. Néanmoins, à la différence de l'hospitalisation sur demande d'un tiers, un seul certificat semble nécessaire à l'hospitalisation selon la loi. La procédure s'apparente, en effet, à celle sur demande d'un tiers lorsqu'il existe un « *un péril imminent pour la santé du malade* » (procédure de l'article L. 3212-3 CSP). Contrairement à la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Versailles qui n'exige aucune formalité d'écrit sur la décision d'hospitalisation, en matière d'hospitalisation d'office la loi semble exiger un écrit dans la mesure où : « *les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire* ». Cette mesure démontre la gravité de cette mesure qui se différencie de la précédente par son motif. En effet, si dans la procédure de l'article L.3212-1, le seul intérêt recherché est celui de la personne hospitalisée, ici, l'intérêt est la sauvegarde de l'ordre public. Cet intérêt est d'un intérêt plus important d'un point de vue sociétal, il n'en demeure pas moins qu'il s'apparente donc à une sanction pénale, qui est prise par l'autorité judiciaire et non pas par une autorité administrative seule.

L'article L. 3213-2 ajoute que l'initiative de la demande d'hospitalisation d'office peut provenir du maire ou, à Paris, des commissaires de police « *en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique* ». Ces autorités peuvent prendre des mesures d'hospitalisation provisoire et doivent en informer le préfet dans les vingt-quatre heures afin que ce dernier statue sur l'opportunité d'une décision d'hospitalisation d'office. A défaut de décision du préfet dans les quarante-huit heures, la mesure provisoire devient caduque. Cet article est pour le moins troublant dans la mesure où, dans un premier temps, la personne malade peut être privée de liberté sur le fondement de la « *notoriété publique* » et non d'une preuve matérielle avérée comme l'est le certificat médical et dont l'importance en l'espèce est relative.

Deuxièmement, cette disposition est troublante dans la mesure où il appartient au préfet dans les départements et au Préfet de police à Paris de statuer sur l'opportunité d'une hospitalisation d'office, sur une privation de liberté et la limitation d'une liberté individuelle dont l'autorité judiciaire est, en principe, seule compétente. De plus, l'article dispose que la personne peut être privée de liberté pendant quarante-huit heures de manière arbitraire, sans qu'aucune décision émanant du préfet n'ait lieu. La personne considérée comme malade et dangereuse par la « *notoriété publique* » peut se voir priver de liberté de circuler durant une durée importante sans aucune justification.

En plus du pouvoir de décision et d'admission du patient dans l'établissement psychiatrique, le préfet dispose d'un pouvoir de maintien dans les lieux, selon l'article L.3213-4 après « *avis motivé d'un psychiatre* ». Le défaut de décision du préfet entraîne la « *mainlevée de l'hospitalisation* ».

Selon l'article L.3213-5 le préfet statue sur la sortie de l'établissement après l'avis favorable d'un psychiatre. Cet article mentionne bien qu'il s'agit d'une décision appartenant seule au préfet. Malgré l'avis favorable d'un psychiatre à la sortie du patient, ce dernier peut néanmoins continuer à séjourner dans l'établissement de soins si le préfet en décide ainsi.

Même si l'autorité judiciaire, notamment le Procureur de la République, est informée de tout placement, maintien ou sortie d'une personne d'un établissement psychiatrique dans les vingt-quatre heures suivant la décision du préfet, ce dernier semble avoir un monopôle inquiétant en la matière. En effet, il n'appartient qu'à lui seul de pouvoir décider du sort d'une personne considérée comme malade mentale. Dans la mesure où cette personne est dépendante du pouvoir exécutif et notamment du Ministère de l'Intérieur, cette législation semble plus que contestable dans la mesure où les décisions peuvent dès lors être empreintes de partialité.

2) L'hospitalisation psychiatrique forcée après la loi de 2013

Sous la contrainte du Conseil constitutionnel, dans de nombreuses décisions, le législateur est intervenu afin d'apporter de nombreuses garanties à la personne hospitalisée sans son consentement.

a) L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent

Les lois de 2011 et de 2013 sont venues remodeler les traits de la législation antérieure, la rendant plus lisible, mais en outre en y apportant plus de garanties pour la personne hospitalisée.

En premier lieu, le vocabulaire employé semble plus soucieux du respect des droits de la personne. Par exemple, nous pouvons noter que l'article L.3212-1 qui parlait de simple « *surveillance* » évoque, aujourd'hui, la notion de « *surveillance médicale* ». Même si la différence, ici, ne semble pas fondamentale, ce changement de vocabulaire semble s'appuyer, dorénavant, sur une logique de soutien de la personne malade. Alors que le simple terme de « *surveillance* » renvoie inéluctablement à une dimension carcérale, celle de « *surveillance médicale* », elle, reflète la volonté du législateur à se positionner sur l'état de santé de la personne internée et non seulement sur les actes qu'elle pourrait entreprendre et sur ses conséquences.

Alors que sous l'empire de l'ancienne législation le certificat médical, nécessaire à l'admission de la personne, devait préciser la nécessité pour cette dernière de se faire « hospitaliser sans son consentement », la loi actuelle nous parle de nécessité de recourir aux soins. Une différence de vocabulaire qui permet, une nouvelle fois de placer le patient au centre de tous les intérêts plutôt que d'évoquer une nécessaire hospitalisation forcée. Dans la nouvelle loi, même si cette notion d'hospitalisation sans

consentement n'est pas évoquée, tout un chacun aura compris qu'il s'agit, en l'espèce, ni plus ni moins de la même chose mais avec un angle d'attaque différent. Alors que l'ancienne loi n'avait que pour objectif un enfermement de la personne (à sa seule lecture), la loi actuelle permet d'accentuer la nécessité de prodiguer des soins à la personne afin que cette dernière puisse guérir et retrouver, le cas échéant, sa liberté.

Cette fois-ci le législateur prend bien soin de mentionner le lien devant exister entre la personne hospitalisée et la personne qui en fait la demande. Outre le membre de la famille, il peut s'agir d'une « *personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins* ». Le législateur consacre ici la règle établie au niveau jurisprudentiel par le Conseil d'Etat en 2003⁴³⁴. Il était nécessaire que cette personne justifie d'un quelconque lien avec le malade afin de justifier son action en direction du seul intérêt de la personne hospitalisée.

L'ancien article L. 3212-4 CSP qui prévoyait un délai de vingt-quatre heures à l'établissement d'un nouveau certificat médical voit ce délai supprimé par la nouvelle loi. Le nouvel article ne mentionne, en effet, aucun délai à l'établissement d'un certificat médical pouvant permettre à la personne de recouvrer sa liberté. Cela signifie que la personne n'est pas obligée d'attendre la vingt-quatrième heure afin de sortir mais cela semble également poser un souci dans le délai d'intervention du médecin psychiatre. La volonté du législateur étant de renforcer les garanties de la personne hospitalisée, nous pouvons légitimement considérer que la volonté était donc de faire intervenir le psychiatre plus tôt, néanmoins cette disposition peut également faire intervenir le psychiatre plus tard sans pour autant violer la loi.

Outre les autorités déconcentrées mentionnées sous l'ancienne législation, le directeur de l'établissement doit également prévenir « *sans délai* » le Procureur de la République. Il n'est plus tenu d'attendre le délai de trois jours d'hospitalisation prescrit par l'ancienne législation.

Le nouvel article L. 3212-7 CSP dispose que le directeur de l'établissement peut décider de nouvelles périodes de soins d'un mois chacune. Néanmoins, son alinéa 3, apporte de nouvelles exigences « *lorsque la durée des soins excède une période continue d'un an à compter de l'admission en soins* ». En effet, dans ce cas, il est exigé qu'il soit procédé à une « *évaluation médicale approfondie de l'état mental de la personne réalisée par le collègue mentionné à l'article L. 3211-9* ». Ladite évaluation doit, en plus, être renouvelée tous les ans et doit recueillir « *l'avis du patient* ». Cela démontre une réelle progression dans les garanties accordées au patient. D'une part, l'exigence d'un examen médical approfondi démontre une volonté du législateur d'établir une raison valable du maintien de la personne dans des conditions de privation de liberté. Cet examen permet

⁴³⁴ Conseil d'Etat, Sous-sections 1 et 2 réunies du 3 décembre 2003, n°244867.

de connaître médicalement une véritable raison au maintien de la personne dans l'établissement de soins.

D'autre part, la participation du patient à la décision semble démontrer une certaine volonté d'autonomiser de ce dernier. Même s'il ne s'agit que d'un avis et que sa volonté ne sera certainement pas le moteur de la décision, l'expression de ce dernier permet au corps médical de connaître son ressenti à propos de son hospitalisation, de savoir comment lui se sent, et permettra éventuellement d'influencer un tant soit peu son maintien ou encore ses conditions de circulation dans l'établissement, les soins que le corps médical devra lui prodiguer en vue d'une autonomie plus importante. Cela démontre également une certaine considération de la personne même malade, et ne plus la cantonner à un simple rôle passif.

b) L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat

Il s'agit de la nouvelle dénomination de l'ancienne « *hospitalisation d'office* ». Premièrement, concernant l'intitulé, il est beaucoup moins agressif que l'ancien et enlève ce côté automatique ou systématique que pouvait représenter l'hospitalisation sur demande d'une autorité étatique sous l'empire des lois précédentes 2011.

La législation, quant à l'admission, a légèrement évolué suite aux exigences du Conseil constitutionnel. Alors, qu'auparavant, la législation exigeait que soit opéré un seul certificat médical, dorénavant, l'article L.3213-1 CSP exige, par un renvoi à l'article L. 3211-2-2 CSP, qu'outre le premier certificat établi dans les vingt-quatre premières heures justifiant, ou non, la nécessité d'une privation de liberté, un nouveau certificat doit être établi dans les soixante-douze heures suivant l'admission afin de vérifier : « *la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission* ». Le certificat médical est accompagné des propositions de traitement prévues à l'article L. 3211-2-2 CSP. Les modalités de prise en charge du patient sont décidées par le psychiatre de l'établissement ayant établi le certificat médical mais peuvent être modifiées par le préfet « *après avoir recueilli l'avis* » d'un collègue.

Enfin, une modification substantielle est intervenue sur l'article L. 3213-2 CSP sous l'impulsion du Conseil constitutionnel⁴³⁵. Alors que sous le régime des anciennes lois, le « *danger imminent pour la sûreté des personnes* » pouvait être « *attesté* » par « *la notoriété publique* », désormais, cette possibilité n'est plus envisageable. Nous avons largement contesté cette disposition fondée sur aucun élément matériel. Le Conseil constitutionnel, dans un souci de sécurité juridique, de préservation et de sauvegarde des libertés individuelles a supprimé cette notion qui n'avait aucun sens à l'heure actuelle. Déjà que cette décision de « *détention provisoire* » semble peu légitime car elle n'est pas amorcée par une autorité judiciaire, le fait qu'elle soit basée sur une simple « *notoriété publique* », sur une rumeur pouvait engendrer de nombreuses difficultés pour la personne. Aujourd'hui, donc, afin d'attester du « *danger imminent pour la sûreté*

⁴³⁵ Conseil constitutionnel, décision n°2011-174 QPC du 6 octobre 2011

des personne » un certificat médical est nécessaire à l'établissement d'une mesure provisoire d'hospitalisation sans consentement.

L'article L.3213-3 CSP semble, *a priori*, plus restrictif aujourd'hui que ce qu'il était hier. En effet, si l'ancienne version prévoyait l'établissement d'un certificat médical dans les quinze premiers jours de l'hospitalisation en vue du maintien de la personne, la nouvelle loi prévoit cet examen « *dans le mois qui suit l'admission* ». Cet examen, qui a lieu au moins une fois par mois, préconise une certaine prise en charge que le préfet peut confirmer ou infirmer. Néanmoins, la grosse avancée en l'espèce réside en l'intervention du juge des libertés et de la détention. En effet, lorsque le préfet décide d'une « *hospitalisation complète* », le directeur de l'établissement doit saisir le juge des libertés et de la détention « *afin que ce dernier statue à bref délai sur cette mesure dans les conditions prévues à l'article L.3211-12* ».

La grosse avancée législative demeure ici, en ce qu'à l'époque l'article L. 3211-12 CSP permettait à quiconque de saisir le juge des libertés et de la détention, qui statuait en référé sur la situation de la personne. Néanmoins, il ne s'agissait que d'une possibilité, ce juge ne pouvant s'autosaisir, il n'y avait aucune automaticité dans cette entreprise. Dorénavant, le nouvel article L. 3211-12-1 CSP prévoit que : « *L'hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le directeur de l'établissement lorsque l'hospitalisation a été prononcée en application du chapitre II du présent titre ou par le représentant de l'Etat dans le département lorsqu'elle a été prononcée en application du chapitre III du présent titre...* ».

Cela signifie donc, qu'il s'agisse d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation sur demande d'une autorité étatique, que le juge des libertés et de la détention intervient de manière systématique lorsque l'hospitalisation est dite « *complète* ». Un temps saisi par le directeur de l'établissement, un autre par le préfet, il ne peut y avoir de décision sur le maintien de la personne en pareille situation sans l'aval du juge des libertés et de la détention. Cela semble logique, en vertu de l'article 66 de la Constitution, seule une autorité judiciaire est compétente en matière de gestion des libertés individuelles.

Selon le 1^o dudit article, le juge des libertés et de la détention intervient dans un délai de 12 jours à compter de l'admission de la personne et également, selon le 2^o, dans un délai de 12 jours lorsque le régime de prise en charge de la personne s'est aggravé, lorsque la prise en charge est devenue complète. Ce juge des libertés et de la détention peut décider de l'établissement d'une expertise sur la nécessité d'une hospitalisation complète et peut également ordonner la mainlevée de toute mesure d'hospitalisation complète.

Le réel apport des lois de 2011 et de 2013, notamment en matière d'hospitalisation à la demande d'une autorité étatique est qu'il subdivise les régimes d'hospitalisation. Alors qu'auparavant la notion d'« *hospitalisation complète* » n'apparaissait dans aucune disposition, aujourd'hui cette notion conditionne les

garanties juridiques dont peut disposer la personne lorsqu'elle est soumise à cette forme d'hospitalisation. En réalité, si l'on étudie un tant soit peu l'article L. 3211-2-1 CSP, nous pouvons considérer que l'hospitalisation est complète lorsque la personne est maintenue dans un établissement de santé. L'alternative correspond à une prise en charge de la personne « *sous toute autre forme pouvant comporter des soins ambulatoires, des soins à domicile dispensés par un établissement mentionné au même article L. 3222-1 et, le cas échéant, une hospitalisation à domicile, des séjours à temps partiel ou des séjours de courte durée à temps complet effectués dans un établissement mentionné audit article L. 3222-1* »⁴³⁶.

Par un raisonnement *a contrario* nous pouvons considérer que l'hospitalisation est complète lorsque la personne est maintenue dans un établissement de santé mentionné par la loi, qu'elle est contrainte d'y séjourner à temps complet et pour une durée, soit indéterminée, soit longue. Cette caractérisation est fondamentale dans la mesure où elle va déterminer l'application d'un certain régime donnant lieu à des garanties renforcées, notamment par la surveillance du juge des libertés et de la détention de la légitimité d'une telle procédure. Nous pouvons cependant noter que lorsqu'une personne est hospitalisée sous le régime d'une admission à la demande d'un tiers ou à la demande d'une autorité de l'Etat, elle est nécessairement placée sous le régime de l'hospitalisation complète selon l'article L. 3211-2-2 qui dispose, en son premier alinéa, que : « *Lorsqu'une personne est admise en soins psychiatriques en application des chapitres II ou III du présent titre, elle fait l'objet d'une période d'observation et de soins initiale sous la forme d'une hospitalisation complète* ». Cela signifie donc que lorsqu'une personne est hospitalisée sans son consentement cette dernière bénéficie de garanties adaptées à sa situation.

B) Les soins psychiatriques sans consentement au Canada

La loi sur la « Santé mentale »⁴³⁷, dans sa version datant du 18 mai 2010 dans la Province d'Ontario prévoit également un cas d'hospitalisation sans consentement. En effet, ses articles 16 et 17 donne cette compétence à un juge de paix et à un agent de police.

1) L'hospitalisation de la personne à la demande d'un juge de paix

En l'occurrence, l'article 16 dispose que : « *Si un juge de paix est saisi de renseignements donnés sous serment selon lesquels une personne qui se trouve dans les limites du territoire placé sous sa compétence a menacé ou tenté de s'infliger des lésions corporelles ou menace ou tente de le faire ; s'est comportée ou se comporte avec violence envers une autre personne ou de manière à lui faire craindre qu'elle lui causera des lésions*

⁴³⁶ Article L. 3211-2-1 CSP, 2° dans sa rédaction issue de la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013

⁴³⁷ Loi sur la Santé mentale, LRO 1990, chapitre M.7

corporelles ; a fait ou fait preuve de son incapacité de prendre soin d'elle-même, et qu'en plus, il a des motifs valables de croire, sur la foi des renseignements qui lui sont donnés, que cette personne souffre selon toute apparence d'un trouble mental d'une nature ou d'un caractère qui aura probablement l'une des conséquences suivantes (...) il peut rendre une ordonnance, sur la formule prescrite, pour que la personne soit examinée par un médecin... ».

À cette situation s'ajoute un autre cas : « Si le juge de paix est saisi de renseignements donnés sous serment selon lesquels une personne qui se trouve dans les limites du territoire placé sous sa compétence, d'une part, a déjà reçu un traitement pour des troubles mentaux continus ou récidivants qui, lorsqu'il ne sont pas traités, sont d'une nature ou d'un caractère qui aura probablement comme conséquence qu'elle s'infligera ou infligera à une autre personne des lésions corporelles graves ou qu'elle subira une détérioration mentale ou physique importante ou un affaiblissement physique grave, d'autre part, a connu une amélioration sur le plan clinique de son état par suite du traitement et qu'en plus il a des motifs valables de croire, sur la foi des renseignements qui lui sont donnés, que cette personne souffre, selon toute apparence, du même trouble mental que celui pour lequel elle a déjà été traitée ou d'un trouble mental semblable, étant donné ses antécédents de troubles mentaux et son état mental ou physique actuel, risque probablement de s'infliger ou d'infliger à une autre personne des lésions corporelles graves ou de subir une détérioration mentale ou physique importante ou un affaiblissement physique grave ; est selon toute apparence, incapable (...) de consentir à son traitement dans un établissement psychiatrique et que le consentement de son mandataire spécial a été obtenu, il peut rendre une ordonnance, rédigée selon la formule prescrite, pour que la personne soit examinée par un médecin ».

Donc, dans des conditions précitées, lorsque le magistrat canadien est en présence d'informations sur la dangerosité d'une personne envers elle-même ou envers autrui, ce dernier peut délivrer une ordonnance afin que la personne soit examinée par un médecin dans un établissement spécialisé. Cette ordonnance est, toujours selon cet article, délivrée aux agents de police afin que ces derniers puissent mener l'intéressé dans un établissement afin qu'il soit procédé aux examens.

Selon le troisième paragraphe dudit article, « L'ordonnance rendue en vertu du présent article ordonne à l'agent de police auquel elle est adressée d'amener sous garde et sans délai la personne qui y est nommée ou décrite dans un endroit approprié où elle peut être détenue afin d'être examinée par un médecin. L'ordonnance constitue une autorisation suffisante à cet effet que pendant sept jours, y compris le jour où elle est rendue ».

La loi parle de « détention » de la personne ce qui peut sembler troublant. La loi de la Province de l'Ontario semble se focaliser sur le trouble à l'ordre public que la personne peut provoquer, en causant des dommages sur autrui mais également sur sa propre personne. Néanmoins, il nous semble plus opportun d'évoquer la notion d'hospitalisation. Même si ces deux termes renvoient en l'espèce à une réalité identique,

celle de l'enfermement, cette dernière notion axe notamment sur une politique de soins plutôt que sur une politique de répression comme peut l'exprimer la loi Ontarienne. Pour autant, la loi canadienne indique que l'ordonnance n'a de valeur que pour une durée de sept jours alors que la loi française ne donne aucune indication sur la durée du placement. En effet, selon l'article L. 3213-3, une fois la personne hospitalisée, cette dernière peut demeurer dans les lieux pour une très longue durée.

2) L'hospitalisation de la personne à l'initiative de tout agent de police

Selon l'article 17 de la même loi, tout agent de police peut, pour les mêmes raisons que le juge de paix, mener une personne afin de procéder à des examens médicaux s'il a « *des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne agit ou a agit de façon désordonnée...* ». Il incombe dès lors, à l'agent de conduire la personne en un lieu approprié à l'examen médical. La loi préconise que la personne soit conduite dans « *un établissement psychiatrique* ».

Suite à l'examen médical, le « *médecin traitant* » peut prendre diverses mesures, dont la plus contraignante se nomme la « *cure obligatoire* ». La loi impose, néanmoins, diverses conditions afin que la mesure de « *cure obligatoire* » soit entreprise. Ces conditions sont essentiellement basées sur les antécédents médicaux de la personne ainsi que sur sa capacité de consentir à un traitement ou bien en raison de la gravité de son état. Les conditions d'admission laissent un large pouvoir d'appréciation du médecin car outre les conditions relatives à l'état de santé du patient avant ladite admission, le simple fait que ce dernier ne puisse consentir à un traitement suffit à le conduire en « *cure obligatoire* ».

La dernière condition reste, cependant, la plus évasive et la plus cocasse dans la mesure où elle dispose que la personne peut être placée dans le régime de la « *cure obligatoire* » lorsqu' : « *il ne convient pas de l'admettre à titre de malade en cure facultative ou volontaire ni de le maintenir en cure facultative ou volontaire...* ». Effectivement, cette disposition fait preuve d'un syllogisme implacable néanmoins, nul doute qu'elle laisse perplexe plus d'une personne. Une telle norme serait de nature à faire pâlir la plupart des pénalistes. Dans l'esprit, nous pourrions considérer qu'en matière de soins psychiatriques sans consentement soit exigé un principe de légalité et d'interprétation stricte à l'instar des principes du droit pénal. En effet, si ces principes sont justifiés par les pénalistes par la privation de liberté et l'enfermement, s'ils sont justifiés pour des personnes ayant commis certains délits ou des crimes, pénalement responsables de par leur pleine capacité et lucidité, il serait d'autant plus important d'instaurer un principe similaire en matière d'hospitalisation sans consentement dans la mesure où les personnes « *enfermées* » sont dépourvues de tout discernement.

L'autre critique que l'on pourrait mener sur cette disposition, c'est sa généralité et la compétence de l'agent de police. En effet, ce texte semble donner des prérogatives à tout agent de police. Si nous transposons et comparons la situation avec la loi française, une telle norme serait incongrue dans notre ordre juridique. D'une part, car seule une

autorité judiciaire peut limiter les libertés individuelles, d'autre part car tous les agents de police n'ont pas cette capacité d'appréhension des personnes. En effet, selon l'article 20 du Code de procédure pénale⁴³⁸, dernier alinéa, « *Les agents de police judiciaire n'ont pas qualité pour décider des mesures de garde à vue* ». Si dans une société où des agents de police n'ont même pas les compétences nécessaires afin de décider d'un placement en garde à vue, ils auraient des compétences pour décider, seuls, de la soumission d'une personne à des examens médicaux en vue de son hospitalisation forcée, il existerait une certaine forme d'incohérence. Pour cette raison, il est difficile, pour nous de concevoir une telle règle. Ce pouvoir devrait être réservé aux officiers de police judiciaire.

Cette disposition est d'autant plus critiquable que nous aurions pu considérer que l'agent intervient légitimement de par la flagrance des faits entrepris par la personne, or l'article ne préconise aucune situation de flagrance dans la mesure où l'agent est autorisé à intervenir lorsqu'il est, pour lui, « *raisonnable et probable de croire qu'une personne agit ou a agi d'une façon désordonnée* ». Cela signifie que l'agent, qui n'agit pas nécessairement sur des faits, agit sur des convictions ou des présomptions fondées ou non. Une telle mesure paraît dangereuse pour la sécurité juridique et surtout pour la préservation des droits fondamentaux de tout un chacun. Cette règle, en France, entraînerait certainement des détentions arbitraires et infondées donnant lieu à des indemnisations importantes.

3) L'hospitalisation de la personne à la demande d'un juge

Un magistrat peut, en vertu de l'article 21 de la loi, ordonner le placement d'une personne, qu'elle soit présumée coupable ou bien détenue en hôpital psychiatrique. En effet, selon le paragraphe premier dudit article : « *Le juge qui a des raisons de croire que la personne qui comparait devant lui est inculpée ou déclarée coupable d'une infraction souffre d'un trouble mental peut lui ordonner de se présenter dans un établissement psychiatrique afin d'y être examinée* ». Suite à l'examen, comme pour les situations précédentes, le rapport médical établi déterminera le régime d'hospitalisation de la personne.

Enfin, en ce qui concerne les détenus, le juge peut exiger une admission d'un détenu. En effet, l'article 22 dispose que : « *Le juge qui a des raisons de croire que le détenu qui comparait devant lui sous le coup d'une inculpation souffre d'un trouble mental peut, par ordonnance, envoyer cette personne dans un établissement psychiatrique afin qu'elle y soit admise à titre de malade pendant au plus deux mois* ».

En France, les conditions d'admission des personnes, détenues, présentant des troubles mentaux sont principalement régies par les lois du 5 juillet 2011 et du 27 septembre 2013. Ces conditions sont codifiées au Code de la Santé publique, aux articles L. 3214-1 à L.3214-5. Selon ces dispositions, cette hospitalisation peut être opérée avec ou sans le consentement de l'individu. Lorsqu'il s'agit de la deuxième option, le détenu

⁴³⁸ Article 20 du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011

dispose des mêmes droits que toute autre personne lorsqu'elle est hospitalisée sans son consentement. A savoir qu'elle dispose d'un droit au respect de sa dignité, de l'information sur « *sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties qui lui sont offertes* »⁴³⁹. Enfin, selon l'article L. 3211-3 CSP, la personne a droit à « *prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix* », « *d'émettre ou de recevoir des courriers* », « *de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent* », « *d'exercer son droit de vote* », « *de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix* ». En ce qui concerne le régime de l'hospitalisation, le principe est celui d'une hospitalisation autre que complète en raison de l'article L. 3214-1 CSP. Néanmoins, selon l'article L. 3214-3 une hospitalisation complète peut être décidée dans les mêmes conditions que l'admission sur demande d'une autorité de l'Etat « *Lorsqu'une personne nécessite des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier en raison de troubles mentaux rendant impossible son consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui...* ».

La loi canadienne ne semble, néanmoins, pas prévoir l'hospitalisation sur demande d'un tiers. Néanmoins, nous pouvons considérer que cette demande est indirecte à travers le juge de paix qui peut émettre une ordonnance d'examen. Comme indiqué, ni le juge de paix, ni l'agent de police ne peuvent néanmoins ordonner le placement en hôpital psychiatrique. A l'exception du juge qui peut ordonner le placement d'un détenu, le juge de paix ou l'agent de police ne peuvent qu'ordonner un examen ou des mesures provisoires afin que le médecin décide, ou non, de son hospitalisation, d'une éventuelle « *cure obligatoire* ». En fin de comptes, il n'appartient qu'au médecin, suite à un examen médical, la décision de placement de la personne en hôpital psychiatrique. Cette législation semble en adéquation avec la législation française hormis en ce qui concerne les fonctions de l'agent de police qui semblent disproportionnées par rapport au statut de ce dernier. Comme nous l'évoquions, une telle mesure en France pourrait être vivement critiquée. Au même titre, la disposition relative au motif retenu par le médecin pour l'hospitalisation semble également critiquable dans la mesure où elle manque d'une description d'éléments objectifs permettant une certaine sécurité juridique des personnes soumises à l'examen médical.

Ces nettes modifications ont été apportées à cette législation qui semble plus en adéquation avec les exigences de l'article 66 de la Constitution prévoyant que la privation des libertés individuelles peuvent mener nécessairement à l'exercice de contrôle d'un juge. Comme nous le verrons dans le prochain paragraphe, la liberté d'aller et venir est l'un des droits fondamentaux les plus importants, dont les atteintes ne peuvent être justifiées que pour d'impérieux motifs d'intérêt général.

⁴³⁹ Article L.3211-3 CSP, alinéa 2

Paragraphe 2 : Les conséquences des « hospitalisations forcées » sur les droits fondamentaux

La liberté individuelle, dans sa conception moderne n'envisage que deux droits qui en découlent. Parmi eux, la liberté d'aller et venir constitue l'un des fondement de la liberté au sens large. Etre libre de pouvoir circuler constitue l'archétype même de la liberté, le symbole le plus fort de cette notion (A). C'est pour cela que Le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, est intervenu à plusieurs reprises à propos de ces lois afin d'en censurer et modifier le contenu (B).

A) La restriction de la liberté d'aller et venir

Outre les problématiques susceptibles d'être envisagées par cette pratique, telles que la dispense de soins sans le recueil préalable du consentement comme le prévoient les dispositions du Code de la santé publique et notamment l'article L. 1111-4 alinéa 3, l'atteinte à l'intégrité physique si bien protégée par les dispositions du Code civil, le respect de la dignité humaine ou encore le respect de l'autonomie individuelle, cette pratique qui suppose une hospitalisation non consentie entraîne *de facto* une atteinte à l'une des libertés les plus fondamentales, la liberté de circuler qu'il sera nécessaire de définir (1). En tout état de cause, cette liberté, pas plus qu'une autre, n'est absolue, et sa violation peut être tolérée pour des motifs d'intérêt général (2).

1) Les fondements de la liberté de circuler

Le professeur Xavier Philippe ne manque pas de souligner que la liberté de circulation « est une composante de la liberté individuelle au sens large ». Cette liberté de circulation, d'aller et venir est effectivement guidée par notre unique volonté, par notre « liberté de vouloir » nous diriger vers tel endroit. Elle dépend de notre liberté de mouvement dans son acception la plus large. Pour cet auteur : « pouvoir se déplacer librement et sans contrainte, sans autorisation de la puissance étatique, constitue un privilège des sociétés démocratiques »⁴⁴⁰.

Nous l'avons néanmoins assez répété et ce droit ne faisant figure d'exception, la libre circulation est conditionnée ou du moins règlementée. Malgré tout, la liberté de circulation dispose de sources constitutionnelles et internationales.

a) Les sources constitutionnelles de la liberté de circuler

La doctrine renvoie la liberté de circuler à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme. Cet article dispose que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles*

⁴⁴⁰ X. Philippe « « La liberté d'aller et de venir », in « Libertés et droits fondamentaux » de Rémy Cabrillac, Lonrai, Dalloz, Collection CRFPA, 2009, p.331.

qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

A juste titre, la liberté de circuler peut être rattachée à cette norme faisant partie du bloc de constitutionnalité. En réalité, la libre circulation est un droit naturel, tout individu, tout être humain, ou non, de par essence ressent le besoin, la nécessité et le désir de migrer, de se mouvoir par instinct, réflexe ou simple automatisme. Notre quête de liberté, notre envie de rejoindre l'horizon met en mouvement une mécanique naturelle nous permettant d'aller et de venir. Ce besoin primaire, ce besoin naturel est donc traduit par une liberté de mouvement dont le bornage ne peut être entrepris que par la loi. Nonobstant, ce rattachement normatif logique et soutenable n'est qu'interprétation.

Il aura donc fallu attendre 1979⁴⁴¹ et une décision du Conseil constitutionnel afin que cette nécessité devienne réalité juridique. En l'espèce, des députés ont saisi le Conseil afin que celui-ci invalide une loi tendant, de manière dérogatoire par rapport à la loi du 30 juin 1880, à rétablir des ponts dont la traversée serait payante par les usagers, ce qui constitue effectivement une entrave à la liberté de circulation. Dans sa réponse, le Conseil constitutionnel va, alors affirmer que : « *la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle* » tout en rappelant que celle-ci « *ne fait saurait faire obstacle à ce que l'utilisation de certains ouvrages donne lieu au versement d'une redevance...* ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel consacre la liberté de circulation comme étant un droit fondamental de par sa valeur constitutionnelle mais qu'à ce titre, ledit droit n'est pas dénué de limitations.

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, confirmé de nombreuses fois sa position selon laquelle le droit circuler présentait un caractère fondamental. Notamment dans une décision de 1992⁴⁴² où le Conseil constitutionnel déclare que la liberté d'aller et venir fait partie intégrante des libertés individuelles et qu'à ce titre, il revient à l'autorité judiciaire *via* l'article 66 de la Constitution d'en exercer le contrôle au travers des prérogatives qui lui sont attribuées par le législateur. Cette décision nous renvoie directement à nos propos concernant la personne hospitalisée sans son consentement et le nécessaire contrôle opéré par une autorité judiciaire, à savoir, en l'occurrence, le juge des libertés et de la détention. Dans sa décision du 13 août 1993⁴⁴³, le Conseil constitutionnel déclare que : « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir...* ». Une fois de plus, le Conseil constitutionnel range la liberté d'aller et venir parmi la catégorie des libertés

⁴⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979 dite « *Ponts à péage* »

⁴⁴² Conseil constitutionnel, décision n°92-307 DC du 25 février 1992 dite « *Zone de transit* »

⁴⁴³ Conseil constitutionnel, décision n°93-325 DC du 13 août 1993 dite « *Maitrise de l'immigration* »

individuelles tout en rappelant que ces droits peuvent être limités en vue de la « *sauvegarde de l'ordre public* ».

Nous pouvons donc, *a priori*, estimer que les libertés individuelles trouvent une dualité de sources constitutionnelles. D'une part, l'article 66 de la Constitution précisant que l'autorité judiciaire en est garante, ou les articles de la Déclaration des droits de 1789 visés par le Conseil constitutionnel directement dans sa décision du 27 juillet 1994⁴⁴⁴. En effet, il énoncera que : « *la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen...* ». S'agit-il alors d'une dualité de sources ? Ou simplement d'une distinction à opérer entre les diverses libertés individuelles ?

Une partie de la doctrine⁴⁴⁵ considère qu'il est nécessaire de distinguer entre les libertés individuelles de l'article 66 de la Constitution et celles de la Déclaration de 1789. Elle avance cet argument dans la mesure où l'article 66 évoque la notion d' « *autorité judiciaire* » alors même que le juge administratif est en mesure de contrôler le respect des libertés individuelles auxquelles des actes réglementaires porteraient atteinte⁴⁴⁶. Alors, à ce moment là, où se situe la limite faisant la différence entre les libertés individuelles de la compétence du juge judiciaire et celles du juge administratif ? Dans la mesure où le juge administratif est compétent pour contrôler la liberté d'aller et venir, ainsi que le juge judiciaire nous pouvons considérer que les libertés individuelles ne forment qu'un bloc qui trouve son essence dans les articles de la Déclaration des droits de 1789 mais dont la régularisation d'une violation est de la compétence exclusive de l'article 66 de la Constitution. La législation sur l'hospitalisation forcée, ou sans consentement, ne fait mention que du juge des libertés et de la détention ou du Procureur de la République. Nous pouvons donc considérer que lorsque la liberté de circuler est entravée par une mesure de police administrative (de prévention) alors il revient au juge administratif d'en contrôler le bien-fondé, alors que lorsque ladite liberté est dorénavant et déjà violée, comme lorsqu'une personne est hospitalisée sans son consentement, alors la décision qui peut émaner d'une autorité administrative (préfet ou maire) sera de la compétence de l'autorité judiciaire.

Pourtant, la solution la plus évidente est donnée par le professeur Ariane Vidal-Naquet, qui estime que la liberté individuelle stricto sensu, repose sur le fondement de l'article 66 de la Constitution⁴⁴⁷. Elle considère que depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981⁴⁴⁸, les libertés individuelles dont fait partie la liberté

⁴⁴⁴ Conseil constitutionnel, décision n°94-343 du 27 juillet 1994 dite « *Bioéthique* »

⁴⁴⁵ L. Favoreux, « *Droit constitutionnel* », n°1279 et s., 11^{ème} éditions, Dalloz, Collection « Précis », 2008.

⁴⁴⁶ Conseil d'Etat, décision n°61593 du 28 février 1919 dite « *Dames Dol et Laurent* » qui en raison de circonstances exceptionnelles de guerre valide les arrêtés pris par le préfet maritime limitant la liberté de circulation à certaines femmes racolant en dehors « des quartiers réservés » et limitant également la liberté du commerce des débitants de boissons en leur interdisant de recevoir ces filles dans leur établissement ainsi que de leur servir à boire.

⁴⁴⁷ A. Vidal-Naquet, « Sources constitutionnelles des libertés », *JurisClasseur Libertés* du 07 août 2007, fascicule n°20.

⁴⁴⁸ Conseil constitutionnel, n°80-127 DC du 20 janvier 1981, « *Sécurité, Liberté* ».

de circulation depuis la décision du 12 janvier 1977⁴⁴⁹ ne reposent uniquement sur l'article 66 du texte suprême. En effet, dans la première de ces décisions, le juge constitutionnel se réfère à l'article 66 de la Constitution pour exiger l'intervention d'un magistrat du siège au prolongement d'une garde à vue.

b) Les sources internationales de la liberté de circuler

En outre, de nombreuses conventions internationales consacrent ce principe d'aller et venir. Notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui, en son article 12 dispose que : « *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* ». Dans l'énonciation du principe, les Nations-unies tempèrent ce dernier en énonçant que seules les personnes en situation régulière dispose de ce droit. Néanmoins, en ce qui concerne nos propos, l'article dispose qu'il peut être porté atteinte à ce droit lorsque les « restrictions » sont « *nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé...* ». Comme nous pouvons le constater, le texte justifie les atteintes au droit de circuler pour des raisons de respect de l'ordre public ou de santé, ce qui justifie, parfaitement la lettre de la loi française.

Parmi les textes majeurs existant nous pouvons valablement citer la Convention européenne des droits de l'homme qui en son article 5, §2, dispose que : « *Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* ». Cette disposition implique que toute atteinte à la liberté de circulation soit justifiée par des « *voies légales* » (§1 dudit article) et que la personne soit nécessairement informée de cette privation de liberté.

Enfin, au niveau communautaire, le traité de Lisbonne, en son article II-105 issu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, prévoit que : « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler librement sur le territoire des Etats membres* ». L'alinéa second prévoit, également ce droit, pour les ressortissant extra communautaire en ce sens où il dispose que : « *La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément à la Constitution, aux ressortissant de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre* ». Cette liberté s'applique à ce que l'on appelle « *L'Espace Schengen* » en abolissant tout contrôle aux frontières des pays membres.

2) La justification d'un anéantissement de la liberté d'aller et venir

Comme nous venons de le constater, la liberté d'aller et venir, ou encore de circuler est pleinement consacrée en droit positif. D'un point de vue du droit interne ou du droit international, ladite liberté est considérée comme étant fondamentale.

⁴⁴⁹ Conseil constitutionnel, n°76-75 DC du 12 janvier 1977, « *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* ».

Néanmoins, les mesures d'hospitalisation après « *admission en soins psychiatrique à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent* » ou après « *admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat* » sont basées sur des justificatifs en adéquation avec l'ensemble de ces textes. Cette privation de la liberté individuelle est alors opérée par une autorité administrative dans un contexte « extra-répressif »⁴⁵⁰. Une telle situation n'est pas exclusivement réservée au domaine psychiatrique, dont la législation se fonde sur la préservation d'un ordre public sanitaire et traditionnel (notions qui seront développées dans notre seconde partie), elle concerne également les étrangers en situation irrégulière.

En premier lieu, en ce qui concerne l'admission sur demande d'un tiers, l'article L. 3212-1 CSP impose une nécessité médicale. Dans cette procédure l'autorité administrative n'a qu'un rôle passif. Il faut que « *l'état mental de la personne impose des soins immédiats* » et réitère avec le fait que les certificats médicaux indispensables au maintien de la personne dans l'établissement doivent évoquer « *la nécessité de recevoir des soins* ». Cette disposition, en adéquation avec l'article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, évoquée préalablement en ce que cette liberté de circulation peut être limitée pour des raisons de santé. Ainsi, il peut être institué selon l'article L.3115-1 CSP des « *contrôles sanitaires aux frontières* » fondés sur des impératifs de santé publique (ordre public sanitaire). Néanmoins, il peut s'agir, comme en l'espèce d'intérêt sanitaire privé, la disposition du Pacte ne distinguant pas ces deux notions lorsqu'elle parle de « *santé* ».

Il s'agit bien d'une mesure de protection de « l'ordre public sanitaire » car elle a pour objectif d'administrer des soins à une personne incapable d'y consentir ou d'y recourir. Effectivement, lorsque la personne fait état d'une déficience mentale, elle n'est pas en mesure de pouvoir protéger sa santé par le recours volontaire aux soins mais, en outre, cet isolement, qui constitue une privation de liberté, permet d'éviter une aggravation de son état de santé par des attitudes qui pourraient la mettre en péril.

Alors, si l'autorité administrative n'est pas nécessairement à l'origine d'une telle demande d'hospitalisation, il n'en demeure pas moins qu'elle a un rôle à jouer. Son rôle est passif et est invoqué à l'article L. 3212-5 CSP. Elle doit recueillir l'information de l'admission de la personne ou de son maintien dans l'établissement selon l'article L. 3212-7 CSP. Nous pouvons supposer que cette information s'apparente à une certaine garantie pour l'établissement d'accueil. En effet, l'information permet de déplacer la responsabilité éventuelle de l'établissement d'accueil vers l'Etat, qui se portera alors, garant du bon suivi de la procédure.

Enfin, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment, évoque également la possibilité de porter atteinte à la liberté de circuler pour des motifs d'ordre public. Les conditions de l'admission en soins psychiatriques sur décision d'une autorité de l'Etat

⁴⁵⁰ Expression utilisée par le professeur André Huet, dans son article « Droit à la sûreté et contrôle extra-répressif. – Privation de liberté décision administrative. – Maintien en zone d'attente et de rétention administrative », *JurisClasseur Libertés*, du 26 juillet 2007, Fascicule n°625.

font état de ces conditions. Ici, l'autorité administrative n'a plus rôle passif mais actif dans la mesure où c'est d'elle qu'émane la décision d'hospitalisation sans consentement. Effectivement, outre la condition de nécessité de soins évoquée par l'article L. 3213-1 CSP, il dispose également que le comportement de la personne doit : « *compromettre la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ». Le législateur fait état de cette condition de préservation de l'ordre public mais distingue également le fait que le comportement puisse nuire à autrui. Cette distinction ne semble, néanmoins, pas nécessaire dans la mesure où la notion d' « ordre public » exige la sécurité, ce qui de toute évidence renvoie à cette notion de sûreté. Il faut, néanmoins que l'atteinte à l'ordre public soit grave. Cette notion pour le moins évasive et nécessiterait un éclaircissement. Comme nous l'évoquions préalablement, la personne hospitalisée étant dans une situation d'enfermement, de détention, il serait bon d'établir un principe d'interprétation stricte de la loi relative à l'admission psychiatrique, à l'instar de la loi pénale. En tout état de cause, depuis 2013, le juge des libertés et de la détention veille à l'interprétation de cette condition afin que les libertés individuelles et notamment la liberté d'aller et venir soient contrôlées par une autorité judiciaire telle que le prévoit l'article 66 de la Constitution.

Pour le professeur Annabelle Pena-Gaia, les décisions du juge constitutionnel semblent naturelles. Elle considère en effet, que le régime restrictif de l'époque assimilait la personne « souffrant de troubles mentaux (...) à celle détenue pour avoir commis un délit répréhensible »⁴⁵¹. Elle rappelle « Qu'elle soit justifiée par des raisons médicales ou par des considérations liées au maintien de l'ordre public et à la sécurité des personnes, l'hospitalisation sans consentement a bien pour objet de priver les personnes concernées de toute latitude de mouvement afin qu'elles ne puissent se soustraire ni au traitement médical qui leur a été prescrit ni à la surveillance du personnel soignant »⁴⁵². En accord avec les considérations de l'auteur, il ne s'agit pas d'une simple restriction de liberté, qui peut être retenue pour « une assignation à résidence »⁴⁵³ mais d'un véritable anéantissement de « La » liberté par excellence, la liberté d'aller et de venir.

En revanche, quelle solution pratique pouvons-nous apporter en réponse à de pareilles situations ? Lorsque la personne n'est plus en possession de ses moyens intellectuels, il incombe à l'Etat, dans son rôle de protection, de prendre toute mesure « nécessaire », comme le rappellera le Conseil constitutionnel, permettant la préservation de la santé de la personne concernée, des tiers, de l'ordre public. Cette nécessité s'interprète par la privation de liberté alors sous contrôle de l'autorité judiciaire.

⁴⁵¹ A. Pena-Gaia, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », RFDA 2011, p.951.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ *Ibidem*.

B) Le Conseil constitutionnel acteur principal de la nouvelle législation relative à l'admission en soins psychiatriques

Le Conseil constitutionnel est, indirectement, à l'initiative de la nouvelle loi, relative aux soins psychiatriques. Indirectement seulement car il a été saisi par un justiciable lors d'une instance *via* l'article 61-1 de la Constitution. Selon cet article : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a, en l'espèce, apporté tout ce dont les justiciables attendaient d'elle. Ce mécanisme introduit par une loi constitutionnelle de 2008⁴⁵⁴, à l'initiative du Président Nicolas Sarkozy, a changé les mentalités en matière de contrôle de constitutionnalité, s'effectuant jusqu'à lors que de manière *a priori*, en instituant un véritable contrôle *a posteriori* dont l'initiative appartient à tout justiciable. Trois décisions de 2011 ont poussé le législateur à opéré un changement de législation.

1) La décision du 09 juin 2011 la première étape du processus de modification de la loi sur l'hospitalisation d'office

La première date du 9 juin 2011⁴⁵⁵. Les requérants, en l'espèce, demandent l'inconstitutionnalité des articles des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 CSP au motif que : « *la procédure d'hospitalisation d'office méconnaît le respect de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution* ». Ils ajoutent : « *que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'un part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et principes à valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* ».

Ces articles concernent, d'une part, l'admission de la personne dans l'établissement et, d'autre part, le renouvellement de son séjour qui comme en dispose l'article L. 3213-4 CSP, ancienne version : « *le représentant de l'Etat (...) peut prononcer,*

⁴⁵⁴ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 portant modernisation des institutions de la Ve République

⁴⁵⁵ Conseil constitutionnel, décision n°2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, « *Hospitalisation d'office* ».

(...), le maintien de l'hospitalisation d'office pour une nouvelle durée de trois mois ». Comme nous l'évoquions, à l'époque la saisine du juge des libertés et de la détention était une possibilité et non pas une obligation comme le prescrit dorénavant le texte.

a) *L'admission : une validité conditionnée à la mise en place d'un « réexamen » de la personne afin de justifier la mesure*

En l'espèce, même si le Conseil constitutionnel a pris une décision catégorique, l'expression de cette dernière ne peut, néanmoins, revêtir le même caractère. En effet, en ce qui concerne l'admission en soins psychiatriques, le Conseil déclare en premier lieu qu'en raison des atteintes graves à l'ordre public, une privation de liberté peut tout à fait être tolérée. En effet, il déclare que : « *que si ses troubles (mentaux) nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ; que de tels motifs peuvent justifier la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté au regard des exigences constitutionnelles précitées ;* ». La question est ici de savoir si la nécessité de soins justifie à elle seule la privation de liberté ou si cette dernière doit être accompagnée d'un trouble grave à l'ordre public ? Nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un cumul des conditions à l'hospitalisation sans consentement. En effet, le Conseil constitutionnel semble vouloir déclarer que lorsque la personne nécessite des soins liés à ses « *troubles mentaux* » et qu'en plus elle commet des actes de nature à porter atteinte, de manière « *grave* », à l'ordre public, alors cette dernière devra faire l'objet d'une hospitalisation d'office.

L'autre partie de la solution, concernant l'admission, est d'autant plus intéressante qu'elle corrobore nos propos. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel déclare que l'autorité préfectorale n'est pas incompétente pour déclarer l'hospitalisation d'office de la personne. Il fonde sa décision sur le fait que l'autorité judiciaire, nommée à l'article 66 de la Constitution, ne peut être saisie de manière préalable à la privation de liberté. Cela signifie donc, d'un point de vue temporel, tant que la personne n'est pas dans l'établissement, privée de liberté, la décision de l'autorité administrative relève de la prévention et donne donc compétence au juge administratif dans la mesure où la décision peut être contestée devant lui.

In fine, cela revient à dire que la compétence de l'autorité judiciaire commence lorsque la mesure de prévention se transforme en mesure de répression, lorsque la personne est effectivement privée de liberté et, en ce qui concerne la diversité de sources liées aux libertés individuelles, cela nous confirme véritablement qu'en réalité il n'existe qu'une source originelle, qu'est la Déclaration de 1789, que l'article 66 de la Constitution n'est pas une source, en tant que telle, des libertés individuelles mais il attribue une compétence particulière en la matière.

Enfin, le Conseil constitutionnel va conclure à l'inconstitutionnalité de l'article, notamment de son second alinéa. Pour cela, le Conseil va constater qu'effectivement, la loi ancienne ne mentionne pas les conséquences d'un examen « *ne confirmant pas que*

l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation ». Effectivement, lorsque l'individu voit les résultats des examens médicaux en sa faveur, infirmant donc la demande d'hospitalisation du préfet, il devrait obtenir la mainlevée de cette privation de liberté. Dans le cas contraire, l'individu doit bénéficier d'un nouvel examen dans « *un bref délai* », délai estimé à soixante-douze heures suivant l'admission pour la nouvelle législation. Effectivement, l'examen médical est le fusible de l'ensemble de la législation. Dans la mesure où l'état de la personne peut justifier une telle mesure, cet état doit nécessairement être constaté afin, premièrement de justifier la mesure mais aussi pour que cette privation de liberté puisse cesser au plus vite. Le Conseil constitutionnel déclare, effectivement, que l'absence de réexamen de la personne engendre le fait : « *les dispositions contestées n'assurent pas que l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public* ».

b) Le maintien : une validité conditionnée à l'intervention du juge

Les considérations du jugement constitutionnel sont, en l'espèce, beaucoup plus directes que celles évoquées préalablement à propos de l'article L. 3213-1. En effet, en ce qui concerne le maintien de la personne dans une situation de privation de liberté, ce dernier ne peut être déclaré, selon le Conseil, que si un magistrat de l'ordre judiciaire intervient. Il considère que : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; que, pour les mêmes motifs que ceux retenus dans la décision du 26 novembre 2010 susvisée, les dispositions de l'article L. 3213-4, qui permettent que l'hospitalisation d'office soit maintenue au delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution* ».

Le Conseil constitutionnel exige donc que le maintien de la personne en hospitalisation forcée, en état de privation de liberté, soit conditionné à l'intervention d'un juge judiciaire, selon l'article 66 de la Constitution, dans un bref délai qui doit être en deçà de la quinzaine de jours.

2) La décision du 06 octobre 2011, une histoire de « *notoriété publique* »

Dans cette décision ⁴⁵⁶, la requérante demande le prononcé de l'inconstitutionnalité des articles L. 3213-2 et L.3213-3 CSP dans la mesure où : « *les conditions dans lesquelles l'hospitalisation d'office d'une personne peut être ordonnée en cas de danger imminent sont insuffisamment encadrées et méconnaissent les exigences constitutionnelles qui assurent la protection de la liberté individuelle ; que l'association*

⁴⁵⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2011-174 QPC du 6 octobre 2011 dite « *Mme Oriette P.* »

intervenante fait en outre valoir que la possibilité d'ordonner l'hospitalisation d'une personne atteinte de troubles mentaux sur le fondement de la seule notoriété publique méconnaît ces mêmes exigences ». Il s'agit, effectivement du problème d'une trop grande aisance dans la possibilité d'hospitaliser une personne sur la simple « *notoriété publique* » déjà évoqué préalablement.

A cette question, le Conseil constitutionnel va affirmer qu'une telle expression ne permet pas d'apporter les garanties nécessaires à une hospitalisation sans consentement et donc à une privation de liberté. Le Conseil constitutionnel va se fonder sur les critères dégagés dans sa précédente décision, à savoir que l'hospitalisation doit être nécessaire, proportionnée et adaptée. De ce fait, une telle exigence ne peut être atteinte sur des considérations subjectives et immatérielles. Le seul critère d'évaluation valable étant l'examen médical auquel se soumet la personne. Le Conseil constitutionnel déclare que : « *la privation de liberté prévue à l'article L. 3213-2 est fondée sur l'existence de troubles mentaux ; qu'en permettant qu'une telle mesure puisse être prononcée sur le fondement de la seule notoriété publique, les dispositions de cet article n'assurent pas qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public...* ».

En outre, le Conseil considère que le maire ou bien le commissaire de police sont bien compétents pour décider d'une telle mesure. Il va également considérer que l'article L. 3213-3 prévoyant un examen de la personne dans les quinze jours après son admission, puis « *un mois après l'hospitalisation et ensuite au moins tous les mois* » est conforme à la Constitution.

3) La décision du 21 octobre 2011, l'avènement du rôle du juge des libertés et de la détention

La décision du 21 octobre 2011⁴⁵⁷, vient apporter une précision sur le régime en hospitalisation d'office des détenus. Alors que la loi, par l'article L. 3213-8 CSP prévoyait la « *subordination* » du pouvoir du juge des libertés et de la détention à l'avis médical de deux médecins concernant la sortie de l'hospitalisation d'office d'un détenu, le Conseil constitutionnel a considéré cette disposition comme étant contraire à la Constitution.

Il a déclaré : « *qu'en raison de la spécificité de la situation d'une personne ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, le législateur pouvait assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée ; que, toutefois, en subordonnant à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie*

⁴⁵⁷ Conseil constitutionnel, décision n°2011-185 QPC du 21 octobre 2011 dite « *M. Jean-Louis C.* »

immédiate de la personne ainsi hospitalisée, il a méconnu les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution ».

Dorénavant, il appartient au juge des libertés et de la détention qui doit statuer dans un délai maximal de douze jours de décider d'une éventuelle sortie du détenu d'une hospitalisation d'office.

4) Les autres décisions du Conseil constitutionnel en matière d'hospitalisation sans consentement

Si les décisions précitées semblent fondamentales quant à leurs apports concernant l'hospitalisation d'office, d'autres sont intervenus et notamment sur l'hospitalisation à la demande d'un tiers. Notamment, dans une décision du 26 novembre 2010⁴⁵⁸, le Conseil a considéré que l'autorité judiciaire, nommée à l'article 66 de la Constitution, n'était pas compétent avant l'effectivité de la mesure de privation de liberté. Que dès lors, les dispositions concernant l'admission, par le directeur de l'établissement, d'une personne sur ce fondement n'était pas contraires à la Constitution lorsque les conditions prévues par la loi, en vue de cette admission, sont remplies.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel avait commencé à tracer le chemin pour ses futures décisions en admettant que le maintien d'une personne dans un établissement psychiatrique, admise sans son consentement, était contraire à la Constitution. Effectivement, il a déclaré : *« qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement, (...), à une juridiction judiciaire dans les conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution ; qu'il s'ensuit que cet article doit être déclaré contraire à la Constitution »*. Cette décision a enclenché la logique entreprise dans les décisions précitées, à savoir que dès lors que la privation de liberté est opérée, le juge judiciaire se retrouve compétent. En outre, le Conseil constitutionnel considère que l'intervention du juge judiciaire est nécessaire.

L'hospitalisation psychiatrique sans consentement donne donc place à un large contentieux dans la mesure où sa pratique restreint de manière substantielle les libertés individuelles et notamment la liberté d'aller et venir. Le consentement est une nouvelle fois au cœur du régime de l'hospitalisation psychiatrique. En effet, seul le manque d'autonomie de la personne fait de cet enfermement, une procédure contestée. Comme le rappelle le professeur Pena-Gaia, « l'hospitalisation complète en hôpital psychiatrique n'est pas forcément constitutive d'une privation de liberté. En ce sens, il n'y a pas de privation de liberté lorsque la personne a fait elle-même le choix de l'hospitalisation complète »⁴⁵⁹. Dans cette optique, le Conseil constitutionnel a permis une évolution de la législation en faveur des justiciables et des personnes placées dans cette situation de manière plus large. S'il reconnaît que cette pratique est nécessaire pour la préservation de l'ordre public et d'autres impératifs tels que la préservation de la santé de l'individu,

⁴⁵⁸ Conseil constitutionnel, décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010 dite « Mlle Danielle S. »

⁴⁵⁹ A. Pena-Gaia, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *op. cit.*

nous pouvons considérer qu'il s'agit, une nouvelle fois, d'un impératif de santé public dans la mesure où ces mesures s'imposent à tous les citoyens.

L'hospitalisation d'office malgré son caractère controversé semble nécessaire, comme le mentionne la loi, au maintien de l'ordre public. Cette mesure contestée par sa négligence des droits fondamentaux revêt néanmoins un caractère « sécuritaire » pour la société. Pour ce faire, cette hospitalisation sous contrainte doit présenter de nombreuses garanties pour la personne hospitalisée. Il est indispensable pour cela que son admission soit contrôlée de près par une autorité judiciaire telle que le JLD. La nécessité du maintien de la personne doit être opérée de manière indépendante, impartiale et validée par le juge des libertés et de la détention. Aujourd'hui, l'ensemble de ces garanties est applicables. La garantie supplémentaire qu'il serait souhaitable de voir appliquée serait celle du placement de la personne par une autorité telle que le juge des référés. Néanmoins, cette mesure semble compliquée d'un point de vue pratique dans la mesure où les placements sont guidés par l'urgence. Une urgence que même les juridictions de référés ne sont pas en mesure de pallier.

SECTION IV – LES PRATIQUES MÉDICALES SANS CONSENTEMENT SUR EXIGENCES JUDICIAIRES

Lors d'une procédure judiciaire, notamment en matière pénale, certaines mesures tendent à soumettre l'individu à des atteintes à son intégrité physique. Ces atteintes, si elles s'apparentent à des procédés médicaux, ont la plupart du temps un objectif non curatif plutôt destiné à la collecte d'indices en vue de la procédure en cours. Ainsi, en matière de sécurité routière, il n'est pas rare que certains conducteurs soient soumis à une collecte de sang afin de déterminer et confirmer un état sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants.

Néanmoins, cette incitation aux soins existe également en matière civile. Si, en vérité, il ne s'agit pas d'une soumission telle que l'on peut l'entendre en droit pénal, si le pouvoir de contrainte est moins fort, certaines règles peuvent conduire l'individu à préférer y avoir recours plutôt que d'en subir les conséquences.

Paragraphe 1 : Les contraintes de soins liées au droit pénal et à sa procédure

Pour le professeur, Dominique Viriot-Barrial⁴⁶⁰, cette contrainte pénale est plus ou moins douce⁴⁶¹ selon qu'il s'agisse d'une procédure de « contractualisation pénale » où il

⁴⁶⁰ D. Viriot-Barrial, « Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale », in « *Consentement et santé* », op. cit. p. 243.

⁴⁶¹ En effet, l'auteur distingue la situation dans laquelle le délinquant serait face à une offre de transaction pénale (ensemble des modes alternatifs au procès pénal traditionnel) et lorsque l'on serait face à un individu « dangereux ». Elle souligne que cette notion de dangerosité « mettrait en exergue une dérive sécuritaire des soins fondés sur une particulière dangerosité de l'individu ». Cette réflexion permet de déboucher sur la question suivante : quelles sont les conditions nécessaires à l'établissement d'un régime de contractualisation ou fondé sur la « dangerosité » de l'individu permettant d'établir dans le premier cas une exigence de consentement aux soins contrairement à la seconde situation.

existe une place pour le consentement de la personne ou d'une procédure pénale classique et plus contraignante dans laquelle des moyens de forces sont entrepris.

A) La contractualisation pénale : le nécessaire « consentement aux soins ordonnés »

Avant d'entrer dans le détail des textes, il nécessaire, cependant, d'établir une analyse des termes employés par la doctrine. Même réutilisés, ici, afin d'illustrer nos propos, nous pouvons en tout état de cause rester sceptiques sur la force du consentement requis en l'espèce. En effet, si nous parlons de « consentement aux soins ordonnés », il ne nous échappera pas que nous sommes en présence de l'un des oxymores les plus caractéristiques. En effet, comment pouvons nous consentir à quelque chose qui nous est ordonné, imposé ? Nous frappe, dès lors, à l'esprit l'exemple des relations de travail. Lorsqu'un patron demande (exige) à l'un de ses employés d'exécuter une tâche, ce dernier consent à une demande devant laquelle son choix est nettement restreint.

Pour entrer dans le vif du sujet, diverses lois ont établi la législation concernant la recherche d'un consentement aux activités médicales prescrites par une procédure pénale. Ainsi, l'article 131-36-4⁴⁶² du Code Pénal dispose en son alinéa premier, qu'en matière de suivi socio-judiciaire : « *Le président avertit alors le condamnée qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution* ».

Effectivement, l'article prévoit « expressément » le consentement de la personne au traitement, néanmoins, peut-on réellement parler d'un consentement libre et éclairé dans la mesure où un « *emprisonnement* » est « *encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations qui lui sont imposées*⁴⁶³ » ? Si, Dominique Viriot-Barrial considère que ces mesures s'inscrivent dans une démarche de contractualisation pénale « et ce d'autant plus que l'on se trouve au frontières du droit de la santé qui impose le consentement pour tout acte de soin (...) sur le modèle du droit civil des contrats, une offre puis acceptation vont engendrer des obligations réciproques »⁴⁶⁴, nous pouvons considérer que ces dispositions ne constituent, en réalité, qu'un épais nuage de fumée, essayant, tant bien que mal, de dissimuler une réalité toute autre. Ces dispositions relèvent, en effet, plus de l'hypocrisie du législateur que d'une réelle recherche de consentement. Le consentement est en effet requis, mais s'il est éclairé il est loin d'être libre dans la mesure où celui-ci est recherché sous la menace, sous un

⁴⁶² Article 131-36-4 du Code pénal issu de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 « *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* »

⁴⁶³ Article 131-36-1 alinéa 3 du Code pénal

⁴⁶⁴ D. Viriot-Barrial, « *Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale* », in « *Consentement et santé* », op. cit. p. 247.

chantage. Une privation de liberté contre une autre (la liberté de consentir contre la liberté d'aller et venir), la disposition connaît, en réalité une violation des règles communes du droit des contrats et notamment l'article 1116 du Code civil selon lequel : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Le législateur se permet donc d'édicter une règle caractérisant un dol au sens du droit civil des obligations. Dans la mesure où ce dol entraîne la nullité de la convention, la contractualisation du droit pénal n'est pas permise d'exister et si cette contractualisation n'existe pas, cela signifie qu'en réalité, le recours au traitement est imposée, qu'il n'existe pas d'échange de consentement. Ainsi, Mathias Couturier, maître de conférence, s'interroge « sur la nature de ce consentement dans la mesure où l'on peut envisager, du fait de l'existence de cette contrainte morale, qu'il soit vicié puisque offert sous la menace. En somme, le consentement aux soins ne serait pas « libre » comme l'exige l'article L. 1111-4 CSP. Certes, un consentement n'est jamais totalement libre au sens où le malade ne construit que rarement son choix indépendamment de facteurs de nature à lui en dicter objectivement le contenu. Ainsi, la personne atteinte d'une maladie mortelle consentement aux soins sous la pression de vouloir écarter la fatale alternative qui suivrait un refus de ceux-ci. Néanmoins, ce consentement demeure autonome en ce qu'il est dicté à l'individu par une rationalité qui lui est propre et parce qu'aucune instance qui lui serait extérieure ne le circonviendrait absolument »⁴⁶⁵. Nous ne pouvons qu'être en accord avec ces propos. Si le consentement n'est jamais réellement dépourvu de contrainte, en matière de soins ordonnés par l'autorité publique, le consentement de la personne est atteint de manière substantielle.

D'autres articles du Code pénal prescrivent un examen médical. Notamment l'article 132-45 qui dispose que « *La juridiction de condamnation ou le juge de l'application des peines peut imposer (...) de se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement, ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation...* ». La question est de savoir si ces dispositions, qui ne font pas référence à une quelconque recherche du consentement peuvent s'analyser sous l'angle du droit commun du consentement médical prescrit par le Code de la santé publique.

Même si l'idée n'est pas farfelue, il n'en demeure pas moins que nous pouvons imaginer une réponse négative à cette question. En effet, si le législateur fait référence à la recherche d'un consentement en certaines matières, nul doute que l'objectif est de distinguer ces dispositions des autres pouvant de être plus contraignante. Deuxièmement, nous imaginons mal l'application du droit commun du consentement en matière médicale à ces circonstances, tant elles sont disparates. Si, en droit commun du consentement médical, l'acceptation ou le refus de soins s'exprime face à une offre, cette dernière n'en demeure pas moins motivée par une démarche personnelle et spontanée du patient et non par une injonction de soins prescrite par la loi pour le patient poursuivi, mis en examen ou condamné.

⁴⁶⁵ M. Couturier, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », RDSS 2014, p. 210.

En outre, nous assistons à la patrimonialisation des droits fondamentaux et libertés individuelles, ce qui est quelque chose de grave. En effet, que se soit pour l'exemple précité ou pour celui de l'article 717-1⁴⁶⁶, alinéa 5 du Code de procédure pénale, l'échange de consentement entraînant des obligations respectives aux parties, s'apparentant donc à une convention, les libertés individuelles deviennent des biens pouvant faire l'objet de contrats. En tant que biens pouvant faire l'objet de contrats, ces libertés individuelles deviennent l'objet d'un droit réel, d'un droit de propriété dont le titulaire peut user de la chose mais pourrait également en percevoir les fruits ou encore d'en disposer.

A ces considérations outrancières nous préférons considérer qu'en réalité, il n'existe aucune convention et aucune contractualisation du droit pénal et donc des droits fondamentaux. D'une part car la détermination de l'objet du contrat, de la nature des obligations réciproques, des conséquences en cas d'inexécution ne laisse place à aucune liberté contractuelle, de par un déséquilibre manifeste concernant le statut des parties au contrat impliquant une quasi obligation contractuelle pour le détenu (pour reprendre l'exemple de l'article 717-1 du Code de procédure pénale) mais également l'illicéité de l'objet du contrat, se trouvant hors du commerce juridique de par sa nature inhérente à l'espèce humaine et donc l'expression de son caractère extrapatrimonial.

B) La dangerosité : le pouvoir insubmersible de la justice pénale

Même si, comme nous l'avons constaté, le régime dit de « contractualisation pénale » ne laisse en réalité aucune place à la volonté de la personne dans le collimateur de la justice, la législation afférente a au moins le mérite d'essayer d'établir un principe de consentement aux traitements imposés. Lorsque le délinquant représente une menace à l'ordre public, un « danger pour la société » et lorsqu'en plus, il n'est plus en capacité de consentir, alors l'administration pénale adopte des mesures coercitives nettement plus fortes sans pour autant rechercher le consentement de la personne.

La situation concerne la personne ayant terminé sa peine d'emprisonnement mais constituant encore un danger pour les autres et la personne pénalement irresponsable en raison de troubles mentaux.

En ce qui concerne la première situation, l'auteur nous fait remarquer que la personne ayant purgé sa peine de prison peut faire l'objet d'une nouvelle privation de liberté lorsqu'elle est considérée comme dangereuse⁴⁶⁷. Cette mesure à vocation à sa réinsertion dans la société tout en réduisant les risques de récidive. Cette mesure de

⁴⁶⁶ Article 717-1, alinéa 5 du Code de Procédure pénale, issu de la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 portant « programmation relative à l'exécution des peines », selon lequel : « *Le médecin traitant du condamné délivre à ce dernier, au moins une fois par trimestre, des attestations indiquant si le patient lui-même ou non de façon régulière le traitement proposé par le juge de l'application des peines. Le condamné remet ces attestations au juge de l'application des peines, afin que celui-ci puisse se prononcer, (...), sur le retrait des réductions de peine, l'octroi de réduction de peine supplémentaires ou l'octroi d'une libération conditionnelle* ».

⁴⁶⁷ D. Viriot-Barrial, « Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale », in « *Consentement et santé* », op. cit. p. 255.

rétention de sûreté est définie par l'article 706-53-13⁴⁶⁸ du Code de procédure pénale comme étant : « *A titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elle présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevées de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre (...) La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* ».

Cette mesure qui est prononcée et prévue par la cour d'assises « *dans sa décision de condamnation* », selon le même article, a donc une vocation médicale et une « *soumission* » de l'individu à certains acte médicaux. A la lecture de cet article, nous pouvons constater que les mesures sont simplement « *proposées* » à la personne ce qui implique qu'elle est en mesure de les refuser. Néanmoins, nous pouvons supposer que dans la mesure où cette pratique a vocation à réinsérer la personne dans la société, son refus et son obstination auront certainement pour conséquences de retarder cette réinsertion. Selon l'article 706-53-19⁴⁶⁹ du même Code dispose que : « *si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée de deux ans* ». Cette mesure, moins contraignante, comprend néanmoins des obligations particulières dont des injonctions de soins. Selon le troisième alinéa dudit article, « *si la méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 le président de la juridiction régionale peut ordonner en urgence son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire* » autrement dit, un retour à la case départ et une nouvelle privation de liberté.

Secondement, pour les personnes qui ne sont pas en mesure d'exprimer leur consentement, leur sort s'inscrit dans un régime d'hospitalisation d'office dont le régime a déjà été évoqué. Il est, cependant, important de souligner que cette mesure concerne des délinquants et que leur fondement juridique trouve une source différente que celle évoquée préalablement. En effet, l'article 706-135 du Code de procédure pénale dispose que : « *Sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L.3213-7 du code de la santé publique, lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un*

⁴⁶⁸ Article 706-53-13 du Code de procédure pénale issu de la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 « *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale* »

⁴⁶⁹ Article 706-53-19 du Code de procédure pénale issu de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 « *relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles* »

arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public... ».

Nous pouvons constater que l'ensemble de ces mesures ne fait nullement mention d'une recherche du consentement de la personne, du délinquant. Contrairement aux législations envisagées lors de l'analyse de la « contractualisation de la procédure pénale » nous pouvons effectivement constater qu'alors il existe, d'un coté, une certaine liberté à l'individu dans le recours aux soins, de l'autre, les soins proposés son clairement imposés. Nonobstant, il serait optimiste ou faux de parler, en toutes circonstances, d'un réel pouvoir de consentement aux soins. En effet, dans tous les cas évoqués, le refus de se soumettre aux soins entraine un durcissement de la sanction ou l'adoption d'une mesure tendant à la privation de liberté. En matière pénale, donc, la loi, et par ce biais le pouvoir judiciaire, dispose d'un pouvoir de contraire incontestable. Ce pouvoir coercitif est néanmoins nécessaire dans la mesure où l'individu lambda n'y est soumis qu'en réponse à un trouble à l'ordre public rendant, dès lors, nécessaires des mesures extraordinaires. Une telle coercition ne peut, cependant, être justifiée à l'égard des dispositions communes du Code de la santé publique.

Paragraphe 2 : L'action en recherche de parentalité, une certaine forme de contrainte médicale

L'établissement d'une filiation est chose fondamentale pour l'enfant afin que ce dernier ai une connaissance sur ses origines, ses racines. Elle est importante afin que l'enfant bénéficie d'un héritage culturel, familial et patrimonial. Néanmoins, lorsque l'enfant est abandonné à la naissance par l'un de ses parents, notamment par le père, la loi met à sa dispositions des outils afin ce de dernier puisse la faire établir à l'encontre des personnes dont il existe de fortes présomptions qu'elles soient le géniteur ou la génitrice. Ces actions impliquent la soumission de la personne à un prélèvement sanguin afin d'établir, ou de réfuter, une filiation de manière certaine à travers l'ADN.

A) Les dispositions civiles relatives à l'action en recherche de filiation

Dès lors, nous entreprenons clairement une situation complexe avec d'un coté les prétentions d'un enfant en recherche de paternité, d'établissement de sa filiation dont la violation résulte du respect de sa vie privée, selon la Cour européenne (CEDH) et de l'autre, la défense du même droit (toujours selon la CEDH) et la liberté de ne pas vouloir se soumettre à un test ADN, la liberté de ne pas consentir à l'atteinte de son intégrité physique et le droit de refuser un acte médical.

A titre liminaire, nous pourrions constater que seul le juge judiciaire est compétent en matière d'action en recherche de filiation. En effet, selon l'article 318-1⁴⁷⁰ du Code civil : « *Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation* ». Dans la mesure où, ces actions intéressent fortement les droits fondamentaux ou libertés individuelles, il est légitime et même nécessaire, en vertu du fameux article 66 de la Constitution, que seule l'autorité judiciaire, en tant que gardienne des libertés individuelles, soit compétente à la connaissance de ces actions.

Sans entrer dans les détails de la loi, alors qu'en situation maritale existe une présomption de paternité à l'égard du mari, lorsque la paternité est recherchée, hors situation maritale, elle est « *judiciairement déclarée* » selon l'article 327, alinéa premier du Code civil. Et même si l'action est en principe, selon l'alinéa second du même article, « *L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant* », l'article 328⁴⁷¹, alinéa premier, dispose que cette action appartient au parent.

Cette législation a donné place à un large contentieux sur le plan national mais également au niveau au européen où la CEDH a développé une jurisprudence et maintenu le cap depuis des décennies.

En ce qui concerne la jurisprudence française, force est de constater qu'en règle générale, le refus du présumé père biologique de se soumettre aux tests ADN, permet au juge d'en dégager un indice menant à la déclaration de la paternité. Ainsi, l'homme, le présumé père se trouve bloqué et ne dispose, en réalité, d'aucune liberté quant à l'établissement d'une filiation. Ainsi, le professeur Annick Batteur concède qu' : « Il est évident que la question de l'égalité de l'homme et de la femme ne peut s'apprécier sous l'angle exclusif du droit de la filiation. La maternité peut être choisie : c'est à la femme de décider de recourir à une contraception puis, en cas d'échec, de décider ou non d'une IVG. Or l'homme n'a pas son mot à dire : il n'a pas à donner son autorisation à l'IVG, et ne peut surtout pas contraindre la femme à y recourir. La filiation paternelle imposée n'est que l'aboutissement du processus⁴⁷² ».

Cette déclaration empreinte de réalisme fait suite à un arrêt de la Première chambre civile. En effet, alors que Mme Y, en tant que mère biologique et représentante légale d'un enfant mineur, intente une action en recherche de paternité hors mariage à l'égard de M. Y qui, outre la contestation de cette paternité, conteste l'article 327 du Code civil « empêchant tout homme géniteur de se soustraire à l'établissement d'une filiation non désirée », demandant à la Cour de cassation si ledit article n'est pas contraire aux dispositions constitutionnelles prévues aux « *articles 1 et 4 de la*

⁴⁷⁰ Article 318-1 du Code civil issu de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 « portant réforme de la filiation »

⁴⁷¹ Article 328, alinéa premier du Code civil issu de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 portant « de simplification et d'amélioration de la qualité du droit » dispose que : « *Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie, a pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité* ».

⁴⁷² A. Batteur, « Refus de transmission d'une QPC sur l'existence de l'action en recherche de paternité », L'Essentiel Droit de la famille et des personnes du 15 mai 2013, n°5, p.2.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 » concernant l'égalité de l'homme et de la femme. La Cour de cassation a estimé, le 28 mai 2013⁴⁷³, que la législation ne créait pas d'inégalité entre l'homme et la femme dans la mesure où cet établissement de la filiation concerne autant le père biologique, que la mère dans la mesure où l'action peut être intentée après un accouchement sous X. D'où, selon la Cour de cassation, le manque de « *caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes* ».

Le professeur Annick Batteur considère⁴⁷⁴ que la question posée était « vouée à l'échec » et ce même si pour la décision de la Cour de cassation est empreinte d'irrégularité dans la mesure où il existe bien une fin de non-recevoir en matière d'accouchement sous X, lorsque l'enfant est placé en vue d'une adoption. Néanmoins, cette fin de non recevoir est également valable pour l'homme, le père biologique. Donc, nous ne pouvons être qu'à moitié d'accord avec cette dernière dans la mesure où effectivement la question ne suscitait que très peu d'espoir et surtout que la décision de juge de cassation est empreinte d'irrégularité.

Nous aurions pu poser la question de manière différente en appuyant sur les contraintes que suppose une telle action en recherche de filiation, en ce qui concerne les hommes et les femmes. La loi se moquant des inégalités matérielles et naturelles, l'argument posé par M. Y était, un tant soit peu « bancal ». En effet, l'inégalité entre l'homme et la femme existe en la matière dans la mesure où la contraception ou l'interruption volontaire de grossesse sont des droits appartenant aux femmes et dont la contrainte au recours de ces procédés relèverait de l'infraction pénale. La disposition en soit ne crée aucune inégalité, néanmoins, dans la mesure où elle s'applique autant aux hommes, qu'aux femmes. Par contre, ladite disposition entraîne des conséquences violant les principes fondamentaux tel que le respect de l'intégrité physique, le respect du refus à l'acte médical, donc des libertés individuelles et qu'en l'espèce ces pratiques ne sont pas commandées par un intérêt public tel que pourrait l'être l'ordre public sanitaire mais un intérêt privé. C'est cette question qui aurait dû être posée à la Cour de cassation. Nous aurions pu constater le caractère sérieux de l'atteinte aux droits fondamentaux par cette disposition en l'absence de toute autre alternative pour l'homme de refuser la paternité. La Cour de cassation semble donc suivre, *in fine*, la logique entreprise par la CEDH, à savoir la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur la sauvegarde des droits fondamentaux du père.

⁴⁷³ Cour de cassation, Première chambre civile du 28 mars 2013, n°13-40.001.

⁴⁷⁴ A. Batteur, « Refus de transmission d'une QPC sur l'existence de l'action en recherche de paternité », *op. cit.*

B) La prévalence de l'intérêt de l'enfant au droit à la filiation face aux droits fondamentaux du père

Dans les arrêts qui suivent nous pourrions constater que la CEDH détient une ligne directrice qu'elle ne compte visiblement pas abandonner, celle de faire prévaloir l'intérêt de filiation de l'enfant aux divers droits fondamentaux du père. Si nous pouvons amplement concevoir le droit pour l'enfant, et avant tout son désir, d'établir une filiation avec son père biologique, avec son géniteur, cela ne doit pas pour autant empiéter de manière conséquente sur les droits fondamentaux du père. Comme nous l'avons constaté, il est difficile aujourd'hui pour un homme de pouvoir refuser le lien de filiation dès lors qu'une action est engagée. Si l'enfant dispose de droits fondamentaux, s'il est considéré comme étant titulaire de droit de par son existence, c'est à raison de l'existence d'autres droits dont sont titulaires ses parents. Il est donc nécessaire, soit de reconnaître l'existence de ces droits et de ne pas les soumettre systématiquement aux droits fondamentaux de l'enfant, soit d'établir des règles permettant à l'homme, au géniteur, de préserver son anonymat dans la relation biologique à l'instar de l'ensemble des moyens de contraception mis à la disposition des femmes. Si les moyens pouvant mettre fin au lien de parenté par la voie médicale sont inexistant chez l'homme dans la mesure où la vasectomie constitue un procédé de stérilisation irréversible et non un moyen de contraception, il semble nécessaire d'instituer un procédé légal de rupture avec toute filiation. Cela pourrait par exemple s'apparenter à une déclaration auprès d'une administration ou devant une instance juridictionnelle tendant à la non reconnaissance d'un enfant. A l'instar de la mère qui, si elle remplit les conditions légales, selon sa seule volonté, a recours à l'IVG le géniteur pourrait établir une déclaration de refus de paternité avant que ne soit enclenchée l'action de l'article 327 du Code civil lorsque ce dernier a connaissance de l'état de gestation de la femme ou lors d'un entretien conciliatoire nécessaire et préalablement établi à l'audience lorsque l'action en recherche de paternité est enclenchée et que le père démontre qu'il ignorait tout état de gestation.

1) L'arrêt « A.L c/ Pologne », l'impossible révocation du lien de filiation établi

En l'espèce, suite au divorce d'avec sa femme, le requérant polonais doute de sa paternité avec l'enfant né au cours du mariage. Ayant recours à des tests ADN privés, le résultat est sans appel il ne s'agit pas de son fils, pourtant reconnu comme tel. Le requérant intente diverses actions devant les juridictions polonaises, notamment devant le procureur de la République, qui refuse l'action en contestation de paternité au motif de l'intérêt de l'enfant.

Pour la CEDH, saisie de cette demande, elle considère, le 18 février 2014⁴⁷⁵, que c'est à bon droit que les juridictions polonaises ont rendu cette décision. Elle considère que l'intérêt de l'enfant se substitue à celui des parents, tout en confirmant que les

⁴⁷⁵ Cour européenne des droits de l'homme, n°28609/08 du 18 février 2014, « A.L c/ Pologne »

litiges liés à la filiation se fondent sur l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et de la vie familiale. Elle considère, pour des raisons de sécurité juridique, qu'il est impossible pour une filiation consentie et établie, de la révoquer afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, afin de maintenir son équilibre psychologique et de lui éviter une situation « traumatisante ».

Même si nous pouvons comprendre la décision de la Cour, force est de constater que le père ne dispose que rarement de son droit de refus de la paternité. Ce qui est gênant, en l'espèce, c'est en premier lieu l'utilisation de l'ADN auprès d'un organisme privé dans la mesure où la plupart du temps ces tests sont effectués sans le consentement de la personne. L'utilisation de ce test ne peut donc constituer une preuve pour les magistrats. En deuxième lieu, la motivation du test s'effectue après le divorce du requérant, ce qui démontre une certaine forme de vengeance à l'égard de la séparation avec la mère de l'enfant. Depuis la naissance de l'enfant, le requérant s'est donc comporté comme étant son géniteur, dans la mesure où il se trouvait dans l'ignorance, il pourrait être brutal après un divorce que l'enfant perde, au surplus, le lien de filiation avec son père.

La situation n'est pourtant pas définitive car comme le souligne la Cour, à sa majorité, l'enfant aura la possibilité de contester lui même le lien de filiation établi. Ce sera donc à lui, de décider s'il préfère considérer son père comme étant son seul lien de filiation possible ou s'il préfère partir à la recherche de son géniteur, mais nous nous plaçons, ici, dans un autre débat visiblement hors propos.

2) Les arrêts « Mikulic » et « Pascaud », l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans l'arrêt « *Mikulic* »⁴⁷⁶, dans un premier temps, la requérante née hors mariage et sa mère ont intenté une action en recherche de paternité devant le « *tribunal municipal de Zagreb* » le 30 janvier 1997. S'en suit une épopée judiciaire dotée de rebondissements pour en arriver à l'audience du 18 mars 1999 où le tribunal ordonna la pratique d'un test ADN. En réalité plusieurs tests seront prescrits par la juridiction croate, tests toujours marqués par l'absence de M. H.P. Le 12 juillet 2000, le tribunal décida de « *clôre la procédure* » et signifia sa décision à la requérante en octobre de la même année « *qui établissait la paternité du défendeur et allouait une pension alimentaire à l'enfant (...) car elle estimait que le fait que le défendeur se fût soustrait aux tests ADN venait à l'appui de la demande de la requérante* ».

Suite à cela, le nouveau « père » de l'enfant interjeta appel où le tribunal du comté de Zagreb « infirma la décision de première instance et renvoya l'affaire en jugement estimant que « *la juridiction de première instance n'avait pas recueilli tous les éléments pertinents et que l'on ne pouvait établir la paternité de H.P en fondant essentiellement sur le fait qu'il s'était soustrait aux tests ADN* ». Le 19 novembre 2001, la juridiction de première instance de renvoi considéra de nouveau la paternité de H.P en considérant

⁴⁷⁶ Cour européenne des droits de l'homme, n°53176/99 du 07 février 2002, « *Mikulic c/ Croatie* »

que le témoignage de la mère de la requérante « *corroborait* » la paternité de H.P. Suite à ce jugement, les deux parties firent de nouveau appel, la requérante considérant que le montant de la pension alimentaire demandé par la juridiction n'était suffisamment élevé et H.P en raison de la déclaration de sa paternité.

La requérante a donc saisi la Cour européenne sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention relatif au droit au procès équitable, la requérante contestant la durée de la procédure croate, et sur le fondement de l'article 8. Elle considère « *son droit au respect de la vie privée et familiale a été violé du fait que les tribunaux internes se sont montrés incapables de statuer sur son action en recherche de paternité et l'on donc laissé dans l'incertitude quant à son identité personnelle* ». Nous nous pencherons exclusivement sur ce dernier fondement.

La Cour considère qu'en dépit de l'existence de normes tendant à contraindre un individu de se soumettre à un test ADN ou de sanctionner un refus de se soumettre à une telle mesure, le juge civil dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre sa décision sur l'ensemble des éléments de preuve qui sont à sa disposition, notamment sur le fait qu'une des parties s'entête à dissiper un mode de preuve implacable. Elle ajoute que : « *les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* ». Si elle reconnaît que la connaissance de son identité est un droit fondamental se rattachant à l'article 8 de la Convention, elle reconnaît également qu'en face, il n'est pas envisageable de contraindre une personne de se soumettre « *à quelque analyse médicale que ce soit* ». Elle dresse donc le bilan de l'opposition de deux droits détenus, chacun, par des personnes privées et doit donc faire face à un conflit d'ordre horizontal. La Cour ajoute que si certains « *Etats parties* » prévoient des sanctions pénales à l'encontre des personnes entravant une décision judiciaire, la législation croate, ne prévoyant aucune sanction pour ce fait n'est pas pour autant en dehors du cadre de la Convention et du respect de son article 8. Cependant, un tel système ne peut être compatible avec l'article 8 de la Convention seulement s'il dispose de moyens permettant à une « *autorité indépendante* » de « *statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité* ». L'apport fondamental de la décision réside dans le fait que la Cour exige une proportionnalité entre l'intérêt de la requête d'avoir recours aux tests ADN et la justification du refus. En l'espèce, elle considère que l'intérêt supérieur de l'enfant à établir un lien avec son père biologique est supérieur à celui de refuser la pratique d'un test ADN et donc justifie une atteinte à l'intégrité physique de la personne et à son libre consentement.

Cette tendance a été confirmée par l'arrêt « *Pascaud* »⁴⁷⁷. En l'espèce, les juridictions françaises ont considéré qu'une personne placée sous sauvegarde de justice n'était pas dans l'incapacité de consentir à un test ADN afin d'établir une filiation a

⁴⁷⁷ Cour européenne des droits de l'homme, n°19535/08 des 16 septembre 2011 et 8 novembre 2012 « *Pascaud c. France* »

fortiori, lorsque ce dernier a déclaré vouloir reconnaître le requérant. La Cour considère que lorsqu'une personne est dans l'incapacité de faire valoir, par voie judiciaire, sa volonté d'établir un lien de filiation avec son géniteur, alors même qu'une expertise génétique estime à 99,999% le pourcentage de chances que sa demande est fondée, alors le refus à sa demande constitue une ingérence de l'Etat et porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. La Cour considère effectivement que le droit de connaître et de juridiquement faire reconnaître son ascendance est un droit se rattachant à la protection de la vie privée. Que lorsque divers droits sont opposés, notamment celui du respect de la vie privée face à celui de ne pas se soumettre à un examen médical ou celui du respect de la sécurité juridique (le père du requérant disposant d'une grande fortune et qui a établi comme légataire universel une commune). En citant l'arrêt « *Mikulic* », l'arrêt rappelle que si le fait d'établir un lien de filiation constitue un droit fondamental, ce dernier ne peut impliquer de soumettre une personne à des examens médicaux.

La Cour rappelle en l'espèce que les juridictions françaises ont refusé de tenir compte de l'examen génétique dans la mesure où la personne n'y aurait pas véritablement et « *personnellement* » consenti et considère qu'« *en annulant post-mortem l'expertise génétique et en refusant de reconnaître et d'établir la paternité biologique du requérant, la cour d'appel a donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire* ». Elle ajoute que « *la mesure de sauvegarde de justice ne privait nullement W.A du droit de consentir personnellement à un prélèvement ADN et que celui-ci avait exprimé auprès des autorités la volonté de reconnaître le requérant* » et que les examens médicaux n'ont jamais été contestés. Suite à cela, le requérant se retrouve dans une impasse dans la mesure où il ne pouvait plus actionner aucun levier en vue d'établir sa filiation dans la mesure où W.A était décédé et qu'il n'avait pas donné d'autorisation afin de pratiquer des examens sur sa dépouille. La Cour fait donc valoir qu'un juste équilibre n'avait pas été respecté entre les différentes réclamations, les différents droits des acteurs à ce litige.

Si la CEDH semble donc maintenir un cap avec ces deux décisions, ces dernières ne sont quand même pas totalement identiques. En effet, les faits matériels divergent dans la mesure où dans un premier nous avons à faire à une personne qui refuse tout test ADN, alors que dans la seconde nous sommes en face d'une personne qui consent à l'examen génétique, du moins qui réclame sa volonté de reconnaître le requérant comme son enfant et qui ne conteste pas les analyses médicales. En l'espèce donc, nous pouvons considérer que la décision des juridictions françaises étaient totalement intéressées par le legs établi par W.A. En effet, comment pouvons nous considérer qu'il est possible, dans certaines espèces, de contraindre une personne à se soumettre à des examens médicaux afin d'établir une filiation, ou de considérer que le refus de se soumettre constitue une preuve de paternité et, en face, de considérer que la personne,

même sous sauvegarde de justice, qui réclame un lien de filiation et qui ne conteste pas des examens médicaux ne puisse voir accéder à sa requête.

En outre, la CEDH continue sur la même ligne de conduite en considérant d'une part, que le droit pour un enfant de connaître sa filiation est fondamental. Elle considère également, que ce droit ne cesse pas avec l'avancée dans l'âge de l'enfant, « au contraire » dit-elle, la justification de ce droit tend à se renforcer au fil des ans. Elle considère également, que lorsqu'il existe un conflit interindividuel entre ce droit à celui de refuser l'examen médical, il nécessaire d'établir un rapport de proportionnalité entre les prétentions des parties. Cette considération semble néanmoins hypocrite dans le sens où, comme nous l'avons vu, la Cour va toujours dans le sens de l'enfant. A savoir, que même si elle considère qu'aucun individu ne peut être contraint à un traitement médical (chose quelle dénonce dans certaines espèces, elle considère que cette considération est inopérante lorsqu'il s'agit d'un examen médical en vue d'établir une filiation, et considère que c'est à bon droit qu'une juridiction retienne le refus de se soumettre comme constituant une forte présomption de paternité. En acceptant ce chantage, la Cour opère donc t'elle une graduation entre les différents droits fondamentaux en conflit ? La réponse n'est pas si simple qu'elle n'y paraît dans la mesure où elle exige un rapport de proportionnalité entre les différents droits en conflit. Effectivement, nous pouvons considérer que se soumettre à un test ADN et que l'atteinte à l'intégrité physique, ou à la vie privée que ce procédé peut constituer n'est pas de nature à sacrifier le droit pour un enfant de connaître sa filiation. La Cour recommande donc aux juridictions des Etats parties d'entreprendre une approche subjective du litige. Ce qui semble plus choquant, effectivement, c'est la méconnaissance visible, pour chaque homme, de ne pas avoir un droit au refus d'enfant.

En conclusion de ce chapitre, nous constatons alors que la contrainte médicale n'est pas anodine voire qu'elle ne constitue pas l'exception au principe. Malgré les principes « fondamentaux » du patient établis par la loi du 04 mars 2002, certaines pratiques ne laissent que peu de place au consentement de la personne. Cette contrainte positive s'exprime à travers l'impossibilité pour la personne inconsciente de pouvoir laisser une trace valable de sa volonté, par l'atteinte à l'intégrité physique instituée par la législation vaccinale, qu'il s'agisse de l'administration même du vaccin ou de ses conséquences pour la santé du patient, par la privation de la liberté individuelle ou encore par des exigences judiciaires.

Nous constatons alors que seule la pleine considération du consentement serait salvatrice pour l'Homme et sa liberté. Le consentement se situe à l'intersection de l'ensemble de enjeux juridiques en matière médicale. Peut-on alors considérer que ce consentement en matière médicale est le principe ? Il souffre de tant d'exceptions, que ce dernier se trouve substantiellement atteint de manière courante. Ainsi la préservation de l'ordre public, dans sa conception traditionnelle ou sanitaire, n'est-il pas le principe et le libre consentement l'exception applicable lorsque l'autonomie du patient ne le met pas en péril ?

CHAPITRE SECOND - LE CONSENTEMENT MÉDICAL INOPÉRANT DU PATIENT : L'EXERCICE D'UNE CONTRAINTE « PASSIVE »

Le consentement aux soins ne peut pas être uniquement envisagé comme l'accord que donnerait le patient à une offre de soins qui lui est présentée. La contrainte active n'est alors pas la seule à pouvoir être envisagée. La contrainte négative constitue également un dénigrement du consentement. En effet, lorsqu'une personne lorsqu'une personne désire recourir à une pratique mais que l'accès lui est refusé, alors il s'agit également d'une contrainte. Le refus opposé à la personne qui désire recourir à une certaine thérapie peut constituer une violation du consentement.

Qu'il s'agisse du refus de soins justifié, ou non, du professionnel de santé, d'un refus fondé sur une « clause légale de conscience », d'un refus en raison d'une interdiction légale, aujourd'hui le consentement du patient semble doublement contraint. Si le refus de soins constitue l'un des droits du patient, le refus de soins du professionnel de santé constitue pour ce premier une contrainte. Il constitue une privation de soins qui, malgré sa potentielle légalité, constitue un frein au « droit-créance » à la protection de la santé, pourtant droit fondamental se fondant sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Pourtant, le personnel soignant tente, souvent, de faire évoluer les législations mais ce dernier se retrouve souvent confronté aux sanctions disciplinaires ou judiciaires. Il s'agit donc d'une immixtion du législateur et du juge dans la relation patient-médecin, une véritable intrusion qui se manifeste par un mutisme, une ignorance de l'institution législative, judiciaire et médicale face aux revendications des patients de consacrer un plus grand espace de liberté dans leur recours aux soins. Cette liberté en matière médicale peut néanmoins s'avérer dangereuse. C'est pour cette principale raison que le législateur se préserve de toute avancée trop progressiste.

Un domaine particulier se veut prudent à des avancées trop « brusques » en matière de santé, il s'agit de la bioéthique. Sujets sensibles car ils touchent au cœur, au point sensible de l'humanité et de son devenir, le législateur a entamé leur création par la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse du 17 janvier 1975⁴⁷⁸ puis a ancré son désir d'évolution par les lois dites « *bioéthiques* » dont la première date du 30 juillet 1994⁴⁷⁹. Pour le professeur François Terré⁴⁸⁰ « Les spectaculaires progrès de la science, spécialement de la biologie humaine, interrogent pourtant notre société et, par voie de conséquence notre droit ». L'évolution technique de la science pousse le législateur à intervenir afin d'éviter les dérives. L'intervention des lois bioéthiques n'est pas un hasard pour le professeur Terré. Il considère que la maîtrise de la procréation par des

⁴⁷⁸ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁴⁷⁹ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁴⁸⁰ F. Terré, « *L'enfant de l'esclave : génétique et droit* », Paris, Flammarion, 1987.

moyens de contraceptions ou l'interruption volontaire de grossesse, l'avancée biologique en matière de génome humain sont les deux éléments qui ont poussé le législateur dans le domaine de la bioéthique. Il reste néanmoins des domaines où le législateur semble plus timide et refuse toute avancée trop rapide malgré les réclamations de la société. Ces sujets concernent effectivement des droits protégés tels que le droit à la vie, le droit au respect de la dignité humaine, la protection du corps humain. Il est donc nécessaire que le législateur dans un premier temps, mais également la jurisprudence soient précautionneux avec l'ensemble de ces sujets.

Une réflexion collective doit se présenter en amont à toute entreprise d'évolution juridique. Le législateur doit-il laisser un droit de vie (SECTION II et SECTION III) et de mort (SECTION I) au corps médical, un pouvoir « divin » sur l'espèce humaine qui ne laisse que peu de place au consentement ?

SECTION I – LE REFUS DE L'EUTHANASIE ACTIVE DES PERSONNES EN FIN DE VIE

Pour la sociologue Gaëlle Clavandier, « si la vie, ou plutôt l'expérience de la vie humaine, se traduit par une multitude de sentiments, d'usages, de désir, la mort, elle, par opposition, ne serait rien »⁴⁸¹. La vie est le moteur du développement personnel, le désir de la mort revient à ne plus rien désirer. Chacun est confronté perpétuellement et quotidiennement à la mort, d'une manière directe ou indirecte. Cette certitude biologique mène à de nombreux questionnements. Parmi ces derniers, nous n'en retiendrons qu'un, celui de l'anthropologue Louis-Vincent Thomas selon lequel « Ainsi, du malade qui a compris qu'il allait mourir et du médecin qui lui cache sa maladie mortelle, qui est le plus trompé ? »⁴⁸². Cette question est fondamentale pour les sociétés comme la France d'aujourd'hui où l'euthanasie ne constitue pas un réel droit de mourir, mais elle n'a aucun sens dans des Etats où les patients peuvent librement décider de leur sort. L'analyse de la législation actuelle nous permettra de nous poser la question de savoir si la législation actuelle est un premier pas vers le suicide assisté (Paragraphe 1) ou si elle établit un parfait équilibre avec nos valeurs fondamentales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La loi du 22 avril 2005 : un premier pas vers « le suicide assisté » ?

Insatisfaisante, incomplète, n'ayant qu'une portée limitée, la loi du 22 avril 2005⁴⁸³, dite « *Loi Léonetti* » ou « *Loi sur les malades en fin de vie* » suscite de nombreux débats dont le dernier date de l'affaire « Vincent Lambert ».

⁴⁸¹ G. Clavandier, « *Sociologie de la Mort : vivre et mourir dans la société contemporaine* », Paris, Broché, Editions Armand Colin, 2009.

⁴⁸² L-V. Thomas, « *Anthropologie de la mort* », Payot, 1975.

⁴⁸³ Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 « *relative aux droits des malades en fin de vie* ».

A) Le droit de mourir dans la dignité et l'interdiction de l'acharnement thérapeutique : l'essentiel de la loi

Le droit de mourir dans la dignité qui s'oppose au simple droit de mourir se traduit par la mise en place des soins palliatifs. Néanmoins, avant d'entamer cette procédure, les soignants sont soumis à une interdiction d'acharnement thérapeutique.

1) L'interdiction de l'acharnement thérapeutique du corps médical

Cette loi vient modifier ou créer de nombreuses dispositions du Code de la santé publique. Premièrement, elle insère dans l'article L. 1110-5 CSP un second alinéa. Si le premier alinéa de l'article consacre le droit pour tout malade de recevoir des soins de qualité, en conformité avec « *la sécurité sanitaire* », l'alinéa second crée une exception à cette obligation en prescrivant une interdiction. Selon cet alinéa, l'ensemble des soins en principe prescrits « *ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant...* » des soins palliatifs.

La loi envisage trois cas dans lesquels les soins sont, au-delà d'être déconseillés, interdits. Il s'agit d'un devoir du médecin qui par exception à l'ensemble des dispositions légales l'obligeant à préserver la santé ou la vie du patient, est tenu de pas « s'obstiner déraisonnablement » lorsque les soins sont « *inutiles* », « *disproportionnés* » ou « *n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie* ». Il ne s'agit pas de conditions cumulatives, le médecin se trouvant face à l'une de ces situations sera dans l'obligation de « suspendre » ou de ne pas « entreprendre » les soins et de dispenser alors des soins palliatifs. En ce qui concerne la définition des soins palliatifs, selon l'article R.4127-37, I CSP ils concernent autant les investigations que la thérapeutique elle-même.

Un aspect « fondamental » du second alinéa de l'article L. 1110-5 CSP est la référence à la protection de la dignité humaine. A partir du moment où « *l'obstination déraisonnable* » est abandonnée alors, pour sauvegarder la dignité humaine, il est nécessaire d'administrer à la personne les soins palliatifs lui permettant d'éviter de souffrir. Nous pouvons néanmoins déduire de l'esprit du texte que la dignité humaine ne réside pas seulement dans le fait d'éviter toute douleur au malade, mais également l'administration de soins, ceux-ci résultant pourtant d'une « *obstination déraisonnable* ». Effectivement, lorsque le corps médical abandonne tout traitement ou toute tentative de traitement, alors, « *dans ce cas* » la dignité humaine est préservée par la dispense de soins palliatifs. Nous notons qu'il y a un donc un début d'atteinte à la dignité humaine en laissant le patient agoniser, mais que cette atteinte est rattrapée par les soins dispensés l'empêchant de souffrir. Il n'y a donc pas d'atteinte à la dignité humaine lorsque la

personne est prise en charge par une équipe médicale tentant de préserver sa vie ou sa santé par la dispense de soins nécessaires, proportionnés.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon⁴⁸⁴ a considéré que procéder au transfert d'une patiente dans un nouvel hôpital « *pour la poursuite de ces soins alors que, malgré la précarité de son état, Mme X devait continuer de se rendre, trois fois par semaine, à l'hôpital de Macon, distant d'une vingtaine de kilomètres, pour y subir des dialyses, ce dernier, qui n'allègue ni n'établit qu'il n'aurait pu prendre en charge l'intéressée jusqu'à son décès malgré l'absence en 1999 d'unité de soins palliatifs, a fait subir à l'intéressée des souffrances importantes et inutiles, dans des conditions incompatibles avec les objectifs assignés à de tels soins...* ». Nous pouvons donc considérer que les soins dispensés sont soumis à ces deux conditions cumulatives que sont la souffrance physique importante et inutile. Lorsque les soins entraîneront des souffrances physiques mais qu'ils seront jugés nécessaires, alors il n'y aura pas atteinte à la dignité humaine.

Dans un arrêt du 02 juin 2009, le tribunal administratif de Nîmes considère que la réanimation de plus de 20 minutes d'un enfant né sans vie constitue un acharnement thérapeutique. En effet, lorsque l'enfant recouvra un rythme cardiaque normal, cet incident lui procura de graves séquelles sur ses fonctions cérébrales⁴⁸⁵. Nous pouvons alors faire une analogie avec l'arrêt « *Perruche* ». Cette décision constitue véritablement un « préjudice de vie » dans la mesure où le professionnel de santé, fautif par son acharnement thérapeutique, a permis de à l'enfant de vivre. Le droit à la vie semble alors sur le déclin.

L'obligation de soins consciencieux découle-t-elle du « droit-créance à la protection de la santé » ? La question mérite d'être posée. Dans sa décision du 16 juillet 2009, le Conseil constitutionnel déclare qu'il découle du principe de la protection de la santé l'égal accès aux soins⁴⁸⁶ des individus à cette dernière. Pour que cet accès à la santé soit effectif et « plein » il est nécessaire que les professionnels de santé puissent prodiguer des soins consciencieux et conformes. La problématique est alors la suivante : nous savons, qu'il s'agisse des droits subjectifs ou des « droits-créances », le législateur doit mettre en place une législation protectrice de ces différents droits. Où se situe l'obligation de soins ? Du côté droit subjectif à la santé ou du côté « droit-créance » ? Si le droit subjectif sous entend une abstention, le « droit-créance » suscite une action positive ne laissant que peu de place à la volonté du patient. Si la loi du 22 avril 2005 interdit l'acharnement thérapeutique, il peut convenablement s'agir d'une loi laissant plus de liberté à l'individu face à l'administration des soins. Ainsi, nul doute que cette disposition vient protéger les droits subjectifs de l'individu, notamment la liberté pour l'individu de gérer sa santé comme il l'entend. Dans cette optique l'acharnement thérapeutique qui constitue, du moins dans l'esprit du professionnel de santé, une

⁴⁸⁴ Cour administrative d'appel de Lyon, 6^{ème} chambre, n°05LY01052 du 17 juin 2008.

⁴⁸⁵ Tribunal administratif de Nîmes n°0622251 du 2 juin 2009.

⁴⁸⁶ Conseil constitutionnel, n°2009-584 DC du 16 juillet 2009, « *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* ».

application « consciencieuse » des soins découlant de son obligation de soins, de accès effectif des soins et donc du « droit-créance ». L'interdiction de l'obstination déraisonnable tend donc à protéger le consentement de la personne face à l'administration des soins. Donc son droit subjectif à la santé qui lui confie une certaine autonomie, une certaine liberté tend à être préservée par cette loi au détriment de sa santé ou de sa vie.

Cette pratique ne constitue pas pour autant un droit à mourir, dans la mesure où ce dernier n'existe pas, mais cette législation tend vers une banalisation de la vie et de la santé. Pour le législateur et la jurisprudence il est préférable et plus digne pour l'humanité d'accompagner une personne vers la mort, vers le néant et plutôt que de favoriser les soins, la santé ou la vie. Ceci, dans un souci de ne pas gravement porter atteinte à la santé de l'individu, dans sa conception du droit subjectif. Cela relève-t-il donc d'une évidence aussi naïve qu'elle ne puisse être entreprise, une conciliation entre la dispense de soins curateur et des soins antidouleur afin de pouvoir créer une osmose entre santé, vie et dignité qui sont pourtant un ensemble de principes cohérents, trouvant pleinement leur sens que lorsqu'ils émanent d'une association commune. Cette association de traitement curatif et antidouleur a d'ailleurs été proposée récemment par le Conseil consultatif national d'éthique.

En ce qui concerne l'affaire « Vincent Lambert », son cas n'entre pas dans le cadre de la fin de vie dans la mesure où en l'état actuel des choses il pourrait vivre de nombreuses années. En revanche, il intéresse le régime de l'article L. 1110-5 CSP relatif à l'acharnement thérapeutique. Sur cette question, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 24 juin 2014⁴⁸⁷ a considéré que « *l'obstination déraisonnable* » pouvait être retenue « *que le patient soit ou non en fin de vie* ».

Dès lors, un traitement peut être suspendu, arrêté pour une personne qui ne se trouve pas nécessairement en situation de fin de vie mais dont cette dernière est maintenue artificiellement en vie par des machines. La jurisprudence semble donc estimer qu'il est préférable et plus digne pour le malade d'abandonner tout espoir de rémission et de se livrer, passivement, à la mort plutôt que d'être soigné. Le domaine de la fin de vie, de l'interdiction de l'obstination thérapeutique soulève de nombreux débats. L'ensemble des thèses soutenues sont justifiées et marquées par la distinction qu'il peut être faite entre d'un côté protection de la santé à tout prix et de l'autre liberté du patient. Il est effectivement contraire à la dignité humaine de vivre dans un état végétatif, sous traitements permanents, mais il est tout autant indigne de banaliser la vie de la personne. Ce qui est dérangeant, c'est la prise de position et les intérêts défendus par chacune des parties alors que la décision ne devrait revenir qu'à « Vincent Lambert ». D'où l'utilité d'instituer des directives anticipées plus contraignantes, plus généralisées et plus connues de tous. Ainsi, la demande d'arrêt du traitement, assimilée à l'expression du refus de soins, par le biais des directives anticipées lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté semble être la seule solution. A défaut, il

⁴⁸⁷ Conseil d'Etat, Assemblée, du 24 juin 2014, n°375081.

reviendrait alors au juge, et non plus au médecin, de décider du sort de la personne. En écoutant, la personne de confiance, les proches ou par l'établissement d'un « faisceau d'indices », le juge s'assurerait de la réelle volonté de la personne. En l'absence de toute connaissance sur la volonté du malade il serait alors impossible de suspendre ou de refuser d'entreprendre tout soin curatif.

Ainsi dans l'arrêt du 24 juin 2014 le Conseil d'Etat⁴⁸⁸ dégage deux conditions indispensables à la mise en place de soins palliatifs et donc à la suspension de toute traitement curatif. La première condition relève de la médecine pure en affirmant que l'état du patient est irréversible, qu'après examen médical le médecin peut, en toute légitimité, considérer qu'aucune amélioration n'est prévisible. La deuxième condition tient au refus de vivre dans de pareilles conditions pour le malade et donc à demander la mise en place de soins palliatifs. Il a effectivement déclaré que « *pour estimer que la poursuite de l'alimentation et de l'hydratation artificiellement administrées à M. I..., n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie du patient, traduisait une obstination déraisonnable au sens de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, le Dr. H... s'est fondé, d'une part, sur l'état de santé de M. I..., qu'il a caractérisé par la nature irréversible des lésions cérébrales dont il est atteint, l'absence de progrès depuis l'accident et la consolidation du pronostic fonctionnel, d'autre part, sur la certitude que « Vincent I... ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions... »*. Que dès lors il est possible pour le médecin de pouvoir déclarer le traitement comme constituant une « obstination déraisonnable » menant à une suspension du traitement et l'entrée pour Vincent Lambert dans une phase de soins palliatif en lui assurant une fin de vie indolore et donc conforme aux exigences des prescriptions sou jacentes d'un grand principe fondamental qu'est la dignité humaine.

L'interdiction de l'« *obstination déraisonnable* » ou plus vulgairement de l'acharnement thérapeutique existait à travers le Code de déontologie médicale avant la loi du 22 avril 2005. Néanmoins, cette dernière a permis premièrement de le consacrer mais également de le détailler en énumérant les conditions dans lesquelles ces dispositions sont applicables mais également de rappeler que l'ensemble de ces dispositions s'incèrent dans le cadre du respect de la dignité humaine. Rappelons que ce principe de dignité humaine ne peut être négligé lorsque les soins entrepris sur la personne sont nécessaires malgré le fait qu'ils puissent être douloureux ou lorsque des soins palliatifs sont dispensés après la suspension ou la non-entreprise d'un traitement. Le Conseil d'Etat est venu rappeler dans son arrêt du 24 juin 2014 que la suspension du traitement et la mise en place de soins palliatifs ne peut intervenir que lorsque la situation médicale de la personne est irréversible et lorsqu'il est possible d'établir une certaine volonté de la personne. En ce sens, il est nécessaire de constater qu'il n'y a pas d'atteinte à la dignité humaine lorsque le consentement, même supposé, de la personne intervient.

⁴⁸⁸ *Ibidem.*

2) Mourir dans le respect de la dignité humaine

a) *Les soins palliatifs*

Le deuxième apport essentiel de la loi « *Léonetti* » concernant la fin de vie est la consécration des soins palliatifs. Ces soins, à défaut d'être curatifs, proposent une alternative aux patients en fin de vie afin que ces derniers « mourir dans la dignité ». Cette expression reste néanmoins critiquable. Au moment de la mort, à l'extinction de la vie, que reste-t-il d'humain de la personne ? Même si la loi impose le respect de la dépouille funéraire, la personne n'est plus. Les notions de dignité humaine et de mort sont, semble-t-il, antinomiques. D'ailleurs, le législateur emploie une autre expression qui d'une part est plus juste et qui justifie nos propos. Ainsi, l'article L. 1110-5 CSP, alinéa 4, dispose que « *Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort* ». La vie se doit d'être digne, la mort n'est qu'une étape vers une autre vie où, souhaitons-le, le respect de la dignité de l'être n'a pas lieu d'être.

L'article L. 1110-9 CSP pose le principe selon lequel « *Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement* ». Selon ce principe, nous comprenons vite que la mise en place de soins palliatifs ne s'applique pas à l'ensemble des malades mais seulement à ceux dont l'état de santé le justifie.

Ces soins palliatifs « *sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne et à soutenir son entourage* »⁴⁸⁹ et n'ont donc pas une vocation curative. Ils s'appliquent donc aux personnes atteintes d'affections incurables, en phase terminale de leur maladie. L'apaisement de la douleur physique et psychique contribue de manière certaine à l'objectif fixé par l'article, le respect de la dignité humaine. L'ensemble de ces textes sont empreints de cette notion de dignité humaine. Compte tenu de la fragilité physiologique et psychique de la personne, il est nécessaire que cette dernière bénéficie d'une attention particulière.

Les règles relatives aux soins palliatifs, création d'une loi du 9 juin 1999⁴⁹⁰, ont été reprises et réinsérées dans le nouveau Code de la santé par le législateur de 2002. Le professeur Philippe Malaurie⁴⁹¹ considère que la généralisation de ces soins palliatifs font également l'objet d'une certaine modernisation par l'utilisation d'un « *droit à...* », autrement dit, d'un « *droit-créance* ». Loin d'être considéré comme un droit fondamental, faute de source supra législative, l'accès aux soins palliatif revêt néanmoins les caractères d'une liberté publique. Depuis la loi de 1999, l'accès aux soins

⁴⁸⁹ Article L. 1110-10 CSP.

⁴⁹⁰ Loi n°99-477 du 9 juin 1999 « *visant à garantir l'accès aux soins palliatifs* ».

⁴⁹¹ P. Malaurie, « *Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ?* », *Deffrénos*, 30 septembre 2002, n°18, p. 1131.

palliatifs est une obligation généralisée aux établissements publics et privés et dont le financement relève pour tout ou partie, directement ou indirectement de l'Etat. Lorsqu'un refus injustifié est exprimé par le corps médical, s'apparentant donc à une « *obstination déraisonnable* », alors ce refus s'analyse comme une faute indemnisable par les tribunaux. Ce « droit à l'accès aux soins palliatifs » demeure la conséquence d'un droit fondamental plus général qu'est le « *droit à la protection de la santé* ». Ainsi, comme le rappelle l'article L. 1110-1 CSP : « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personnes aux soins nécessités par son état de santé...* ». L'accès aux soins palliatifs moins que l'accès aux soins d'une manière générale trouve son fondement dans la préservation de la dignité humaine comme le rappelle de nombreuses fois le Code de la santé publique même si ce fondement reste largement critiquable. Comme le souligne le professeur Malaurie « Il existe d'autres manières, plus conformes à la grandeur de l'homme, de mourir sans souffrances et dans la paix et la dignité »⁴⁹². L'idéal réside inévitablement dans la conciliation le soulagement de la douleur et la continuité des soins tant que la personne n'en a pas exprimé le refus.

b) Le traitement « double-effet »

Une avancée de la loi du 22 avril 2002 est la création du traitement « double-effet » consacré par l'alinéa 4 de l'article L. 1110-5 CSP. Selon cet article « *Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L.1111-2, la personne de confiance visée à l'article L.1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical* ».

Même si l'euthanasie directe ou active reste prohibée, il n'en demeure pas moins que le « traitement double-effet » se rapproche dangereusement de cette réalité. Il s'agit effectivement pour tout professionnel de santé, d'administrer en même temps qu'un produit ayant vocation à soulager les souffrances de la personne, une substance qui peut avoir pour effet secondaire, de donner la mort. Il ne s'agit donc pas d'euthanasie active dans la mesure où l'injection de la substance n'a pas une vocation première de mettre fin à la vie de la personne mais il peut néanmoins s'agir d'un effet secondaire.

Les conditions de ce traitement sont strictes. En premier lieu, l'administration de ce traitement doit être nécessaire. Il ne peut être administré seulement s'il constitue l'unique moyen de soulager les souffrances de la personne. Il ne doit donc pas exister de

⁴⁹² *Ibidem.*

traitement alternatif. Deuxièmement, la personne doit être en « *phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable* ». Il s'agit de conditions cumulatives. Il ne suffit pas que l'affection soit seulement « *grave* », il est nécessaire que cette dernière soit également « *incurable* ». La mise en place de ce traitement est également subordonnée à l'information de la personne, ou de la personne de confiance ou à défaut d'un proche. L'information tend à la recherche du consentement ou du refus de la personne, de la personne de confiance ou d'un proche.

Enfin, les effets du traitement ne sont qu'hypothétiques. Il reste interdit pour tout professionnel de santé d'administrer une solution létale qui outre le soulagement de la douleur, aurait pour effet de donner la mort de manière certaine. Cela reviendrait à considérer cette pratique comme relevant de l'euthanasie active. Le professionnel de santé ayant recours à cette pratique ferait l'objet de poursuites pénales pour chef de meurtre, d'assassinat ou encore d'empoisonnement.

B) L'avancée législative raisonnable de l' « euthanasie passive »

La loi « *Léonetti* » fut l'objet de vives critiques. D'une part vis-à-vis de la doctrine, puis par le Sénat qui, en 2011, émit un rapport sur les nouvelles perspectives que pourrait revêtir la loi.

1) La loi « *Léonetti* » entre stagnation législative et premier pas vers l'euthanasie active

Le professeur Viala s'est posée la question de savoir si la « *Loi Léonetti* » constituait une simple « *constance législative* »⁴⁹³ ou s'il s'agissait « *d'une avancée législative* ». Pour lui, la « *constance* » n'est qu'apparente car il estime que cette loi du 22 avril 2005 s'imprègne fortement de la loi du 9 juin 1999 sous, réaffirmant ses principes à la lumière des nouveaux droits du patient, de la loi du 4 mars 2002. Concrètement, si la loi reprend les principes concernant l'accès aux soins palliatifs, cette reprise s'opère par la mise en place simultanée d'une plus grande autonomie du patient grâce à la loi du 4 mars 2002 comme par la consécration des directives anticipées. La loi est donc pour lui une avancée législative certaine par la mise en place de l'interdiction de l'« *obstination déraisonnable* », mais également par la licéité de la suspension du traitement, la législation du traitement « *double-effet* » ou le renforcement de l'intervention de la personne de confiance.

Effectivement nous ne pouvons qu'être en accord sur le fait qu'il s'agisse d'une réelle avancée. De prime abord nous pouvons considérer que la loi du 22 avril 2005 n'était qu'un rajeunissement de la loi du 9 juin 1999 permettant l'introduction dans le nouveau Code de la Santé publique d'un chapitre sur la fin de vie. Néanmoins les

⁴⁹³ F. Villa, « *Droit des malades en fin de vie* », Dalloz 2005, p.1797.

avancées ne sont pas des moindres, notamment en ce qui concerne la notion et le régime de l' « *obstination déraisonnable* », la légalisation de ce que le professeur Viala appelle la sédation constitue un pas immense vers l'euthanasie active. Notons que si la personne de confiance trouve une place de choix dans la prise de décision concernant la fin de vie comparé à d'autres domaines, les directives anticipées, instaurées par la loi du 22 avril 2005, demeurent le moyen privilégié en matière d'établissement du consentement, même en fin de vie.

Néanmoins les réactions sociétales ne se sont pas faites attendre et l'opinion publique scande l'insuffisance de cette loi. Au delà du droit de mourir dans la dignité, la société réclame un réel droit de mourir pourtant tant incompatible avec les valeurs défendues par l'ensemble du droit positif. Le suicide devant rester l'expression de l'autonomie individuelle la plus significative ne peut rester qu'une pratique anarchique, loin des considérations puritaines du droit qui ne se borne qu'à incriminer l'assistance à cet acte. Le suicide peut néanmoins constituer une source de responsabilité pour l'Etat qui se doit de porter une attention particulière à l'égard des personnes « *vulnérables* ». Ainsi, la CEDH ⁴⁹⁴ a considéré que si un Etat ne pouvait être responsable de « *l'imprévisibilité du comportement humain* », cette responsabilité peut néanmoins être retenue pour les personnes sous la garde de l'Etat. Notamment pour les détenus, la Cour déclare que « *dans le cas spécifique du risque de suicide en prison, il n'y a une telle obligation positive que lorsque les autorités savent ou devraient savoir sur le moment qu'existe un risque réel et immédiat qu'un individu donné attende à sa vie. Pour caractériser un manquement à cette obligation, il faut ensuite établir que les autorités ont omis de prendre, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque...* ». Il est donc clair que si l'autonomie personnelle de la personne a pour conséquence de mettre volontaire fin à sa vie, cet acte ne peut outrepasser les considérations de l'Etat selon lesquelles nul ne peut mettre fin de manière arbitraire à sa propre vie. Cela implique, premièrement un refus catégorique de toute reconnaissance d'un droit de mourir comme l'énonce la CEDH dans l'arrêt « *Pretty* »⁴⁹⁵ où elle considère qu' « *il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique...* ». Deuxièmement, cette règle limite clairement la liberté individuelle, l'autonomie de la personne au profit de la sauvegarde d'un certain ordre public. Effectivement, l'ingérence de l'Etat dans la décision personnelle transcrit une limitation du libéralisme et l'avènement d'un Etat omniprésent et protecteur. Si ce droit de mourir ne peut exister pour les personnes disposant d'une bonne santé, elle doit également être applicable aux personnes atteintes de graves affections afin de primer le droit à la vie ou à la santé, constitutif d'un certain ordre public, sur le « *droit à mourir* » transcription d'un libéralisme excessif.

⁴⁹⁴ CEDH du 6 décembre 2011, n°8595/06 « *De Donder et De Clippel c/ Belgique* ».

⁴⁹⁵ CEDH du 29 avril 2002, n°23406/02, §40, « *Pretty c/ Royaume-Uni* ».

La législation actuelle se trouve donc à mi-chemin entre un « simple droit à mourir dans la dignité » tel qu'il pouvait se présenter en 1999 par la généralisation des soins palliatifs et l'« euthanasie active » tellement redoutée. Effectivement, aujourd'hui, par son autonomie la personne peut, de concert avec le professionnel de santé, suspendre son traitement, ne pas y recourir lorsque l'affection revêt une gravité telle que les soins restent superflus et qu'ils engendrent une souffrance. Cela est constitutif d'une faute médicale. Ainsi ressort toute l'ironie d'une telle législation où la faute du médecin, alors simplement soumis à une obligation de moyen, aura tendance à être recherchée lorsque son intervention n'a pu permettre une guérison et la responsabilité déclarée du médecin qui aura employé de nombreux efforts pour permettre la guérison d'une personne n'ayant plus la volonté de vivre. La personne ou son entourage avec le professionnel de santé pourront également entreprendre la sédation, qui se révèle être en réalité une timide euthanasie active.

2) Les préconisations maladroites des membres du Sénat de 2011 tendant à la création d'un « droit à mourir »

Le rapport préconise en premier lieu d'éviter toute dérive et mentionne à ce titre de limiter les « euthanasies subies » et d'instaurer « un cadre médical ».

En ce qui concerne les « euthanasies subies » ou « non-consenties », le rapport fait mention que malgré la volonté louable de la loi « *Léonetti* » de vouloir informer la personne avant toute démarche de suspension de traitement ou toute « sédation » qui ont vocation à raccourcir la vie du malade de manière substantielle, de nombreuses applications du traitement « double-effet » sont opérées et ce sans même l'information ou le consentement de la personne. L'ensemble de ces « euthanasies subies » est donc des atteintes aux droits du malade qui a droit à une information claire et complète sur les risques de tout traitement, que celui-ci ait une vocation de soins palliatifs ou non. De ce fait, l'autonomie tant prônée par ladite loi du 22 avril 2005 est d'une part sans intérêt et d'autre part, cette sortie du cadre de la législation médicale entraîne *de facto* la responsabilité civile ou administrative de l'établissement de santé et la responsabilité pénale, ordinale du professionnel de santé. Pour les auteurs du rapport, l'information est souvent absente ou lorsqu'elle est dispensée elle reste trop technique, trop éloignée de la compréhension du malade.

Pour remédier à cela, les sénateurs prévoient d'instaurer un cadre législatif plus « laxiste ». Ils considèrent que la légalisation de « l'euthanasie active » ou du « suicide assisté » permettra d'éviter les dérives. Dans l'hypothèse d'une consécration du « *suicide assisté* » ce dernier ne pourrait être confié à un proche de la personne ou constitué un acte unique menant à la mort mais tout un processus dont seul le médecin aurait pour mission d'accompagner la personne. Les sénateurs considèrent que « La compétence technique du médecin vient ainsi en soutien de la volonté de la personne en fin de vie et

permet que sa mort soit réellement rapide et sans douleur »⁴⁹⁶. Pour eux, la consécration du suicide assisté permettrait une réelle prise en considération de la volonté de la personne. Or, une législation instaurant un cadre plus rigide à la législation actuelle pourrait également permettre d'éviter les « euthanasies subies ». Il suffirait de mettre en place un ensemble d'obligations à la charge du professionnel de santé lui permettant de démontrer une réelle information du patient et un réel consentement de sa part comme pour la preuve de l'information en matière de soins traditionnels.

a) La dénomination et l'article choisi pour l'intégration du « suicide assisté »

Concrètement les sénateurs interrogés désiraient introduire dans le Code de la santé publique une « alternative » aux propositions actuelles faites aux malades en fin de vie. Ils retiennent pour cela une réelle faculté pour la personne de disposer d'une « aide active à mourir ». D'autres dénominations ont été avancées et semblent préférables malgré le paradoxe qu'elles peuvent susciter. Ainsi, il est sans doute préférable de retenir la proposition « Fischer »⁴⁹⁷ qui évoque la notion d'« aide active médicalisée à mourir ». Cela pour encadrer plus fortement cette pratique qui ne peut relever que d'une assistance médicale alors que la notion choisie évoque la possibilité pour tout individu de venir en aide à la personne en fin de vie. Pour des raisons pratiques mais également théoriques il n'est pas envisageable que cette « euthanasie active » puisse être entreprise par quiconque. Elle ne doit relever uniquement que d'une procédure entreprise et aboutie par un professionnel de santé.

Cette notion soulève néanmoins une certaine forme de paradoxe en ce sens où elle s'apparente fortement à l'« assistance médicale à la procréation ». Ainsi, le médecin et l'institution médicale dans son ensemble s'accaparent les prérogatives d'une divinité pouvant donner la vie et la reprendre. La création d'une super puissance médicale qui s'introduit et prend peu à peu la place de ce qui relevait traditionnellement du droit naturel n'est pas de bon augure. Il est nécessaire de cantonner le rôle de la médecine à sa fonction première qu'est la préservation de la santé et de la vie. A ce titre, l'intervention médicale dans la procréation revêt un caractère salvateur en permettant de pallier aux « défaillances » du droit naturel.

En ce qui concerne le choix de l'article, dans lequel insérer cette notion, les sénateurs ont soumis de l'intégrer soit dans l'article L. 1110-2 CSP selon lequel « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* » ou l'article L. 1110-9 CSP selon lequel « *Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement* ». Le rapporteur du Sénat⁴⁹⁸ considère qu'il est préférable que la

⁴⁹⁶ Proposition de loi relative à l'aide active à mourir du 18 janvier 2011, n°228, Session ordinaire de 2010-2011.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Le rapporteur considère que « l'affirmation du droit à l'aide au suicide ne doit pas nécessairement figurer au sein de l'article L. 1110-2 du code de la santé publique. En effet, la juxtaposition de l'affirmation de la dignité du malade et du droit à l'aide active à mourir pourrait être source d'ambiguïté juridique. Si l'on considère, comme les auteurs des propositions de loi, que la possibilité d'obtenir une aide active participe de la dignité des patients, sa mention explicite à l'article L. 1110-2 appellerait celle de l'ensemble des autres éléments constitutifs de la dignité. A défaut, certains pourraient considérer que l'aide active à mourir constitue un pendant, ou une alternative, à la dignité des patients, ce qui n'est pas la volonté des auteurs des textes examinés. Dès lors, par souci

disposition relative « au droit de mourir » figure au sein de l'article L. 1110-9 CSP et non pas dans l'article L.1110-2 CSP et donc accolé à la notion de « *dignité humaine* ». En effet, il estime que « la juxtaposition de l'affirmation de la dignité du malade et du droit à l'aide active à mourir pourrait être source d'ambiguïtés juridiques. Si l'on considère, comme les auteurs des propositions de loi, que la possibilité d'obtenir une aide active à mourir participe de la dignité des patients, sa mention explicite à l'article L. 1110-2 appellerait celle de l'ensemble des autres éléments constitutifs de la dignité. A défaut, certains pourraient considérer que l'aide active à mourir constitue un pendant, ou une alternative, à la dignité des patients, ce qui n'est pas la volonté des auteurs des textes examinés ».

Effectivement il serait incompréhensible de juxtaposer les notions de dignité humaine et de « droit à mourir ». D'une part car elles sont antinomiques, l'une tendant à protéger l'Homme contre toute forme d'asservissement, à valoriser son existence et sa raison d'être et l'autre tendant à la banalisation de sa vie. D'autre part, comme le souligne le rapporteur, par l'incohérence⁴⁹⁹ que cela pourrait générer auprès des juristes. Nous pourrions effectivement penser qu'il ressort du respect de la dignité humaine de pouvoir demander à mourir et donc envisager l'ensemble des dérives que cette disposition pourrait faire découler. En tout état de cause, l'intégration à l'article L. 1110-9 serait tout autant incompréhensible. Les dispositions relatives à la fin de vie ne cessant de faire référence à la protection de la dignité humaine, de manière redondante et absurde, l'intégration « d'un droit à mourir » paraîtrait tout autant incohérent.

b) Une distinction de régime en raison de l'état psychique de la personne

En ce qui concerne les règles et modalités d'application d'un tel droit, les sénateurs, dans leur proposition d'amendement, distinguent des conditions selon que la personne est en mesure d'exprimer sa volonté ou non.

Les deux rapports se distinguent d'une part quant aux personnes susceptibles de pouvoir recourir à « l'aide à mourir ». Pour certains le critère principal est celui de l'âge légal⁵⁰⁰. En effet, ils considèrent que seules les personnes majeures pourront « bénéficier » de cette prérogative alors que d'autres⁵⁰¹ se basent sur le caractère de la capacité pour en exclure d'une part, les majeurs incapables mais également les mineurs. Une telle distinction soulève l'incohérence d'une telle disposition ainsi que sa dangerosité. Sur le plan de la réflexion, effectivement, il est impensable qu'une personne qualifiée d'incapable par un tribunal ne puisse laisser son sort entre les mains de son représentant légal, de même pour le mineur vis-à-vis de la personne titulaire de l'autorité parentale. Ainsi, l'assimilation à l'article L. 1111-4 CSP laissant le dernier mot à

de clarté, votre rapporteur considère qu'il est préférable de s'en tenir à l'inscription de l'aide active à mourir à l'article L. 1110-9 du même code ».

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ Cela concerne les auteurs de la proposition de loi « Godefroy ».

⁵⁰¹ Cela concerne les auteurs des propositions de loi « Fouché » et « Fischer ».

la personne exerçant l'autorité parentale ou au tuteur n'a pas lieu d'être en matière de fin de vie.

Cette problématique soulève inéluctablement l'incohérence et la dangerosité d'une telle disposition. Ainsi, la loi tendant à donner le « droit à mourir » aux malades en fin de vie opère une sélection et une « discrimination » dans l'accès aux « soins », au « traitements euthanasiques ». Un mineur ou un majeur incapable ne peut-il pas se retrouver dans une situation de fin de vie au même titre qu'un majeur capable ? Sur la base du principe de non-discrimination, il est impossible d'accorder des droits à certains et pas à d'autres en se fondant sur des critères primaires. Cette disposition aurait donc vocation à évoluer et à ouvrir sa porte aux mineurs dans un premier temps comme l'a opéré la législation belge⁵⁰² et aux majeurs incapables. D'un point de vue éthique, le fait qu'un être, au commencement de sa vie, se résigne à mourir constitue un réel questionnement sur l'opportunité d'une telle mesure. Au regard des grands principes fondamentaux, dont celui de la sauvegarde de la dignité humaine, cette possibilité serait la caractérisation la plus absolue de la négligence de la personne, de l'importance de sa vie, de son existence. Il semble préférable de soutenir les soins curatifs, d'encourager la lutte contre l'affection tout en maintenant les soins qui auront pour effet d'apaiser la douleur.

Les conditions d'accès à cette pratique restent dans l'ensemble en harmonie avec les conditions actuellement mises en place pour l'accès aux soins palliatifs. Une nuance cependant apparaît avec les propositions de loi « Fouché » et « Fischer » qui proposent un nouveau critère. Celui pour une personne de se trouver « dans une situation de dépendance qu'elle estime incompatible avec sa dignité ». Comme l'énonce le rapport sénatorial⁵⁰³, il ne s'agit pas d'une condition supplémentaire mais d'une alternative et concerne donc les personnes qui ne sont pas en fin de vie. De la même manière que pour les mineurs, il paraît contestable d'admettre une telle faculté pour les personnes qui ne se trouvent pas en fin de vie. D'une part car la loi « *Léonetti* » prévoit une possible suspension des traitements pour les personnes qui ne souffrent d'aucune pathologie mais dont la vie n'est maintenue qu'artificiellement. C'est par exemple le cas dans l'affaire « *Vincent Lambert* » où le Conseil d'Etat⁵⁰⁴ considère, après avoir dégagé une présomption de volonté de la personne dans l'incapacité de s'exprimer, qu'une suspension du traitement, ayant pour conséquence directe la mort de la personne, peut être entreprise lorsque cette dernière est maintenue en vie de manière artificielle et que cette vie est incompatible avec ses volontés. Pour les personnes en pleine conscience mais s'estimant être « dépendante » sans pour autant souffrir d'une affection menaçant gravement leur vie, cette possibilité doit être exclue. Effectivement, au-delà de la manifestation physique et matérielle de la dépendance, la demande d'un recours à

⁵⁰² Nous abordons plus loin dans notre propos le cas de la législation belge qui a ouvert le « droit à mourir » aux mineurs récemment.

⁵⁰³ Le rapport énonce que « L'intention des auteurs est de permettre à ceux qui ne sont pas, du point de vue médical, en fin de vie mais ont devant eux la seule perspective d'une vie de dépendance, comme ce fut le cas de Vincent Humbert, de bénéficier d'une assistance à mourir ».

⁵⁰⁴ Conseil d'Etat, Assemblée du 24 juin 2014, n°375081.

l'euthanasie de la part de cette catégorie de personnes retranscrit un sentiment de gêne vis-à-vis de l'entourage qui ne justifie en rien la mise en œuvre d'une telle pratique.

En ce qui concerne les modalités de la demande, les rapports « Fouché » et « Godefroy » considèrent que la demande doit directement émaner de la personne et s'adresser au médecin traitant alors que la proposition de loi « Fischer » dispose que la « demande d'assistance pour mourir » peut être adressée à « *tout médecin de premier recours* ». Il est nécessaire que nous retenions la dernière proposition. Dans tous les cas les propositions de loi « Fouché » et « Fischer » envisagent la saisine « sans délai » d'un confrère « pour s'assurer avec lui de la situation du demandeur ». Les médecins saisis devront « informer » le patient de l'ensemble des traitements qui lui sont disponibles. Cette précision est fondamentale en ce sens où l'euthanasie active doit spécialement être le dernier recours. A l'instar de l'article L.1111-4 CSP, le médecin doit tout mettre en œuvre afin de convaincre le patient de préférer le recours aux soins palliatifs plutôt qu'à l'euthanasie active.

Le rapport sénatorial instaure des garanties avant d'entreprendre toutes sortes d'« assistance à mourir ». Dans un premier temps, le médecin sera chargé de vérifier la réelle volonté de la personne à plusieurs reprises. La mort ne peut être donnée concomitamment à la première expression de la volonté. Bien entendu, comme pour le recours aux soins, le consentement doit être libre et éclairé, et même « argumenté » pour cette espèce. Il ne s'agit pas d'exprimer sa volonté de mourir, il faut également que cette demande soit justifiée et soutenue par des arguments. La volonté sera donc, selon le rapport, exprimée de nouveau en présence de la personne de confiance. L'autre garantie réside en la mise en place d'un examen médical confirmant l'état de « fin de vie » de la personne.

En ce qui concerne les personnes hors d'état d'exprimer leur consentement, les propositions de loi considèrent que les directives anticipées doivent prendre le pas sur la décision du patient. Ces directives anticipées doivent également désigner une ou plusieurs personnes de confiance qui auront pour fonction de saisir le corps médical d'une demande d'« aide à mourir ». Cela transcrit l'idée selon laquelle, le professionnel de santé ne peut jamais s'autosaisir pour la mise en place d'une procédure d'euthanasie active. Cela semble légitime, à partir du moment où l'acte n'est pas issu de la pure volonté de la personne, cela s'apparente alors à une atteinte volontaire à la vie d'autrui qui pourrait être le fondement d'une action devant les juridictions pénales. L'inconvénient de cette pratique réside dans le fait que seules les personnes ayant rédigé des directives anticipées concernant leur fin de vie seront bénéficiaires d'une telle procédure. Pour les personnes ayant simplement nommé une personne de confiance, cette dernière ne sera pas en mesure de saisir le professionnel de santé pour l'enclenchement de ladite procédure en raison de la non-expression par écrit de la volonté de la personne.

Enfin, le rapport prévoit la création d'une commission régionale et d'une commission nationale⁵⁰⁵ veillant au bon déroulement de la procédure, ainsi qu'au suivi de la véritable volonté de la personne, que cette personne en mesure d'exprimer sa volonté spontanément ou par le biais des directives anticipées. En cas de non respect d'une procédure, ces commissions pourraient saisir le Procureur de la République afin que ce dernier entame une procédure judiciaire à l'encontre de l'établissement concerné.

Le rapport prévoit d'instaurer, à l'instar de l'interruption volontaire de grossesse⁵⁰⁶, une clause de conscience selon laquelle, le professionnel de santé qui ne veut pas participer à l'euthanasie pourrait s'abstenir tout en renvoyant le patient vers un confrère susceptible de l'aider.

Le « droit à mourir » ou l'« aide active au décès », l'« assistance médicale à la mort » ou l'« euthanasie active » ne semble pas encore prévue en 2015. Nous le verrons, malgré les nouvelles intentions des parlementaires, l'heure n'est pas encore à l'intention de tuer plutôt à l'accompagnement de la personne dans la fin de sa vie, un simple approfondissement de la législation actuelle, bien loin de la loi belge.

Paragraphe 2 : L'opposition du droit français avec le droit belge, entre liberté et protection

La loi française permet donc de préserver un certain équilibre qui semble coïncider avec les valeurs fondamentales reconnues en France (B). Avant toute chose, nous démontrerons le contraste qu'il existe entre notre législation et la loi belge (A). Une législation consacrant le droit à mourir à son paroxysme, un exemple que nous ne souhaitons pas voir un jour appliqué en France et qui semblerait contraire à notre conception humaniste.

A) Une législation belge progressiste, l'avènement de la liberté

Le droit belge par sa loi du 28 mai 2002⁵⁰⁷ consacre pour les individus de pouvoir demander à ce qu'il soit mis un terme à leur existence. Paroxysme de la liberté individuelle, le fait de pouvoir disposer de sa vie existe bien en Belgique. Elle définit tout d'abord l'euthanasie comme étant *« l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci »*. Ce droit est bien

⁵⁰⁵ L'ensemble des propositions de loi prévoient ce genre de commission. Les rapports « mettent en place des commissions régionales de contrôles présidées par le préfet de région et une commission nationale chargée de gérer le fichier national des directives anticipées et d'examiner les dossiers transmis par les commissions régionales. Ces dernières reçoivent les dossiers transmis par les médecins après la mise en œuvre d'une assistance pour mourir et contrôlent le respect des dispositions législatives. En cas de doute, elles saisissent la commission nationale, placée auprès du Garde des Sceaux qui, après examen, peut déférer au Procureur de la République les cas de non-respect des dispositions légales. Un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions de composition et de procédure des commissions ».

⁵⁰⁶ Article L. 2212-8, alinéa premier CSP « Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressé de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2 ».

⁵⁰⁷ Loi du 28 mai 2002, n°2002009590 « relative à l'euthanasie ».

évidemment soumis à des restrictions, des conditions. Sa seule définition représente effectivement le libéralisme le plus absolu de la personne. Pouvoir disposer de son corps, de sa personne et de sa vie sans la moindre condition relève, selon nous, du masochisme le plus avéré.

1) La recherche du consentement « libre et éclairé »

L'article 3, détaille simultanément les conditions d'accès à l'euthanasie et annonce que le médecin qui pratique cette intervention peut être l'auteur d'une infraction s'il ne « s'assure » pas d'un certain nombre de conditions.

Il doit vérifier d'une part que le patient, qu'il soit majeur ou mineur, est capable, « *doté de la capacité de discernement* » et qu'il est dans un état de conscience « *au moment de sa demande* ». La demande formulée doit donc être l'émanation d'un consentement éclairé comme nous venons de le voir et libre dans la mesure où il doit être « *volontaire, réfléchi, répété* » et ne doit pas résulter « *d'une pression extérieure* ».

2) Les conditions d'accès à l'euthanasie, une distinction entre le majeur et le mineur non émancipé

La loi distingue ensuite les conditions relatives à l'accès à l'euthanasie et distingue selon si le patient est majeur ou un mineur émancipé ou un mineur. Pour les majeurs ou mineurs émancipés, le patient doit se trouver « *dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable* ». Les différentes propositions de loi compilées dans le rapport sénatorial semblent s'être inspirées de la loi belge. Effectivement l'ensemble des propositions faisaient référence aux notions de « *souffrance physique ou psychique* » résultant « *d'une affection accidentelle* », des notions présentes dans la législation belge. Il ne semble pas nécessaire de distinguer la souffrance physique de la souffrance psychique dans la mesure où ces deux notions sont connexes. Il est difficile d'envisager l'une sans l'autre. D'autant que la « *souffrance psychique* » n'a pas nécessairement vocation à être incurable ou du moins mettre fin à elle seule à la vie de la personne. Dès lors, il est difficilement envisageable d'ouvrir l'euthanasie pour de « *simples souffrances psychiques* ». Si la loi actuelle française ne distingue pas les affections pour des causes accidentelles, la loi « *Léonetti* » utilise une notion plus générale qui englobe toutes les affections. En effet, la loi se moque de la cause « *de l'affection grave et incurable* ». Cette notion semble suffisante et permet, dans un esprit de généralisation de la loi, de bénéficier à l'ensemble des situations auxquelles l'administration médicale peut faire face.

En ce qui concerne le mineur non émancipé, une condition supplémentaire existe afin que puisse être pratiqué une euthanasie. En effet, le dernier alinéa du premier paragraphe de l'article 3 prévoit que l'affection dont est atteint le mineur doit entraîner son « *décès à brève échéance* ». Il s'agira certainement pour le pouvoir réglementaire ou

la jurisprudence de qualifier cette « *brève échéance* ». Néanmoins, l'opportunité de l'euthanasie est discutable lorsque le décès est censé intervenir promptement. D'un autre côté, il est délicat de pouvoir calculer même de manière approximative l'irruption du décès. Il n'est même pas certain que ce dernier arrive un jour prochain, causé par ladite affection et qu'une « *rémission spontanée* » s'opère. C'est en cela que l'euthanasie est largement contestable. Une personne met fin à sa vie alors que celle-ci peut encore perdurer.

Cette condition de « *brève échéance* » n'est pas exclusive au mineur mais concerne également le majeur ou le mineur non émancipé selon le paragraphe troisième de l'article 3. Néanmoins, lorsque la condition n'est pas remplie celle-ci n'empêche pas la pratique de l'euthanasie mais ne fait que la retarder.

3) Les obligations spéciales du médecin vis-à-vis de la personne capable d'exprimer sa volonté

En outre, le médecin doit effectuer un certain nombre d'obligations avant d'entreprendre toute euthanasie. Premièrement, il doit « *informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie, se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences. Il doit arriver avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire* ». Cette disposition laisse transparaître l'obligation du médecin de convaincre le patient d'une part, de ne pas succomber à la tentation de l'euthanasie et de continuer les soins curatifs en vue d'une éventuelle guérison mais doit également, à défaut pousser le patient vers les soins palliatifs plutôt que vers l'euthanasie. L'euthanasie ne semble donc constituer que le dernier recours et revêt donc un caractère subsidiaire pour le corps médical.

Le médecin doit vérifier que la volonté du patient est réelle. Pour cela, il doit organiser divers entretiens à intervalles réguliers « *au regard de l'évolution de l'état du patient* ». Il existe donc un véritable droit au respect du consentement en matière d'euthanasie. L'irréversibilité d'un tel acte oblige, il est nécessaire que le consentement soit certain. Aucune expression de doute ne doit être descellé par le professionnel de santé. La loi exige qu'un autre médecin soit consulté. Il doit être indépendant tant à l'égard du patient que du médecin traitant. Il s'assure que l'état de santé du patient est « conforme » aux exigences légales.

Le médecin doit également s'entretenir avec tout ou partie des membres de « *l'équipe soignante* », avec des proches du malade selon ses demandes. Il doit également vérifier que le malade a pu s'entretenir avec les personnes de son choix. Enfin, lorsque le patient est un mineur non émancipé, ce dernier doit consulter un « *pédopsychiatre* » ou un « *psychologue* ». Lors de cette consultation « *le spécialiste prend connaissance du dossier médical, examine le patient, s'assure de la capacité de discernement du mineur et l'atteste par écrit* ». Le compte-rendu de cette consultation est transmis au patient ainsi

qu'à ses représentants légaux. Cette mesure semble freiner le libéralisme exacerbé de la législation belge en ce sens que le médecin traitant va se baser sur le rapport de cet expert et non sur la réelle volonté inconnue du mineur.

Le médecin doit s'entretenir avec les représentants légaux du mineur et recueillir leur consentement afin de pouvoir procéder à l'euthanasie. En réalité, outre le psychologue, le pédopsychiatre, les parents peuvent également influencer la pratique d'une telle procédure. Le mineur s'il est en mesure d'exprimer une demande, n'est pas le seul décisionnaire de l'intervention.

La demande d'euthanasie ainsi que l'accord des parents pour le patient mineur non émancipé doit se faire par un écrit circonstancié qui est ajouté, ensuite, dans le dossier médical de la personne.

4) Les obligations du médecin vis-à-vis de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté

Lorsque la personne est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, celle-ci résulte des directives anticipées. L'article 4 dispose que « *Tout majeur ou mineur émancipé peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans une déclaration, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate* » tout un ensemble de conditions cumulatives comme le fait d'être « *atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable* », dans un état « *d'inconscience* », « *dans une situation irréversible selon l'état actuel de la science* ». La personne peut désigner un ensemble de « personnes de confiance » classées par ordre de préférence. Chacune d'entre elles remplace celle qui la précède en « *cas de refus, d'incapacité ou de décès* ».

Le système de « la personne de confiance graduelle » semble être ingénieux. Effectivement, la désignation de plusieurs personnes de confiance et leur hiérarchisation permet aux professionnels de santé de se baser sur un avis particulier et d'éviter les discordes telles que celles de l'affaire « *Vincent Lambert* ». La personne de confiance tiendrait sa légitimité par rapport aux autres de par sa nomination par le malade.

L'euthanasie sur directives anticipées exclue les mineurs non émancipés de toute procédure d'euthanasie. En ce sens, le degré de maturité du mineur évoluant avec l'âge, il est nécessaire que ce consentement anticipé soit écrit lors d'un état de maturité avéré. De plus, les directives anticipées ne peuvent pas permettre l'examen du pédopsychiatre ou du psychologue et donc vérifier la réelle volonté du mineur.

En outre, face aux directives anticipées le médecin doit, avant de pratiquer toute euthanasie, s'assurer que les conditions prescrites par la loi sont remplies. Il doit s'entretenir avec un confrère indépendant concernant l'irréversibilité de l'état de la personne, avec la personne de confiance concernant la volonté du malade ou avec des proches.

5) Le déroulement de la procédure

Selon l'article 3bis, la « *substance euthanasiante* » ne peut être remise qu'au médecin en personne sur présentation « *d'une prescription* ». Selon l'article 5, après avoir « *pratiqué l'euthanasie* », le médecin dispose de « *quatre jours ouvrables* » pour transmettre un document à « *la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'application de la présente loi* ».

Ce document doit contenir les éléments nécessaires à l'identification du patient, du médecin, de l'ensemble des professionnels de santé « *consultés* », des personnes ayant été consultées et qui ne sont pas des professionnels de santé, l'identité des personnes de confiance en cas de directives anticipées. Le document doit également contenir les informations relatives au décès de la personne, la nature de « *l'affection accidentelle ou pathologique grave et incurable dont souffrait le patient* », « *la nature de la souffrance* », « *les raisons pour lesquelles cette souffrance a été qualifiée d'inaffable* », « *les éléments qui ont permis de s'assurer que la demande a été formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée sans pression extérieure* », « *si l'on pouvait estimer que le décès aurait lieu à brève échéance* », « *s'il existe une déclaration de volonté* » et « *la procédure suivie par le médecin* ».

Afin d'éviter toute atteinte au secret médical mais de manière plus large au respect de la vie privée, la déclaration se compose de deux volets dont le premier comportant les éléments d'identification de la personne est cacheté de manière à préserver l'anonymat. Néanmoins, la Commission examine la deuxième partie et, en cas d'anomalies, par vote « à la majorité simple » peut décider de prendre connaissance du premier volet afin de demander au médecin traitant de lui transmettre le dossier médical de la personne.

Lorsque la Commission estime que les conditions fixées par la loi ne sont pas remplies, elle peut saisir le « *Procureur du Roi* ».

La législation belge actuelle est très proche des différentes propositions de loi faites par les sénateurs français. En revanche, la principale différence avec le rapport sénatorial réside dans la possibilité offerte aux mineurs belges de recourir à l'euthanasie.

Néanmoins, nous avons pu constater que cette euthanasie pour les mineurs est très encadrée. D'une part il est nécessaire que son état de santé impose un décès proche mais son consentement est relégué en troisième position par rapport aux avis des experts sur la véracité de ce consentement mais également par rapport à l'autorisation des parents. Cette loi est empreinte d'un fort soutien aux thèses tendant vers l'absolutisme des libertés individuelles. Le patient belge a ainsi un droit *quasi* absolu sur sa personne ou sur sa santé. L'intervention d'une commission doit s'effectuer en amont et en aval de toute euthanasie éventuelle. La commission pourra ainsi vérifier la teneur

du consentement exprimé mais également si l'ensemble des critères sont parfaitement remplis.

6) La conclusion : la loi belge est bien plus libérale que la loi française

En conclusion, nous pouvons considérer que la loi française est bien loin du niveau de la loi belge qui atteint le point culminant du « libéralisme médical ». Nous ne souhaitons pas en arriver là.

En revanche, il serait intéressant de préserver une mesure du droit belge en matière de directives anticipées. En effet, l'article 4 de la loi du 28 mai 2002 permet aux rédacteurs de directives anticipées de classer par « *ordre de préférence* » les personnes de confiance mentionnées. Si le droit belge prévoit cela en matière d'euthanasie active, nous pourrions nous en inspirer pour l'appliquer au régime de l'euthanasie passive en France lorsque la personne est hors d'état de s'exprimer.

Le droit belge démontre que la liberté donnée au patient peut être néfaste pour la vie ou la santé de l'Homme. Si nous ne souhaitons pas qu'une telle pratique existe en France, il serait cependant naïf de croire que cela ne sera jamais le cas. Ainsi, l'étude du droit belge peut nous permettre d'envisager l'euthanasie active, en France, dans un cadre bien plus rigide. Il serait alors indispensable que la loi indique l'ensemble des affections pouvant entrer dans ce cadre. Nous considérons que le caractère incurable de l'affection dont est atteinte la personne est indiscutable. Ce caractère incurable doit s'apprécier en raison l'état des données scientifiques au moment où la demande d'euthanasie est effectuée. Cette demande ne pourrait être alors ouverte qu'aux personnes qui, atteinte d'une maladie incurable leur procurant des douleurs physiques ou psychiques insoutenables, ne peuvent prétendre à un traitement curatif ou palliatif. L'euthanasie active ne serait alors ouverte qu'à titre subsidiaire, en dernier recours.

En ce qui concerne les personnes pouvant bénéficier d'une telle pratique, même si nous considérons qu'une personne peut être en fin de vie à tout âge, le caractère grave que représente ladite pratique suggère de la réserver exclusivement aux personnes majeures. Les mineurs doivent alors être exclus de cette procédure. En raison du caractère personnel que soulève cette procédure, nous entendons, bien évidemment, la réserver qu'aux personnes capables ou aux personnes qui se trouvent sous « sauvegarde justice » ou curatelle. Il est nécessaire que les personnes se trouvant sous tutelle en soient exclues afin d'éviter tout abus.

A propos des moyens d'expression, la personne devra s'exprimer à plusieurs reprises concernant son intention de recourir à l'euthanasie. Après avoir affirmé une première fois son intention mortifère, la personne devra la réitérer dans un délai d'une semaine afin de pouvoir mûrement réfléchir sur son choix. Entre temps, l'ensemble du corps médical devra informer la personne du caractère irréversible d'une telle procédure et l'accompagner, dans son choix si cette dernière le maintient.

En ce qui concerne la personne hors d'état de s'exprimer, elle pourra en bénéficier seulement si elle a établi des directives anticipées ou qu'elle a désigné une personne de confiance. A défaut, ni la famille, ni les proches, ni même un juge ne pourra décider de recourir à un tel acte. Rappelons que cet acte se différencie de l'affaire « Vincent Lambert » qui trouve sa place dans le régime de l'obstination déraisonnable. Cela permettra de renforcer la valeur des directives anticipées ou encore le rôle de la personne de confiance.

En dernier lieu, une commission devra se prononcer avant que l'euthanasie soit pratiquée afin de vérifier que toutes les conditions préalables sont remplies. Elle devra donc examiner la demande après que la personne ait réaffirmé son intention. La commission interviendra également après la réalisation de l'euthanasie afin de vérifier que la procédure ait bien été respectée.

En attendant la légalisation d'une telle pratique, la législation française se veut craintive est traditionnelle. Les valeurs défendues par notre droit, que sont la vie, la dignité humaine, la santé, contreviennent à la légalisation d'une telle pratique.

B) Une législation française prônant le droit à la vie

L'euthanasie active ne semble pas conforme aux exigences des principes de notre droit positif. Effectivement, dès 1988 le Conseil d'Etat considérait que : *« l'un des impératifs de l'ordre public réside dans l'idée que si chacun est libre de disposer de son corps, cette liberté ne saurait s'exercer à son propre détriment. Dans le conflit entre liberté de disposition et protection de l'individu, c'est la seconde qui doit l'emporter dans l'intérêts des personnes en cause »*⁵⁰⁸.

La position est donc claire, le libre exercice que peut avoir l'homme sur son corps est limité. Même si cela ne peut faire l'objet d'une incrimination pénale, l'atteinte portée sur son propre corps constitue véritablement une atteinte à l'ordre public. Ainsi, l'Etat limite toute atteinte au corps humain qu'il considère comme contraire à ses principes. Il n'hésitera pas à limiter les libertés individuelles ou personnelles lorsque celles-ci porteront atteinte à l'intégrité physique de la personne et à sa dignité comme il en a été ainsi jugé lors du fameux arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995⁵⁰⁹. La jurisprudence considérera qu'il est dès lors possible pour un maire d'établir un arrêté visant à *« interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité humaine »* alors même que ladite attraction est licite. Comme nous l'avons également énoncé préalablement, le suicide pourtant considéré comme une émanation de la volonté individuelle peut en revanche engendrer la responsabilité de l'Etat lorsque la personne est sous sa « garde ». C'est le cas par exemple des prisonniers mais également des

⁵⁰⁸ Conseil d'Etat, rapport « Science de la vie et de l'éthique », 1988, p.25.

⁵⁰⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, n°136727, « Commune de Morsang-sur-Orge ».

malades comme l'évoque le Conseil d'Etat dans son arrêt du 9 mars 2009⁵¹⁰. Il existe donc, de ce point de vue, un paradoxe certain entre la mise en place d'une responsabilité publique, administrative lorsqu'un individu, étant sous la garde de l'Etat ou d'un établissement public se suicide, et la mise en place d'une procédure de « *suicide assisté* » ou d' « *aide au suicide* ».

L'Etat a donc vocation d'une part à protéger la vie des individus contre les atteintes portées par des tiers, qui relèvent du Code pénal, mais également des atteintes susceptibles d'être portées par eux-mêmes. Le droit à la vie qui est le prolongement du droit de la santé, comme l'évoque Bertrand Mathieu considérant que le « respect du droit à la vie peut être considéré (...) comme le stade ultime du droit à la santé ⁵¹¹ ». Le professeur Matthieu Houser considère⁵¹² que « La responsabilité administrative a, depuis une vingtaine d'années, admis des obligations particulières qui pesaient sur l'Etat lors d'opérations médicales dans des hypothèses dans lesquelles la personne humaine était consentante. Dès 1990, la responsabilité sans faute de l'hôpital, en cas d'emploi sans raisons vitales d'une thérapie aux conséquences mal connues, a été reconnue. Cette jurisprudence sera généralisée en 1993 avec l'affaire « Bianchi » lors de la survenance d'un risque « *dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle* »⁵¹³. La responsabilité administrative ne cessant de s'élargir, il convient de s'interroger sur la nature des obligations pesant sur l'Etat ».

L'Etat est assujetti a deux obligations connexes qui sont incompatibles avec la mise en place d'une législation consacrant l'euthanasie active. D'une part, l'Etat se doit de protéger la vie de la personne en raison de l'article 2 de la CEDH. De ce fait, s'il lui est impossible de prévenir l'ensemble des suicides ou même d'incriminer de nouveau une telle pratique qui relève de l'autonomie de la personne, des libertés individuelles, il est néanmoins responsable des suicides des personnes qu'il a sous sa garde et dont il a connaissance de leur état de détresse. De plus, l'article 223-14 du Code pénal prévoit que « *La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort est punie de trois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». L' « aide au suicide » serait donc incompatible avec ces dispositions pénales qui prévoit une sanction pour l'aide indirecte au suicide par la promotion, de moyens et procédés tendant au suicide. Loin d'être incriminé, le suicide reste néanmoins un sujet tabou dont l'Etat tend à la limitation la plus absolue. Dès lors, ce n'est pas en raison de la situation d'une personne en fin de vie qu'il est légitime de l'autoriser. Les soins palliatifs constituent une solution médiane entre l' « *obstination déraisonnable* » ou l'abandon de la personne souffrante et l'établissement d'un réel « droit à mourir ».

⁵¹⁰ Conseil d'Etat, Sous-sections 5 du 9 mars 2009, n°303983.

⁵¹¹ B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel », Cahiers constitutionnels, 1999, n°6, p. 89.

⁵¹² M. Houser, « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », RDSS 2013, p.671.

⁵¹³ Conseil d'Etat, Assemblée du 9 avril 1993, n°138652, « Bianchi »

En second lieu, l'Etat est tenu par son obligation de « *protection de la santé* » également incompatible avec l'avènement de l'euthanasie active par sa connexité avec le droit à la vie. D'un point de vue plus spécifique, nous pouvons considérer que les soins palliatifs, s'ils ne représentent pas non plus la solution idéale, constituent un réel accès aux soins et protègent la personne de la douleur à défaut de la protéger sa santé. L'idéal serait d'allier un traitement curatif à un traitement tendant à l'effacement de la douleur. Néanmoins, en raison du refus de soins de l'article L. 1111-4 CSP et de la recherche du consentement de l'article L. 1111-2 CSP, la personne ne pourrait pas se voir imposer un tel traitement. La solution serait d'instaurer, pour le médecin une obligation tendant à convaincre la personne d'avoir recours à ce genre de traitement comme le prévoit l'article L. 1111-4 CSP en matière de refus de soins. Il est néanmoins clair que l'instauration d'un « droit à mourir » serait également contraire à ce « droit-créance » que constitue le droit « à la protection de la santé ».

A la question posée en introduction, à savoir si l'administration médicale a droit de mort sur le patient, nous pouvons nous rassurer en répondant par la négative, du moins pour l'instant. En matière de « droit à mourir », il ne peut y avoir de place au libre consentement. La législation actuelle constitue un équilibre et un compromis entre le droit à l'accès aux soins qui s'inspire du « droit-créance » et le refus de soins curatifs qui procèdent au droit subjectif à la santé. Cette vision subjective implique, alors, la règle selon laquelle notre vision de la santé nous appartient, nul ne peut y porter atteinte. Il s'agit d'une vision personnelle, subjective, qui garantit une certaine liberté de la personne dans sa relation avec le professionnel. Liberté qui s'exprime à travers le consentement. Outre le droit de mourir, la volonté de donner la vie ou de ne pas la donner implique l'intervention de l'institution médicale. De manière moins restrictive, la volonté des personnes, plus particulièrement des femmes, ne s'oppose au refus de soins que de manières exceptionnelles.

SECTION II - LE REFUS D'ACCÈS À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

L'« *assistance médicale à la procréation* » (AMP) est une pratique qui consiste à répondre à une demande d'infertilité. Cette infertilité est à la base due à une affection particulière ne permettant pas à la femme de donner la vie. Elle s'« *entend* », selon l'article L. 2141-1 CSP « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». Néanmoins, si elle fait figure de révolution scientifique, son accès reste limité tout comme l'utilisation des « produits », notamment les embryons, qui ne sont pas inséminés.

Cette pratique qui procède au « droit à l'enfant », droit qui n'existe pas encore, connaît de fortes restrictions (Paragraphe 1). Ainsi, la volonté des couples infertiles, leur

consentement à recourir à la médecine pour enfanter n'est pas toujours entendu. La loi se préserve de tout « droit à l'enfant » qui pourrait s'avérer dangereux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: Les conditions strictes de l'accès à la procréation médicalement assistée

Issue des premières loi bioéthiques du 29 juillet 1994⁵¹⁴ et modifiée deux fois par les lois du 6 août 2004⁵¹⁵ et du 7 juillet 2011⁵¹⁶, l'AMP a souvent été contestée d'une part par la manipulation des gamètes et embryons manifestant les prémices de la vie ensuite par la possibilité « de créer la vie » en dehors de tout processus naturel.

A) Les critiques et prémices de l' « assistance médicale à la procréation »

De prime abord, cette pratique renvoie à la question de la famille, de sa fonction et de la place de l'enfant en son sein. L'empreinte de la tradition et de la culture judéo-chrétienne de notre société occidentale s'est toujours opposée à une telle pratique, considérant que celle-ci engendrerait des dérives, notamment par l'ouverture du lien parental aux couples homosexuels. Nous pouvons préalablement noter que l'instruction « *Donum Vitae* »⁵¹⁷, établie par la Congrégation pour la doctrine de la foi⁵¹⁸, s'oppose farouchement à tout dépassement du droit naturel. Elle indique que « *La fécondation artificielle hétérologue (fécondation avec l'intervention d'un tiers donneur) est contraire à l'unité du mariage, à la dignité des époux, à la vocation propre des parents et au droit à l'enfant d'être conçu et mis au monde dans le mariage et par le mariage* ». L'Eglise catholique admet donc une exception, lorsque l'AMP se déroule au sein d'un couple marié elle peut être tolérée. Une position réaffirmée en 2008⁵¹⁹ sous l'angle de la dignité humaine. La Congrégation pour la doctrine de la foi considère que l'embryon constitue le début de toute vie, qu'à cet égard sa dignité doit être préservée et ajoute que « *le mariage et la famille constituent le contexte authentique où la vie humaine trouve son origine* ».

Ces considérations culturelles ou spirituelles ont une certaine importance dans notre société fondée sur le dogme judéo-chrétien. Le professeur Marie-Thérèse Calais-Auloy⁵²⁰ considère que les intérêts du couple stérile, si importants soient-ils, restent néanmoins subordonnés à d'autres intérêts moraux relatifs à la race humaine et aux

⁵¹⁴ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 « relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ».

⁵¹⁵ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique »

⁵¹⁶ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 « relative à la bioéthique ».

⁵¹⁷ Congrégation pour la doctrine de la foi, instruction « *Donum Vitae* » du 22 février 1987.

⁵¹⁸ La Congrégation pour la doctrine de la foi est un groupe fondé par le Pape, la première fois en 1542. Jean-Paul II, en 1988, précisa que son rôle est de « promouvoir et de protéger la doctrine et les mœurs conformes à la foi dans tout le monde catholique... ».

⁵¹⁹ Congrégation pour la doctrine de la foi, instruction « *Dignitas Personae* » du 21 juin 2008.

⁵²⁰ M. Calais-Auloy, « La légitimité des techniques de procréation assistée », Les Petites Affiches du 7 octobre 1998, n°120, p.7.

intérêts culturels. Elle déclare en effet qu' « *Il semble que la religion est ce que l'on trouve au fond de chaque culture, de la notre en particulier, qui est d'influence judéo-chrétienne* ». Néanmoins, nous considérerons, contrairement à cet auteur, que l'enfant né de cette pratique n'en sera pas moins un enfant dont les intérêts sont préservés. Il faut concevoir cette pratique comme le « palliatif », le soin selon lequel le corps médical remédie à un problème de santé comme un autre tant que des conditions strictes sont maintenues.

B) Les conditions requises au recours à l'« assistance médicale à la procréation »

1) Les conditions strictes pour l'accès à l'AMP en France

L'article L. 2141-2 CSP dégage, en partie, les conditions d'accès à l'AMP. L'alinéa premier dispose que « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ».

Selon cet alinéa, seuls les « couples » peuvent prétendre à recourir à l'AMP ce qui exclut *de facto* toute personne célibataire. Elle a pour but de pallier une infertilité médicalement constatée ce qui constitue son caractère médical. Enfin, elle a également pour intérêt la protection de la santé de l'enfant à naître ou d'un des membres du couple par une éventuelle contamination d'une affection contagieuse « *d'une particulière gravité* » dont l'un des membres est atteint. Pour avoir recours à l'AMP, il faut donc qu'un couple en fasse la demande, qu'une infertilité soit médicalement diagnostiquée ou que l'un des membres du couple soit atteint d'une affection grave.

Selon l'alinéa second, « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès de l'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ».

Cette disposition prescrit des conditions plus strictes. Tout d'abord, en ce qui concerne le couple, il doit être composé d'un homme et d'une femme. Les couples homosexuels sont donc exclus de cette législation relative à l'AMP. Le couple hétérosexuel doit ensuite prouver l'existence d'une vie commune. En effet, il ne doit pas être en instance de divorce ou marié mais dans une situation de séparation physique. De plus, il est nécessaire que les deux membres du couple soient encore en vie et en âge de procréer. Dans la perspective du recours à l'AMP comme un soin, il est nécessaire que cette dernière réponde à une affection particulière et non en raison du confort des personnes ou d'une exigence qui dépasse le droit naturel. De plus, l'un et l'autre membre du couple peut à tout moment consentir à la révocation de son désir d'enfant. Le

consentement est donc en l'espèce pleinement respecté. Néanmoins, le consentement à recourir à l'AMP ne peut suffire à sa réalisation.

Effectivement, nous pouvons constater que la loi actuelle n'outrepasse pas le droit naturel mais ne fait que pallier ces imperfections. D'emblée nous pouvons constater que ressortent deux conditions importantes au recours à l'AMP que sont l'unité du couple et l'hétérosexualité du couple.

a) Le recours à l' « assistance médicale à la procréation » fondé sur l'unité du couple

Comme nous l'avons exprimé, pour recourir à l'AMP le couple doit être uni. En ce sens, il ne doit pas être en instance de divorce, ni en séparation de corps. Cela semble logique, quel que soit la situation il est tout à fait légitime que toute séparation du couple marié, ou non, soit synonyme d'une révocation de la volonté d'avoir un enfant commun. La situation est plus complexe en ce qui concerne les couple dont l'un des membres est décédé entre le moment de la fécondation *in vitro* et l'implantation. Ce couple a clairement manifesté sa volonté et donné son consentement à ce qu'un enfant soit conçu. L'insémination ne peut donc avoir lieu, en raison de l'application de l'article L.2141-2 CSP si au moment de l'insémination l'un des membres du couple, notamment le père est décédé.

Pour Marion Rambier⁵²¹, la volonté du donneur est doublement mise à mal. Effectivement le consentement donné de son vivant, « lorsqu'il conclu un contrat en vue de conservation et qu'il exprime son souhait de récupérer les paillettes » et à sa mort « lorsqu'il a décidé de léguer ses paillettes à sa veuve ». La jurisprudence étant rare en ce domaine, nous trouvons la trace d'un jugement du Tribunal de grande Instance de Rennes⁵²², saisi en référé, pour qui « *à la suite du décès de Monsieur J., d'une part, qui de son vivant ne s'était jamais exprimé sur la question de la liberté et du droit de l'homme décédé à procréer, et en présence de ces dispositions claires, non équivoques et non susceptibles d'interprétation, qui excluent tout projet de procréation médicalement assistée formée par une personne seule à la suite du décès de l'un des membres du couple, il apparaît que le refus du CECOS de restituer les gamètes à la seule Madame J. était justifié. En l'absence de troubles manifestement illicites, et des conditions d'application de la loi française qui prohibe l'insémination post-mortem, en se rendant ultérieurement en Belgique ou en Espagne afin de bénéficier d'une réglementation conforme à ses souhaits* ».

Dans cette décision, les juges viennent affirmer d'une part que le consentement de la personne n'est violé que lorsqu'elle ne s'est jamais prononcée sur une éventuelle fécondation après son décès. Dès lors, la fécondation *post-mortem* est impossible en application de la loi. De plus, la restitution des gamètes ne peut être opérée sans

⁵²¹ M. Rambier, « Insémination post mortem : De la mise à mal à la mise à mort de l'autonomie de la volonté du donner », Les Petites Affiches du 15 octobre 2014, n°206, p.6.

⁵²² TGI Rennes, ordonnance de référé du 15 octobre 2009, n°09/00588.

dommage car elle tendrait à un contournement de la loi par une insémination dans des pays limitrophes où cette dernière est autorisée.

Pourtant cette décision vient contredire deux jurisprudences qui avaient toléré la restitution des gamètes du père potentiel décédé se basant sur le respect du contrat liant le couple au CECOS. Il s'agit de la décision du TGI de Créteil du 1^{er} août 1994⁵²³ et du TGI d'Angers du 10 novembre 1992⁵²⁴, se fondant, lui sur la « liberté de conscience de la veuve »⁵²⁵. Ces deux exemples de décisions démontrent, qu'au début des années 1990, le consentement de la personne en matière de recours à la procréation artificielle est bien mieux soutenue. Aujourd'hui, l'ordre public, le respect de l'embryon démontre un resserrage de l'étau par le législateur et la jurisprudence.

Si la personne confie ses gamètes au CECOS en vue d'une fécondation et d'une insémination future, il s'agit effectivement de l'expression implicite d'un consentement à la fécondation. Néanmoins, la question est de savoir si ce consentement est maintenu au moment du décès ? Par l'absence d'expression explicite contraire, il existe une présomption selon laquelle le consentement est maintenu. Il ne s'agit dès lors que d'une présomption visiblement insuffisante à la réalisation d'une insémination *post-mortem*. En tout état de cause cet éventuel maintien du consentement s'oppose à l'article L. 2141-2 CSP, alinéa second. Une solution alternative peut néanmoins être dégagée. Celle de l'insémination d'un embryon fécondé du vivant des membres du couple. L'embryon étant un être à en devenir concrétiserait la volonté expresse du père alors décédé.

En ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, Emmanuelle Pierroux⁵²⁶ considère que « Perdre son père est toujours dramatique. Quelles que soient les circonstances. Le perdre, enfant, l'est encore plus. Naître sans est violent ». Effectivement, si l'on se place du côté de l'intérêt de l'enfant, il est indéniable que refuser toute insémination *post-mortem* c'est éviter tout traumatisme auquel peut être soumis l'enfant.

b) Le recours à l'« assistance médicale à la procréation » fondé sur l'hétérosexualité du couple

Pour l'heure, les couples homosexuels sont évincés de la possibilité d'être parents ensembles. Effectivement, d'une part ils sont exclus de la de la procréation médicalement assistée mais ils sont également temporairement exclus de toute adoption plénière. Rappelons que l'adoption plénière est celle qui fournit une nouvelle filiation à l'égard de l'enfant. Les adoptants sont donc reconnus comme étant leurs parents. L'article 356, alinéa premier, du Code civil dispose que « *L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164* ».

⁵²³ TGI Créteil du 01 août 1984.

⁵²⁴ TGI Angers du 10 novembre 1992.

⁵²⁵ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 83.

⁵²⁶ E. Pierroux, « Le sperme en héritage : un cadeau empoisonné ? », La Gazette du Palais du 21 novembre 2009, n°325, p.10.

Or, la condition énoncée par l'article 343 du Code civil⁵²⁷ exige que le couple soit marié depuis au moins deux ans pour pouvoir adopter. Le nouvel article 143 du Code civil autorisant le mariage de même sexe date d'une loi du 17 mai 2013⁵²⁸.

Même si les choses tendent à évoluer avec la future possibilité d'adopter, les couples homosexuels sont longtemps restés sans avoir la possibilité d'adopter. Cette impossibilité a d'ailleurs souvent mené à un large contentieux pour discrimination, notamment devant la CEDH. Ainsi, dans un arrêt du 15 mars 2012⁵²⁹ la Cour estima que l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée ne permettait pas de créer un droit à l'adoption et à plus forte raison « *un droit à l'enfant* ». Elle déclare également le deuxième fondement des requérantes, l'article 14 relatif à l'interdiction des discriminations, comme étant inopérant en l'espèce. La Cour considérant qu'aucun droit à l'adoption n'est proclamé dans la Convention, il est alors impossible de soulever une discrimination concernant ce droit. Son syllogisme étant celui de considérer qu'il est impossible pour tout individu d'invoquer une quelconque discrimination à partir du moment où celle-ci est fondée sur un droit qui n'est pas consacré par la Convention. Il s'agit d'une position déjà établie dix ans plutôt dans l'arrêt « *Frette c/ France* »⁵³⁰. La Cour considèrerait, déjà à l'époque, que l'article 14 de la Convention ne trouve pas d'applicabilité autonome, il doit se combiner à la violation d'un autre droit prescrit par cette dernière.

b1) L'impossible invocation de l'article 8§1 CEDH au regard de l'accès à l'AMP : un argument justifié

En ce qui concerne l'application de l'article 8 de la Convention, la Cour prend en apparence une décision contradictoire avec sa jurisprudence antérieure selon laquelle les litiges relevant du consentement de la personne en matière médicale relèvent d'une atteinte à la vie privée. Ainsi, dans le fameux arrêt « *Pretty* »⁵³¹ les juges disposent qu'« *En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sein d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 §1 de la Convention* ». Deux raisonnements peuvent découler de cette solution. D'une part, le fait de ne pas respecter la volonté du patient en matière médicale constitue une atteinte à sa vie privée. Si nous suivons cette logique alors le fait de donner son consentement à une intervention telle que l'AMP, le refus opposé à ce consentement constitue une atteinte à l'article 8 de la Convention. Or, si la Cour avait retenu cette

⁵²⁷ Article 343 du Code civil : « *L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans* ».

⁵²⁸ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 « *ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe* ».

⁵²⁹ CEDH du 15 mars 2012, n°25951/07 « *Affaire Gas et Dubois c/ France* ».

⁵³⁰ CEDH du 26 mai 2002, n°36515/97 « *Affaire Frette c/ France* ».

⁵³¹ CEDH du 29 avril 2002, n°2346/02 « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* ».

acceptation, notamment au regard de l'espèce, elle devrait accepter le droit « à mourir » invoqué par la dame « *Pretty* ».

Le second raisonnement, celui retenu par la Cour européenne, ne tend à appliquer la jurisprudence « *Pretty* » qu'au domaine spécial qu'est le refus de soins. Effectivement, dès lors qu'une intervention médicale est pratiquée non pas sans qu'un consentement soit exprimé mais lorsqu'un refus est manifestement identifié, alors l'atteinte physique qui en découle constitue une atteinte à l'intégrité physique qui, elle, relève de l'article 8 paragraphe 1 de la CEDH. Dès lors, le refus exprimé par le corps médical au consentement en vue d'une AMP aux couples homosexuels, ou non, ne constitue pas une atteinte au respect de la vie privée.

b2) L'impossible invocation de l'article 14 CEDH au regard de l'accès à l'AMP : un argument justifiable

La Cour européenne déclare donc que pour invoquer l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination, il est nécessaire de le combiner avec un autre article de la Convention. Tel est par exemple le cas de l'accès aux soins. En effet, dans sa décision du 14 novembre 2002⁵³², la Cour estime que « *Si l'on ne peut en déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé, l'article 3 de la Convention impose en tout cas à l'Etat de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté notamment par l'administration des soins médicaux* ». Si elle s'applique aux détenus, il est clair que cette décision peut s'appliquer au commun des mortels. La Cour reconnaît donc que l'accès aux soins dépend de la protection des principes garantis par la Convention de sorte qu'une nouvelle question devant le juge européen pourrait, au delà de la AMP, porter sur l'accès aux soins pour qualifier la loi de française de discriminatoire.

Néanmoins dans l'« *Affaire Gas et Dubois* »⁵³³, la Cour estime qu'il n'y a pas de discrimination à l'égard des couples homosexuels. Elle considère qu'« *Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (...) comme les différences fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves* ». En l'occurrence, s'agissant de l'AMP avec recours à un tiers donneur (IAD) la Cour retient que « *si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté (...) Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes...* ».

⁵³² CEDH du 14 novembre 2002, n°67263/01, « *Affaire Mouisel c/ France* ».

⁵³³ CEDH du 15 mars 2012, n°25951/07, « *Affaire Gas et Dubois c/ France* ».

Comme nous l'évoquions préalablement, la législation française relative à l'AMP a une vocation thérapeutique. Elle est mise en place dans le but de pallier une affection d'infertilité nécessairement constatée. Ainsi, la femme doit être « *en âge de procréer* ». La femme ménopausée se trouve donc dans une situation équivalente à celle du couple homosexuel. La loi n'a pas vocation à créer « un droit juridique et fondamental à l'enfant » mais plutôt à soutenir « un droit naturel à l'enfant » pour les couples infertiles.

En outre, pour le Doyen Favoreu⁵³⁴ certaines discriminations peuvent exister même au sein des droits fondamentaux. Il considère que « Rien n'empêche en effet qu'un système accorde une protection constitutionnelle à certains groupes de personnes » et ajoute qu' « Il apparaît par conséquent préférable de parler dans ce cas de « privilèges constitutionnellement protégés » et de réserver l'appellation « DF » aux seuls cas où, en principe, une telle protection constitutionnelle concerne toute personne physique relevant de l'ordre juridique en question... ».

L'AMP semble dès lors réservée aux couples hétérosexuels sans que cela ne puisse constituer une discrimination. D'une part car la législation met en place un système de soins constituant un remède à l'infertilité du couple. Le couple homosexuel ne souffrant d'aucune affection mais étant soumis à une impossibilité naturelle, il est dès lors justifié qu'un tel procédé ne puisse être admis pour les couples de même sexe. Dans un second lieu, cette interdiction est interdite afin d'éviter les dérives telles que pourrait constituer la consécration d'un « droit à l'enfant ».

2) Les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée à l'étranger

a) Les législations étrangères progressistes tendant à la consécration du « droit à l'enfant »

La loi belge du 17 juillet 2007 consacre la « *procréation médicale assistée* »⁵³⁵. Selon son article 2, la « *procréation médicalement assistée* » s'entend d'un « *ensemble de modalités et conditions d'application des nouvelles techniques médicales d'assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée* » une « *insémination artificielle* » ou « *une des techniques de fécondation in vitro...* ».

En ce qui concerne les conditions d'accès à la « *procréation médicalement assistée* », une fois de plus en matière médicale, la législation semble plus souple qu'en France. Elle fixe néanmoins une condition d'âge concernant la demande et l'« *implantation* » des embryons ou gamètes qui semble similaire à celle prescrite en France. Elle est ouverte aux femmes majeures d'une part mais fixe la limite d'âge à 45 ans pour la demande et 47 ans concernant l'implantation.

⁵³⁴ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collecton Précis, 2012, p.93 et 94.

⁵³⁵ Loi n°2007023090 du 17 juillet 2007 « *relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* ».

Pour les personnes en mesure d'exercer la demande, les femmes célibataires semblent avoir accès à cette technique. L'article 6 de la loi dispose que « *Si le centre de fécondation consulté décide de donner suite à la demande procréation médicalement assistée, il vérifie pour les cas où cela s'indique, préalablement à la signature de la convention visée à l'article 7, que les cause de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession* ».

On sous-entend donc de cette disposition que les femmes seules ont accès à la AMP, ainsi que les couples. En ce qui concerne ces derniers, la loi ne distingue pas s'il s'agit d'un couple hétérosexuel ou d'un couple homosexuel féminin. En ce sens nous pouvons considérer que le couple homosexuel féminin est habilité à recourir à l'AMP. Une autre condition réside dans l'infertilité avérée de la personne demandeuse ou de l'un des membres du couple.

En ce qui concerne l'insémination *post-mortem*, la législation belge l'autorise dans un délai très encadré. L'article 15 dispose que « *Dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'ils l'aient expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 13 de la présente loi, l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires est possible* ». La première condition tient dans l'expression de la volonté, le projet parental doit spécialement faire mention d'un projet parental concernant les embryons surnuméraires. La deuxième condition réside dans l'existence d'embryons et non de simples gamètes. Effectivement, outre l'expression écrite du consentement, l'embryon marque une certaine volonté de la personne et renforce cette idée de manifestation du consentement. Comme nous l'évoquions concernant la législation française, à partir du moment où des embryons surnuméraires existent, il semble légitime qu'une personne puisse recourir à l'AMP malgré l'absence du père. La fécondation *in vitro*, la constitution de l'embryon est la manifestation d'une volonté de conception de l'enfant. L'article 16 de la loi précise que cette possibilité n'est prévue que dans un certain délai. L'article dispose qu'« *Il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur* ».

En Espagne c'est la loi du 26 mai 2006 qui régit l'AMP⁵³⁶. La loi dispose que « *Toute femme* » de plus de 18 ans et disposant d'une « *pleine capacité* » peut avoir recours à l'AMP. Pour cela, l'alinéa premier de l'article 6 dispose que son consentement doit être recueilli de manière libre par écrit. La loi espagnole ouvre donc la procréation assistée à toutes les femmes indépendamment de son « *statut civil* » ou de son « *orientation sexuelle* » selon l'alinéa second. Si la demandeuse est mariée, il est nécessaire de recueillir, dans les mêmes conditions que pour cette dernière, le consentement du conjoint qui doit s'effectuer dans les mêmes conditions que pour la

⁵³⁶ Loi du 26 mai 2006, n°14/2006 « *relatives aux techniques de reproduction humaine assistée* ».

femme. La femme issu d'un couple marié mais séparé peut également avoir recours à l'AMP, cette fois-ci sans que le consentement du conjoint soit exigé. Dans la mesure où le recours à l'assistance médicale à la procréation résulte d'une demande, le formalisme relatif au consentement de la personne reste néanmoins superflu. Ce formalisme peut néanmoins servir de document « support » afin de concrétiser l'obligation du professionnel de santé quant son obligation sur les risques que peut engendrer une telle pratique. Ainsi, le devoir d'information du médecin est rappelé à l'alinéa quatre de l'article 6.

Contrairement aux lois françaises et belges, la loi régit les règles de filiation à l'égard de l'enfant qui naîtra de cette technique. L'article 7 de la loi précise que cette dernière pourra être établie à l'égard de la femme, conjointe de la demandeuse, lorsque ces dernière sont mariés et non séparés.

En ce qui concerne l'utilisation des embryons surnuméraires et l'insémination *post-mortem*, le principe énoncé exige que ces derniers doivent être introduits dans l'utérus de la femme au moment du décès de l'homme afin qu'un lien de filiation puisse être établi à son égard. Néanmoins, l'article 9, alinéa deux, dispose que lorsque le mari a prévu l'utilisation des embryons de manière expresse dans un testament, acte authentique ou une directive anticipée, la filiation à son égard sera établie si les embryons sont implantés dans les douze mois suivant son décès.

Ces deux pays comme le Danemark ou les Pays-Bas prévoient donc une possibilité pour les couples homosexuels d'avoir recours à « l'assistance médicale à la procréation ». Ces législations ont donc une optique différente de celle de la France quant à cette technique. Comme nous l'évoquions, c'est parce que la France considère cette technique comme relevant d'un traitement à une infertilité médicalement constatée qu'elle fixe des limites strictes. L'approche de ces pays est différente en ce qu'elle permet de consacrer « un droit à l'enfant ». Dans la mesure où la législation tend à outrepasser les règles imposée par le droit naturel, alors le législateur a permis l'élargissement des bénéfices de cette technique au maximum de personnes possibles. Néanmoins, restent lésés les couples homosexuels masculins qui ne peuvent avoir accès à l'AMP. La seule solution pour eux est d'avoir recours à une technique plus que critiquable, la « gestation pour autrui ». En cela, cette conception de l'assistance médicale à la procréation s'avère relever d'un « droit à l'enfant » dangereux pour le respect de l'ordre public.

b) Les législations attentives aux conséquences de l'ouverture d'un « droit à l'enfant »

Comme la France, l'Allemagne, l'Italie et la Suisse ont choisi de ne pas ouvrir leurs législations relatives à l'accès de la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels par crainte d'une dégénération et des conséquences hasardeuses de l'ouverture d'un « droit à l'enfant ».

En ce qui concerne la loi fédérale suisse⁵³⁷, l'article premier rappelle que « *La présente loi fixe les conditions de la pratique de la procréation médicalement assistée des êtres humains* » dans le respect et la « *protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille...* » selon l'alinéa second. Le premier chapitre, faisant office de préambule et d'indication des principes généraux guidant la loi, laisse présumer les atteintes que la « *dignité humaine* » peut subir en ouvrant trop fortement l'accès à l'« *assistance médicale à la procréation* ». En raison des dispositions du Code civil suisse relatives à l'établissement de la filiation, seuls les couples hétérosexuels peuvent avoir recours à l'« *assistance médicale à la procréation* ». L'article 3, intitulé « *Bien de l'enfant* » justifie le recours à cette pratique aux couples hétérosexuels dans le seul intérêt de l'enfant.

A l'instar de la législation française l'AMP n'est autorisée qu'en raison d'une stérilité avérée et de manière subsidiaire en ce sens où des autres techniques doivent avoir été tentée en vain. La seconde raison du recours à l'AMP doit permettre d'éviter la transmission d'une affection « *grave et incurable* » à l'enfant seulement.

En ce qui concerne l'insémination « *post-mortem* », elle est interdite par l'article 3 qui dispose qu'« *Il est interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort* ». Sur ce thème, la loi allemande de 1990 sur « *la protection de l'embryon* » et les « *directives de l'Ordre fédéral des médecins* » considère que l'auteur d'une insémination posthume peut faire l'objet de poursuite pénales.

Il est nécessaire que la loi française n'évolue pas dans le sens de l'ouverture de l'AMP à l'ensemble des personnes, à l'ensemble des femmes. D'une part, subsisterait un « *droit à l'enfant* » naturellement incomplet vis-à-vis des couples homosexuels masculins qui engendrerait de dangereuses pratiques telle que la gestation pour autrui. D'autre part, le « *droit à l'enfant* » est par essence critiquable. Comment peut-on considérer qu'un enfant, sujet de droit puisse devenir l'objet d'un droit ? Cette banalisation tend à transformer notre société vers le dénigrement de l'espèce humaine. De l'affaire de l'« *Arche de Zoé* » à la gestion pour autrui pour des raisons de confort, de telles espèces semblent incompatible avec le respect de la dignité humaine et le respect de l'intérêt de l'enfant. De ce fait, il est indispensable que le droit subjectif à la protection de la santé, matérialisé par le droit au consentement aux soins, demeure au second plan face à des considérations aussi impérieuses. Le droit au consentement ne peut aboutir le libéralisme le plus absolu en matière de santé.

Paragraphe 2 : Le « droit à l'enfant », un droit potentiellement dangereux

Ce droit est donc potentiellement dangereux en ce sens qu'il peut déboucher sur la légalisation de la gestation pour autrui (A), la banalisation de l'enfant (B). La liberté du patient qui s'exprime par la volonté, à tout prix, de recourir aux pratiques médicales reproductrices doit être bornée à la législation actuelle qui ne peut que pallier une

⁵³⁷ Loi fédérale du 18 décembre 1998, n°810.11 relative à « *la procréation médicalement assistée* ».

infertilité médicale. D'ailleurs, comme le note le professeur Nicolas, pourquoi, à ce compte là, nous n'encouragerions pas le développement de techniques permettant la gestation masculine ?⁵³⁸ Effectivement, comme le souligne très bien l'auteur, si nous ne voulons pas en arriver à ce stade, cette technique permettrait, en revanche, de pallier à l'inégalité naturelle qui existe entre l'homme et la femme dans l'optique d'un éventuel droit à l'enfant.

A) La gestation pour autrui, pratique incompatible avec le respect de la dignité humaine

La gestation pour autrui est une technique selon laquelle, une personne ou un couple *a priori* infertile a recours à une tierce personne afin que cette dernière effectue une gestation pour leur compte. Appelée également pratique des « mères porteuses », elle est vivement contestée en France pour son non respect des principes fondamentaux reconnus.

Ainsi, les arguments en faveur de cette pratique ne semblent pas faire le poids face à ceux qui la repoussent. Depuis la circulaire « *Taubira* » du 25 janvier 2013 demandant aux juridictions de faire droit aux demande de nationalisation d'enfants nés de « mères porteuses » à l'étranger après demande d'un couple français, il ne reste plus que l'argument de la légalisation afin d'éviter le contournement de la française. Autant dire que cet argument fait « grise mine » face à ceux développés contre cette pratique.

En ce qui concerne les arguments contre cette pratique il y a tout d'abord les arguments médicaux qui soulèvent l'ensemble des risques liés à la grossesse et à l'accouchement. Ainsi l'Académie nationale de médecine⁵³⁹ a déclaré le cas « d'une femme, ayant fait une hémorragie de la délivrance, qui a subi une hystérectomie quinze jours après, l'empêchant d'avoir d'autres enfants. Comme elle n'a pas eu d'enfant avant, elle a refusé de donner celui qu'elle portait ». Que doit-on faire en l'espèce ? La justice est-elle légitime pour intervenir dans des considérations si intimes ?

Pour les arguments juridiques, même si un consensus est obtenu en ce qui concerne la gratuité du « service », comment prouver qu'une telle gratuité sera opérante ? Comment éviter les abus ? Pourra-t-on déboucher sur de l'esclavagisme moderne ? Dont l'article 225-13 du Code pénal condamne des tels agissements⁵⁴⁰.

Peu importe les perspectives envisagées pour cette pratique, l'état actuel de la législation est strict, les conventions de « mères porteuses » sont interdites.

⁵³⁸ G. Nicolas, « Le droit constitutionnel du commence à la vie », Thèse, Aix-en-Provence, le 07 janvier 2000, p. 39.

⁵³⁹ Académie nationale de médecine, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », Information, Séance du 27 mai 2014.

⁵⁴⁰ Article 225-13 du Code pénal : « Le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement de 150 000 euros d'amende ».

1) L'état actuel de la législation française relative à la gestation pour autrui

Découlant du principe du respect de la dignité humaine, la loi du 29 juillet 1994 a instauré de nombreux principes dans le Code civil découlant de ce principe.

Premièrement, l'article 16-1, alinéa 1 du Code civil dispose que « *Chacun a droit au respect de son corps* ». Cette disposition découle du principe de l'indisponibilité des personnes excluant le corps humain et ses éléments ou produits du champ patrimonial (alinéa trois dudit article). Pour le professeur Serge Guinchard, l'indisponibilité est définie comme « *L'état d'un bien, d'un droit ou d'une action qui échappe au libre pouvoir de la volonté individuelle par interdiction ou restriction du droit d'en disposer* »⁵⁴¹. Ces principes sont des freins à la liberté individuelle, imposant à l'ensemble des individus, même à celui occupant sa propre enveloppe corporelle de les respecter.

Si le Code civil se contente de proscrire la gestation pour autrui en son article 16-7, selon lequel « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », c'est le Code pénal qui en donne une définition claire. En effet, l'article 227-12 du Code pénal énonce en son troisième alinéa qu'« *Est puni des peines prévues au deuxième alinéa (1 an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende), le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces fait ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* ».

Un autre principe est également contraire à cette pratique, celui de l'interdiction des conventions dont l'objet se trouve en dehors du commerce juridique, lorsque l'objet n'est pas licite. Effectivement, l'article 1128 du Code civil dispose qu'« *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Ainsi, comme le rappelle l'article 16-1 du Code civil le corps humain, en raison du principe d'indisponibilité se trouve en dehors en toute convention en raison de son caractère extrapatrimonial. Il ne peut donc faire l'objet de droit personnel et le recours à une « mère porteuse » en est vraisemblablement un en ce sens où il s'agit d'une « convention ». Qu'elle s'opère à titre gratuit ou à titre onéreux, il n'en demeure pas moins que cet acte demeure une convention par l'échange des consentements respectifs décrivant les obligations personnelles de chacune des parties. La conséquence de cette convention est la nullité et donc l'instauration d'une rétroactivité de ses effets. Ainsi, l'enfant né d'une convention de « mère porteuse » et accueilli par une famille devra retourner auprès de la femme qui l'a mis au monde, la filiation sera établie à l'égard de cette personne qui sera juridiquement considérée comme sa mère.

⁵⁴¹ S. Guinchard, « *Lexique des termes juridiques* », Italie, Dalloz, 15^{ième} édition, 2005, p.335.

2) Les perspectives de la gestation pour autrui en France

Avec la consécration du « droit au mariage pour tous », la loi française qui tend à remodeler son image de la famille, la gestation pour autrui voit ses perspectives évoluer. Le premier pas de cette évolution est la prise de position du Garde des Sceaux dans une circulaire du 25 janvier 2013 à l'attention des membres du parquet pour que ces derniers ne s'opposent plus à l'attribution de la nationalité française à tous les enfants nés à l'étranger.

Si de prime abord, la circulaire ne fait que reprendre les exigences de l'article 18 du Code civil disposant qu' « Est français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français », elle a néanmoins suscité de grandes interrogations. Elle permet effectivement d'attribuer la nationalité aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Il s'agit d'un véritable bouleversement juridique, dans la mesure où, avant cette circulaire il était impossible d'établir un acte d'état civil pour l'enfant né à l'étranger d'une convention de « mère porteuse » et ce par volonté de nier la pratique de la procréation pour autrui.

Cette règle a pourtant été débattue devant les juridictions qui ont parfois considéré que « *la non-transcription des actes de naissances aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* »⁵⁴².

Néanmoins, la Cour de cassation a « couper court » à toute spéculation sur le devenir d'une telle situation en déclarant que le Ministère public est apte à entamer une procédure de nullité à la retranscription, en France, de tout acte d'état civil étranger issu d'une gestation pour autrui⁵⁴³. La Cour de cassation a motivé sa décision sur l'article 16-7 du Code civil étant d'ordre public.

Dès lors deux impératifs s'opposent. Nous retrouvons effectivement l'impératif de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant qui se trouve dans une situation juridique instable et d'un autre côté, la préservation du respect de la dignité humaine incompatible avec cette mesure.

A sa simple lecture, l'objet de la circulaire n'est autre que de se soucier de la citoyenneté, de l'attribution de la nationalité française aux enfants nés à l'étranger par une convention de « mère porteuse ». Il n'est nullement question en l'espèce d'un quelconque établissement de filiation. En ce sens, la circulaire ne fait que pallier un défaut juridique. Le droit actuel est effectivement défaillant dans la mesure où l'enfant, qui n'est étranger qu'au regard de son lieu de naissance et de ses neuf mois de gestation,

⁵⁴² Cour d'appel de Paris, Première chambre section C du 25 octobre 2007, n°06-00507.

⁵⁴³ Cour de cassation, Première chambre civile du 17 décembre 2008, n°07-20.468.

soit civilement et administrativement « handicapé » par les seules volontés du couple. L'enfant est dès lors responsable des actes de ses parents avant même qu'il ne vienne au monde. Cette circulaire entreprend la même démarche que la suppression des différences entre l'enfant légitime et l'enfant adultérin par la loi du 04 juillet 2005. La circulaire « Taubira » vient donc apporter une réponse en estimant que l'enfant ne peut être responsable des décisions prises par ceux qui se veulent être ses parents.

La circulaire reprend donc les conditions énoncées par le Code civil. A savoir, il faut, selon l'article 18, que la filiation établie à l'égard d'au moins un français dans le pays où la procréation pour autrui a eu lieu. La seconde condition est issue de l'article 47 du Code civil qui énonce que l'acte d'état civil doit être probant. Cela signifie donc que la naissance par gestation pour autrui doit être reconnue dans le pays où elle a eu lieu. En effet, l'acte de naissance étranger ne peut être probant, valide que si les conditions légales à l'établissement de la filiation sont respectées et donc que la gestation pour autrui est autorisée.

Malgré son avancée positive en faveur de l'intérêt de l'enfant et de son droit à être citoyen français, la circulaire du 25 janvier 2013 ouvre un avenir beaucoup plus sombre pour les principes fondamentaux de notre droit, notamment pour le respect du corps humain, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et plus encore, le respect de la dignité humaine.

Jusqu'ici, l'interdiction de la gestation pour autrui était d'ordre public selon l'article 16-9 du Code civil. Cela signifie non seulement que la pratique est interdite en France mais également que toute tentative de détournement de la loi ne peut produire d'effet en France.

Dorénavant, les procréations et gestations pour le compte d'autrui exercées à l'étranger trouveront une conséquence directe en France, l'attribution de la nationalité française pour l'enfant né par ce biais là. Si un fait quelconque commis à l'étranger est créateur de droit en France, c'est que ce dernier bénéficie d'une certaine reconnaissance dans l'ordre interne, la reconnaissance d'une atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des personnes si bien défendu par la loi.

Alors, quid de l'application de ce texte ? La Cour de cassation semble ne pas abandonner « son » combat contre cette pratique et « maintenir le cap » malgré les demandes du Garde des Sceaux. Le 19 mars 2014⁵⁴⁴, la Cour de cassation a considéré qu'« *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes utilisées de ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public...* ».

⁵⁴⁴ Cour de cassation, Première chambre civile du 19 mars 2014, n°13-50.005.

Reste à savoir si la résistance de la Cour de cassation perdurera malgré la validation de ladite circulaire par le Conseil d'Etat⁵⁴⁵. Alors que ladite circulaire avait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, ce dernier a considéré que « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en terme de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un français est établie ; que, par suite, en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelle contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants, au sens de l'article 47...* ».

Le Conseil d'Etat qui fonde le droit à l'acquisition de la nationalité sur l'article 8 de la CEDH relatif au respect de la vie privée considère que le refus d'attribuer ladite nationalité française constitue une atteinte « *disproportionnée* ». L'intérêt de l'enfant, qui dicte cette décision, conduit à juste titre à l'attribution de la nationalité française par la stricte application de l'article 18 du Code civil peu importe la méthode de conception de ce dernier. La seule condition pour que cette nationalité soit attribuée est celle d'un acte d'état-civil probant permettant la reconnaissance officielle de la filiation de l'enfant avec l'un de ses parents, français. Le Conseil d'Etat rappelle également que cette solution ne méconnaît pas l'ensemble des principes fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine et principalement « *le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation...* »⁵⁴⁶.

B) La banalisation de l' « enfant objet de droit »

L'enfant peut-il être un droit ? Sa formulation de droit « à l'enfant », nous renvoie inéluctablement à cette conception moderne selon laquelle l'Etat est de plus en plus débiteur de « droits ». Serait-il possible de livrer un enfant aux couples infertiles par la voie judiciaire lorsque ces derniers se trouvent dans l'incapacité de concevoir et se trouvent heurtés au refus d'une pratique de procréation ?

⁵⁴⁵ Conseil d'Etat, Deuxième et Septième sous-sections réunies du 12 décembre 2014, n°367324, 366989, 366710, 365779, 367317,368861, « *Association Juristes pour l'enfance et autres* ».

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

Pour Naïma Haoulia⁵⁴⁷, ce « droit à l'enfant » existe dores et déjà mais fait l'objet de certaines limitations. Il est tout d'abord consacré par le droit pénal et l'article 223-10 selon lequel, le fait contraindre une femme d'avorter est soumis à une sanction pénale. Effectivement, la loi tend à la protection du fœtus et de l'enfant à en devenir. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation refuse de donner le statut de personne à ce fœtus⁵⁴⁸ en raison de l'application du principe pénal de la légalité des délits et des peines qui « impose une interprétation stricte de la loi... ». Dans ces circonstances, le « droit à l'enfant » n'est pas pleinement reconnu et donc nullement consacré car il exigerait un renversement de la jurisprudence considérant le fœtus comme une personne en devenir ou du moins la création d'une infraction spécifique par le législateur. Le droit civil quant à lui opte pour la même logique selon laquelle le « droit à l'enfant » ne peut constituer un droit fondamental par ces limites trop importantes, le vidant de sa substance. Ainsi, comme le souligne l'auteur, le droit à l'interruption volontaire de grossesse donne une libre disposition du fœtus à la femme et prive l'homme de ce droit.

Si la législation actuelle ne peut dès lors constituer un réel droit fondamental à l'enfant, de par son absence de source supra législative, elle peut néanmoins constituer les prémisses d'une future consécration dont les conséquences de son « absolutisme » seraient désastreuses pour l'espèce humaine. D'une part, cela mènerait à la « marchandisation de la procréation ». Rappelons-nous de l'affaire dite de « *L'Arche de Zoé* »⁵⁴⁹ où une association, payée par des personnes en quête d'adoption, s'était rendue au Tchad pour ravir des enfants, les considérant alors comme des *res nullius*, des choses sans maître. D'autres exemples sont également frappants et choquants comme le mentionne Naïma Haoulia, il est « possible d'acheter des ovules sur catalogue en Espagne ». Cette marchandisation va au-delà des considérations éthico-juridiques que nous avons de l'homme et de son devenir, du respect de sa vie privée.

Enfin, les dérives eugéniques, le clonage ou la recherche de l'« enfant parfait » sont les risques les plus dangereux pour l'espèce humaine. Si nous avons des craintes pour la concrétisation de ces risques par l'arrêt « *Perruche* »⁵⁵⁰ créant un préjudice de vie mais également le « droit à un enfant en bonne santé », une loi est rapidement intervenue afin d'éviter toute dérive pour aller en ce sens. Néanmoins, des techniques subsistent aujourd'hui afin de déceler une handicap ou une affection particulièrement grave sur le fœtus afin de pouvoir en « disposer ». Les articles L. 2131-1 et suivants instaure effectivement un procédé de « *diagnostic prénatal* » ou de « *diagnostic préimplantatoire* » permettant d'avoir un enfant en bonne santé et donc d'établir certains « critères » à son égard.

⁵⁴⁷ N. Haoulia, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », Les Petites affiches du 11 octobre 2013, n°204, p.7.

⁵⁴⁸ Cour de cassation, Assemblée plénière du 29 juin 2001, n°99-85973.

⁵⁴⁹ Les membres de l'association seront d'abord condamnés par la justice tchadienne, expatriées en France puis graciés par le Président tchadien. Lors de leur procès en France, certains d'entre eux, notamment le président de l'association Eric Breteau, seront à nouveau condamnés par la juridiction française.

⁵⁵⁰ Cour de cassation, Assemblée plénière du 17 novembre 2000, n°99-13701.

L'ensemble de ces dispositions tend à maintenir à l'écart la consécration fondamentale d'un tel droit. Pour combien de temps ? A l'heure où les techniques médicales sont de plus en plus pointues, l'industrie n'a qu'un rêve, celui de pouvoir tester ses nouvelles technologies sur l'homme. En ce sens, la législation actuelle sur l'accès à l'AMP reste concentrée sur une optique de soins et non sur une ouverture qui irait au-delà de ce qu'exige la nature. Ainsi, il est indispensable de maintenir le cap concernant l'accès à l'AMP malgré les exigences et un désir d'enfant de plus en plus accru. Le refus médical des professionnels de santé trouve sa raison d'être dans la loi qui fixe des limites aux consentements et volontés des personnes, qu'il s'agisse des usagers ou des professionnels. L'AMP doit demeurer un traitement pour les personnes infertiles et ne doit donc bénéficier qu'aux couples hétérosexuels qui disposent d'un projet parental commun.

En l'état actuel de la législation, le consentement pour les couples homosexuel de recourir à l'AMP demeure interdite. Le refus de soins, établi par loi, est alors en accord avec les considérations éthico-juridiques que présentent une telle pratique. Le consentement aux soins ne peut être absolu, il est, en partie, absorbé par des considérations d'ordre public qui freinent son expansion.

SECTION III – LE REFUS D'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE

L'interruption volontaire de grossesse (IVG) est une technique qui met fin à la gestation d'une femme lorsque celle-ci ne veut plus la mener à son terme. Il s'agit de l'invocation du droit à ne pas être parent. Cette pratique, si elle constitue un droit pour les femmes reste très encadrée de sorte à ce qu'il n'y est pas d'abus.

Une fois de plus, dans ce chapitre, nous démontrerons que le consentement pour recourir aux soins n'est pas absolu. Il se veut encadrer par la loi. Une loi qui soutient des principes fondamentaux tels que le droit à la vie ou le droit à la dignité mettant ainsi le droit à l'accès aux soins en défaut. Si le fœtus n'est pas une personne, il n'en reste pas moins qu'il est une chose justifiant une certaine forme de respect à l'égard de son développement et de son statut de « personne en devenir ». Alors si nous tenons à ce que ce droit « fondamental des femmes » demeure (B), il reste très encadré afin de protéger l'enfant à naître (A).

Paragraphe 1 : Le recours à l'interruption de grossesse, un droit en pleine évolution

Le Code de la Santé publique encadre strictement les conditions de recours à l'interruption de grossesse que celle-ci soit d'ordre médical et qu'elle relève simplement du désir de la femme. En France (A) comme à l'étranger (B) ce droit tend à évoluer.

A) Le droit à l'interruption de grossesse en France

1) L'interruption volontaire de grossesse et le droit de « disposer » du fœtus

Le droit à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) est issu d'une loi du 17 janvier 1975⁵⁵¹. Si aujourd'hui, l'IVG est banalisée, elle fut à l'époque vivement critiquée. La loi autorisant sa pratique fut même l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel⁵⁵². Pour le juge constitutionnel, il s'agit d'une « *liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse* ». Ladite liberté est pour le juge conforme à l'article 2 de la Déclaration de 1789 et semble donc être fondée sur cette source selon laquelle « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

Ce droit, fondé sur la liberté des femmes, a connu de nombreuses modifications jusqu'en 2014.

a) La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse avant le 04 août 2014

Selon l'article L. 2212-1 CSP « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». Cette disposition énonce plusieurs conditions nécessaires à la réalisation d'une IVG. Tout d'abord, il est indispensable que la femme se trouve dans une situation de détresse afin de pouvoir avoir recours à l'IVG, cette dernière ne peut être pratiquée que par un médecin, ce qui est confirmé par l'article L.2212-2 CSP et doit intervenir dans le délai des douze premières semaines de la grossesse.

a1) « La situation de détresse » de la femme ayant recours à l'IVG

La notion de « *situation de détresse* » est une notion large qui peut être soumise à interprétation des juges. Notamment, ils considèrent, dans une décision du tribunal pour enfant d'Evry du 08 novembre 1982, que pour une jeune fille mineure le fait de se retrouver sans domicile, sans famille, ressources « *se trouve dans une situation de détresse* »⁵⁵³.

Nous pouvons néanmoins nous poser la question de savoir si cette condition est réellement opérante dans la mesure où le médecin et éventuellement le juge se fient aux déclarations de la personne réclamant l'IVG. En effet, la Cour d'appel de Besançon admet

⁵⁵¹ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 « *relative à l'interruption volontaire de la grossesse* ».

⁵⁵² Conseil constitutionnel n°74-54 DC du 15 janvier 1975, « *IVG* ».

⁵⁵³ Tribunal pour enfant d'Evry du 8 novembre 1982, n° jurisdata 1983-764176.

que « *Madame T..., qui est seule juge de sa situation de détresse...* »⁵⁵⁴. Il ressort de ces décisions que le juge peut se baser sur des critères objectifs lorsqu'ils sont apparents mais considère également les critères subjectifs comme le ressenti de la situation de détresse.

En outre, le Tribunal de Grande Instance de Paris fait également de l'état de possession de la situation de détresse⁵⁵⁵. Il déclare que « *la femme enceinte qui accepte de subir une interruption volontaire de grossesse est légalement réputée le faire en raison de sa situation de détresse* ». La situation de détresse, qui était en 1982 fondée sur des éléments objectifs, semble alors revêtue d'un grand subjectivisme. En effet, la situation de détresse devient un ressenti du for intérieur qui ne laisse place à aucun critère objectif de sorte à ce qu'il soit impossible pour le juge de vérifier la réelle situation de détresse. La jurisprudence demeure très pauvre sur ce point mais nous pouvons noter que de nombreux moyens soulevés lors d'un recours devant la Cour de cassation estiment que ce critère est en réalité fortuit. Dans un arrêt du 27 novembre 1996⁵⁵⁶, des personnes poursuivies pour entrave à une IVG fondent leur moyen sur la « défaillance » de la loi Veil en ce point. Ils considèrent qu'« *il suffit, en particulier, à la femme d'invoquer une situation de détresse pour obtenir, sans aucun contrôle de la réalité de cette situation, qu'il soit mis fin à sa grossesse pendant les dix premières semaines* ».

Le Conseil d'Etat a considéré quant à lui que l'interruption volontaire de grossesse est permise à « *toute femme enceinte, qui s'estime placée par son état dans une situation de détresse...* »⁵⁵⁷ sans pour autant préciser de quoi il s'agissait. Comme l'estime le professeur Bertrand Mathieu, ce caractère est empreint d'une certaine timidité, d'une « *pusillanimité* »⁵⁵⁸, ce qui signifie bien qu'il n'a jamais été véritablement contraignant.

La « situation de détresse » devant justifier le recours à l'IVG n'est en réalité qu'anecdotique. Ce dernier n'a jamais réellement eu vocation à être une source d'inspiration pour la jurisprudence afin d'encadrer l'IVG qui a pourtant tenté, en 1982, d'en faire sortir des éléments objectifs. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler dans sa décision du 31 juillet 2014⁵⁵⁹ que « la femme » avait « *le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation...* ». Il ne relevait alors ni du médecin ou du juge d'apprécier la véracité d'une telle situation. Le recours à l'IVG se fonde alors en réalité sur la seule volonté de la femme.

Notons que l'IVG est ouverte à l'ensemble des femmes. En effet, l'article L. 2212-1 ne distingue pas entre les femmes majeures ou non. Néanmoins, l'article L. 2212-7 requiert le « *consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant,*

⁵⁵⁴ Cour d'appel de Besançon, Première chambre civile du 24 novembre 1992, n°855/050992.

⁵⁵⁵ TGI de Paris, 16^{ème} Chambre, du 04 juillet 1995, n° 943220060/2.

⁵⁵⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle du 27 novembre 1996, n° 96-80.223.

⁵⁵⁷ Conseil d'Etat, Assemblée du 31 octobre 1980, n°13028.

⁵⁵⁸ B. Mathieu, « La jurisprudence selon Ponce Pilate », Dalloz 2001, p. 2533.

⁵⁵⁹ Conseil constitutionnel, n°2014-700 DC du 31 juillet 2014, « *Loi pour l'égalité réelle entre femmes et les hommes* ».

du représentant légal... ». Le recours à l'IVG pour une femme mineure est plus difficile d'accès que pour les majeures alors que ces dernières peuvent également se trouver en situation de détresse. Ainsi, la décision du Tribunal pour Enfant d'Evry⁵⁶⁰ a constaté la situation de détresse et autorisé l'IVG pour une femme mineure malgré le refus de ses représentants légaux.

A l'instar des règles de l'article L. 1111-5 CSP, la femme mineure peut néanmoins recourir à l'IVG en tenant non-informés ses représentants légaux. Dès lors le médecin doit s'efforcer de convaincre cette dernière d'informer les personnes ayant l'autorité parentale. Le recours à l'IVG pour la femme mineure est donc plus compliqué que pour la femme majeure alors que la situation de détresse pour une personne mineure peut être amplifiée du fait de son jeune âge, de sa situation précaire et surtout de sa volonté de ne pas en informer ses représentants légaux. Une avancée est nécessaire afin que la femme mineure, puisse pleinement consentir, de manière libre, au recours à l'IVG.

a2) Le nécessaire recours au médecin

D'après l'article L. 2212-1 CSP la femme est obligée de demander « *au médecin* » de pratiquer une IVG. Cela est confirmé par l'article suivant, L. 2212-2 CSP, qui dispose explicitement que « *L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin* ».

Ce dernier se trouve dans une situation où il est soumis à certaines obligations mais dispose, en même temps, d'une certaine liberté quant à la pratique de l'IVG. Toutes les obligations du médecin sont relatives à la recherche du consentement. Effectivement, nous pouvons constater que la recherche du consentement en matière d'IVG est particulièrement rigoureuse. Dans la mesure où cette IVG entraîne des conséquences irréversibles et met fin au processus vital d'une « *personne en devenir* », il est nécessaire que la décision soit mûrement réfléchie. Ainsi, l'article L. 2212-3 CSP dispose que la personne est informée des techniques permettant l'IVG, ainsi que de leurs « *risques et des effets secondaires potentiels* ». L'article suivant impose au professionnel de santé de proposer un entretien avec une personne qualifiée dans le domaine du « *conseil conjugal ou tout autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé* ».

Le consentement de la personne doit s'opérer en deux étapes et être confirmé. L'article L. 2212-5 CSP impose que la confirmation du consentement soit réalisée par écrit. Cette confirmation doit respecter « *l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé* ». Le consentement de la personne doit donc être réfléchi et ne pas relever d'un simple désir passager, d'un « *caprice* ». Néanmoins, le droit de recourir à l'IVG semble prendre le pas sur la nécessité du consentement dans la mesure où ce délai de

⁵⁶⁰ Tribunal pour enfant d'Evry du 8 novembre 1982, n° jurisdata 1983-764176.

sept jours peut être réduit si son respect entraîne un dépassement du délai de douze semaines imposé pour recourir à l'IVG.

Si le consentement de la patiente est nécessaire pour recourir à l'IVG, le médecin dispose également d'une certaine liberté de consentement à l'égard de cette pratique. En effet, l'article L. 2212-8 instaure une réelle « *clause de conscience* » à l'égard du médecin qui pratique cette intervention. Selon cet article « *Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressé de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L.2212-2* ». Cette « *clause de conscience* » s'applique également à l'ensemble du personnel soignant susceptible d'intervenir lors d'une IVG ou bien aux « *établissements de santé privés* » à l'exclusion des établissements concernés par les dispositions de l'article L. 6161-5 CSP.

La personne peut donc être confrontée au refus du personnel soignant concernant son IVG. Même si ce dernier doit lui fournir une liste de professionnels de santé « *susceptibles* » de pouvoir intervenir, ces derniers ne sont que supposés ouverts à la pratique de l'IVG ce qui peut procurer chez la personne une situation de stress à l'égard de la réalisation de sa volonté, ainsi qu'une perte de temps pour elle alors que ce dernier constitue la condition la plus stricte pour pouvoir recourir à l'IVG.

Ainsi, le consentement de la femme voulant procéder à une IVG peut se confronter à celui du professionnel de santé. Ce refus de soins s'il n'est pas absolu, dans la mesure où un professionnel susceptible d'accepter la demande de la patiente doit lui être indiqué, n'en demeure pas moins pourvu d'intérêt. Nous constatons donc que le consentement aux soins par l'expression d'une volonté de recourir aux soins ne peut outrepasser les impératifs légaux ainsi que les convictions propres du professionnel de santé. Pourquoi une telle liberté pour le médecin ? L'IVG constituant un acte controversé et n'ayant pas de vocation curative, il est alors nécessaire que le médecin puisse également disposer d'un consentement de pratiquer cet acte. Il s'agit d'une exception par rapport à la législation médicale qui impose les soins aux médecins. Pour que cette exception ait un certain intérêt il est nécessaire que le consentement du professionnel de santé prime celui du patient.

a3) Le délai imparti pour le recours à l'interruption volontaire de grossesse

Le délai pour pouvoir recourir à l'IVG constitue la condition la plus stricte. Effectivement, la femme enceinte dispose d'un délai de douze semaines de grossesse pour recourir à cette pratique. Si le délai est en apparence long, ce dernier constitue une donnée relative dans la mesure où certaines femmes peuvent s'apercevoir tardivement de leur gestation. Ainsi certaines femmes enceintes, victimes d'un déni de grossesse, ne peuvent présenter les « *symptômes* » de leur gestation que tardivement et se trouvent alors dépourvues de leur droit à l'IVG malgré leur volonté et consentement à cette pratique.

Ainsi, si le délai originel prévu par la loi était de dix semaines, le législateur de 2001 a décidé d'étendre ledit délai à douze semaines, favorisant alors l'IVG et faisant de cette pratique un *quasi* « droit de ne pas être mère ». Comme en 1975, la loi du 30 juin 2001 a fait l'objet d'un recours *a priori* devant le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 61 de la Constitution. Les sénateurs, alors auteurs de la saisine, considèrent que l'allongement du délai pour le recours à l'IVG méconnaît « *le principe de la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation* » notamment « *en raison de pratiques eugéniques tendant à la sélection des enfants à naître* ». Ils considèrent qu'au stade des douze semaines, il est possible de déceler de nombreuses anomalies ou même connaître le sexe de l'enfant.

Ils considèrent, de surplus, que cette loi méconnaît le principe « *du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie* » en ce qu'à ce stade le fœtus est déjà constitué et apparaît comme « *une personne humaine en puissance* ».

A cette saisine le Conseil constitutionnel répond⁵⁶¹ que lorsqu'une femme se trouve dans une situation de détresse, alors il lui est loisible sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789 de recourir à l'IVG qui constitue une véritable liberté pour cette dernière. Que le délai prévu par la loi ne porte pas atteinte à « *l'équilibre* » qu'impose la Constitution entre le respect de la dignité humaine et ladite liberté. Le Conseil constitutionnel donne donc une consécration fondamentale au droit à l'IVG qui relève de la liberté individuelle de la femme, sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme.

a4) Le non respect des conditions nécessaires à l'application de la loi

L'interruption volontaire de grossesse envisage deux catégories de « *dispositions pénales* ». En effet, alors qu'une partie est relative à l'« *interruption illégale de grossesse* », l'autre catégorie est relative à l'« *entrave à l'interruption légale de grossesse* ».

Nous n'envisagerons, pour l'instant que la première catégorie des dispositions pénales relatives à l'IVG. Prévue par les articles L.2222-1 CSP à L.2222-4 CSP, elles concernent principalement la violation des conditions nécessaires au recours à l'IVG.

Dès lors, il est possible d'être condamné pour la pratique de l'IVG en dehors du délai légal, par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ou dans un établissement non habilité à la réalisation ce genre de pratiques. Est également puni par la loi pénale, le fait de mettre à la disposition de la femme des moyens autres que médicamenteux afin qu'elle puisse procéder elle-même à l'IVG ou le fait de pratiquer une IVG après un « *diagnostic prénatal* » sans avoir respecté les conditions nécessaires à cette pratique.

⁵⁶¹ Conseil constitutionnel du 27 juin 2001, n°2001-446 DC « *IVG II* ».

Notons qu'en matière de consentement, l'article L. 2222-1 CSP dispose que « *L'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Cette disposition soulève évidemment le caractère délicat et controversé que recouvre cette pratique. Aucune faute pénale n'est spécialement envisagée lorsque le médecin passe outre la volonté du patient lors de soins « classiques ». Il faut alors se replier sur la législation de droit commun relatif à l'atteinte à l'intégrité physique des personnes. Nonobstant, la Première chambre civile de la Cour de cassation ne sanctionne pas pour autant les atteintes nécessaires, même lorsqu'elles ne sont pas consenties. Ainsi, dans un arrêt du 28 juin 2012⁵⁶², elle a pu considérer que « *la nécessité d'une ablation de l'utérus à laquelle la patiente n'était pas, du fait de l'anesthésie, à même de consentir* » ne constitue pas une atteinte à l'intégrité physique de nature à entraîner la responsabilité du professionnel de santé. Ainsi, nous rentrons toujours dans la même logique, à savoir que lorsque l'acte médical est nécessaire, la recherche du consentement devient alors subsidiaire et ne peut entraîner la responsabilité pénale de l'auteur.

La force du consentement nécessaire lors d'une IVG donne donc un exemple, une idée de ce que pourrait entraîner une pratique médicale non consentie. Il s'agit effectivement d'une atteinte « caractérisée » à l'intégrité physique de la personne devant être sanctionné pénalement. La jurisprudence semble primer l'état de santé de la personne sur toute autre considération.

b) L'interruption volontaire de grossesse depuis la loi du 04 aout 2014

La loi du 4 aout 2014 « *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* »⁵⁶³ a modifié l'article L. 2212-1 du Code de la Santé publique. Désormais l'article dispose que : « *La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse* ».

La condition de la « *situation de détresse* » est dès lors supprimée, permettant aux femmes de recourir à l'IVG par simple volonté. Si les autres conditions ne sont pas remises en cause, il s'agissait d'une simple mise à jour de la législation. Comme nous l'évoquions préalablement, ladite condition n'était en réalité qu'inopérante face à la jurisprudence qui n'analysait que rarement la « situation de détresse » qui n'appartenait qu'au ressenti personnel de la femme demandant le recours à cette pratique. Nous pouvons néanmoins nous poser la question de savoir si dès lors, l'équilibre énoncé et requis par le Conseil constitutionnel dans la décision de 2001, « IVG II », est aujourd'hui menacé par un droit qui devient de plus en plus « absolu ».

A chaque évolution de la loi relative à l'IVG sa décision constitutionnelle qui, une fois de plus, vient préserver la liberté des femmes. Les auteurs de la saisine ont

⁵⁶² Cour de cassation, Première Chambre civile du 28 juin 2012, n°11-14.169.

⁵⁶³ Loi n°2014-873 du 4 aout 2014 « *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* ».

effectivement soutenu que l'équilibre pourtant recherché par le Conseil constitutionnel est dès lors atteint par la seule volonté de la femme. Le Conseil constitutionnel⁵⁶⁴, dans une décision du 31 juillet 2014, affirme qu' « *une femme* » peut « *demande l'interruption volontaire de sa grossesse lorsque son état la place dans une situation de détresse ; que ces dispositions réservent à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouve dans cette situation...* ».

Nous ne pouvons qu'être en accord avec les considérations du Conseil constitutionnel. Dans la mesure où la femme seule s'estime en situation de détresse, sans qu'aucune formalité ne soit prescrite, cet élément purement subjectif ne présente aucun intérêt comme l'a démontré la jurisprudence. Néanmoins, si cette suppression n'opère pas de grand changement sur la pratique, la théorie en est tout autre. L'esprit de la loi est effectivement atteint. Alors que les dispositions précédentes exigeaient une « *situation de détresse* » de la femme, cette situation justifiait alors le recours à l'IVG et notamment la liberté de la femme. La suppression de cette notion entraîne alors un officiellement un véritable droit fondé uniquement sur le désir de la femme de disposer du fœtus qu'elles portent en elles. Dans les trois décisions du Conseil constitutionnel relative à l'IVG, qu'il s'agisse de la décision de 1975, de 2001 ou de 2014, le « Haut Conseil » a considéré que ledit droit à l'IVG ne méconnaissait aucun principe à valeur constitutionnel, qu'il s'agisse du droit à la vie, à la santé ou encore de la dignité humaine. Dans la mesure où le fœtus ne peut être considéré comme une personne, il est alors impossible de lui attribuer des droits. La femme dispose seule d'un pouvoir de décision sur l'état de sa grossesse, la prise de décision n'étant, au final, seulement limitée par le délai légal instauré.

Notons également que le 09 avril 2015, les députés ont voté, en première lecture, la suppression du délai de réflexion d'une semaine imposé par la loi. Ainsi, l'expression du consentement n'est plus nécessairement réfléchi mais spontanée.

2) L'interruption médicale de grossesse, la « disposition » du fœtus justifiée par l'impératif médical

L'IMG est envisagée par l'article L. 2213-1 CSP issu de la loi du 7 juillet 2011⁵⁶⁵. Contrairement à l'interruption de grossesse fondée sur la volonté de la femme, cette dernière peut intervenir « *à toute époque* ». Cette intervention est justifiée lorsque « *la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

Ces conséquences doivent être attestées par « *deux médecins membre d'une équipe pluridisciplinaire* » qui a pour mission de rendre un avis consultatif. En ces deux

⁵⁶⁴ Conseil constitutionnel n°2014-700 DC du 31 juillet 2014.

⁵⁶⁵ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 « relative à la bioéthique ».

cas, la loi dispose que la « *demande* » émane de la femme. Il s'agit donc d'une manifestation de la volonté, une manifestation du consentement qui peut outrepasser les impératifs de l'IVG pour deux raisons primant toute autre considération. Ces deux raisons sont le droit à la santé et le droit à la vie, qu'il s'agisse de la femme ou de l'enfant à naître.

Paradoxalement, le droit à la vie, notamment à la vie digne concerne également l'enfant à naître malgré le recours à l'IMG. Le législateur semble en effet privilégier la vie en bonne santé plutôt que le droit à la vie. Faisant référence à une affection d'une particulière gravité et incurable, le législateur fait manifestement référence à la loi « *Léonetti* » sur la fin de vie. Il préférera laisser le patient mourir d'une manière « digne », sans douleur, plutôt que de pratiquer l'« *obstination déraisonnable* ». La logique est assimilable en l'espèce, mieux vaut ne pas s'acharner à faire naître un enfant pour que ce dernier souffre et pratiquer une IMG que de la laisser vivre dans la douleur, d'une manière contraire à la dignité humaine.

Le droit à la santé en ce qui concerne la mère prime le droit de vivre pour le fœtus. Cela rappelle en premier lieu l'importance du droit à la protection de la santé en France mais, d'autre part, cela semble légitime de privilégier les droits d'une personne plutôt que ceux d'une personne à en devenir *a priori* dénuée de droit. En ce qui concerne le droit à la santé de l'enfant, ces dispositions ne sont pas sans rappeler celles de l'arrêt « *Perruche* ». Loin de considérer dès lors que laisser vivre l'enfant constituerait une faute du professionnel de santé, il existe néanmoins un réel droit à naître en bonne santé, droit qui s'il peut être compréhensible ne peut que soulever des craintes concernant les pratiques eugéniques.

Néanmoins, la jurisprudence opère un contrôle accru afin d'éviter les dérives et refusant d'indemniser les naissances qui ne relèvent pas de l'IMG. Ainsi, la Cour d'appel de Nancy⁵⁶⁶ a refusé d'indemniser un couple pour la naissance de leur fille qui est atteinte d'une agénésie de l'avant bras gauche. De plus, la naissance de l'enfant ne constituant pas une menace pour la santé de la mère, les magistrats ont clairement refusé la qualification de la demande comme IMG mais ont considéré qu'il s'agissait dès lors d'une IVG. Au-delà de ces considérations, cet arrêt démontre bel et bien la volonté de la jurisprudence à considérer l'arrêt « *Perruche* » comme étant de l'histoire ancienne. Le préjudice de vie ne peut exister, pour le législateur si l'état de santé de l'enfant à naître est gravement menacé par une affection incurable, alors il préfère consacrer un « droit à mourir fœtal » par le biais de l'AMG.

Ainsi, nous observons que le consentement de la femme en matière d'IVG est limité par une condition temporelle alors qu'en matière d'IMG il n'existe aucune restriction à ce droit. Il faut alors distinguer ce critère qui semble s'appliquer en d'autres matières, notamment en matière d'AMP. Lorsque le consentement de recourir aux soins dépend d'un souhait, d'une volonté se basant sur le confort ou le simple désir, ce dernier est soit inopérant (en matière d'AMP) ou fortement limité (en matière d'IVG). Alors que

⁵⁶⁶ Cour administrative d'appel de Nancy, Troisième Chambre du 12 janvier 2012, n°11NC00619.

lorsque le consentement, la volonté du patient repose sur une cause purement médicale ce dernier abouti sur la réalisation du soin.

B) L'interruption de grossesse à l'étranger

1) La législation pénale belge et suisse concernant l' « avortement »

L'analyse des législations étrangères démontre que par exception aux autres domaines la France est avant-gardiste en ce domaine. En ce qui concerne le droit belge, il est difficile d'évoquer « le droit à l'interruption de grossesse ». En effet, l' « avortement » est interdit par les articles 348 et suivants de son Code pénal. Le recours à l'interruption volontaire de grossesse faisant alors figure d'exception au principe. Il s'agit de l'article 350, alinéa deuxième dudit Code qui régit les conditions du recours à l'IVG. Au titre d'exception, l'alinéa second débute en disposant que « *Toutefois, il n'y aura pas d'infraction lorsque la femme enceinte, que son état place en situation de détresse, a demandé à un médecin d'interrompre sa grossesse et que cette interruption est pratiquée dans* » certaines conditions.

Les conditions de délai et celles relatives au consentement ou celles concernant l'IMG sont similaires à celles prescrites par le droit français excepté qu'il existe encore la condition relative à la « *situation de détresse* » et que la loi belge ne distingue pas entre la femme enceinte majeure ou mineure, les deux ayant un recours similaire à ces pratiques.

Peut-on alors parler d'un droit belge à l'interruption volontaire de grossesse ? En comparaison avec la législation française, nous pouvons clairement estimer que non. Effectivement, alors que le recours à l'interruption volontaire de grossesse ne cesse de prendre de l'ampleur depuis 1975 en France, le droit belge maintient l'incrimination de l'avortement, l'accès à l'interruption de grossesse ne faisant alors figure que d'exception au principe.

En ce qui concerne la législation suisse, l'interruption de grossesse fait également l'objet de dispositions pénales. Le principe affiché à l'article 118 du Code pénal démontre que l'IVG pratiquée en dehors des conditions prescrites par l'article 119 dudit Code sont susceptibles de sanctions pénales et que ces dernières peuvent concerner tant l'auteur tiers de cette interruption que la femme enceinte elle-même.

Pour les conditions énumérées à l'article 119 et établies par la loi du 23 mars 2001 relative à « *l'interruption de grossesse* », applicable depuis le 1^{er} octobre 2002, elles sont similaires aux conditions prévues par le droit français. Quelques nuances sont à noter. Alors que la France prévoyait une « *situation de détresse* » pour l'IVG, le droit suisse l'envisage pour l'IMG. « *L'interruption de grossesse* » pour des raisons médicales pourra donc intervenir à tout moment durant le stade de la grossesse lorsqu' « *elle est nécessaire pour écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte...* ». L'IVG pourra être pratiquée « *sur demande*

écrite de la femme » lorsqu'elle se trouve en « *situation de détresse* » durant les douze premières semaines de grossesse. Elle devra être pratiquée par un médecin et dans les « *établissements hospitaliers qui remplissent les conditions nécessaires à la pratique de l'interruption grossesse* ». La « *situation de détresse* » devra donc être qualifiée de « *profonde* » pour avoir recours à l'interruption à tout moment de la grossesse.

La loi suisse reste muette en ce qui concerne le droits des mineures à recourir à l'interruption de grossesse. Elle n'évoque que le cas des femmes « *incapables de discernement* » où le « *consentement du représentant légal* » sera exigé. Les mineures étant simplement « *incapables* » et non dépourvues de discernement, nous pouvons donc considérer que les mineures ont librement le droit de recourir à l'interruption de grossesse selon leur âge et le degré de maturité.

2) La législation espagnole entre droit fondamental et instabilité de l'interruption volontaire de grossesse

Alors qu'il y a peu de temps, de manière similaire à la législation belge, la législation espagnole relative à l'« *avortement* » était constituée par des dispositions pénales ouvrant des exceptions, une loi organique du 3 mars 2010⁵⁶⁷ est venue ouvrir la pratique de l'interruption volontaire de grossesse. L'article douze de la loi « *garantit l'accès à l'interruption volontaire de grossesse...* » et ajoute que ce droit concourt à la sauvegarde des « *droits fondamentaux de la femme* » notamment en ce qui concerne « *son droit au libre développement de la personnalité* », « *son droit à la vie* », « *à l'intégrité physique et morale* », « *à l'intimité* », « *à la liberté idéologique et à la non discrimination* ». La loi espagnole va donc plus loin que la loi française considérant que le droit à l'interruption de grossesse constitue un droit se rattachant à l'ensemble de ces droits fondamentaux. En ce qui concerne le droit positif, l'intervention du Conseil constitutionnel fût nécessaire afin de déterminer l'efficiace et le rattachement du droit à l'interruption volontaire de grossesse.

La loi d'Espagne soumet néanmoins le recours à l'interruption volontaire de grossesse à des conditions du même ordre que celles prévues en France. Ainsi, l'interruption volontaire de grossesse doit nécessairement être réalisée par un médecin ou « *sous sa direction* », elle doit se tenir dans un « *centre sanitaire* » public ou privé mais en tout état de cause « *accrédité* », le consentement de la femme doit être explicite et écrit de la part de la femme enceinte ou de ses représentants légaux.

A la différence de la loi française, les femmes mineures de seize et dix-sept ans n'ont pas l'obligation d'obtenir le consentement de leurs responsables légaux. Cette disposition semble nécessaire à la législation française dans la mesure où la « *situation de détresse* » précédemment exigée se retrouve souvent caractérisée chez les femmes mineures. En dessous de l'âge de seize ans, il s'agit d'adolescentes qui ont besoin du soutien de leurs responsables légaux respectifs. Les procédures et technique d'IVG sont

⁵⁶⁷ Loi organique n°2/2010 du 3 mars 2010 relative « *à la santé sexuelle et reproductive et de l'interruption volontaire de la grossesse* ».

telles, que leur décision doit nécessairement être accompagnée. Contrairement aux mineures qui à partir de seize ans sont souvent plus matures et aptes à affronter seules ce genre de situation. Le responsable légal doit être informé de la situation après que l'intervention est réalisée à moins que la femme mineure allègue que ladite information a vocation à provoquer « *un conflit grave* ».

En ce qui concerne le délai de l'IVG, il est plus large que celui prévu par le droit positif puisque l'article quatorze dispose qu'il est possible pour toute femme de recourir à l'IVG durant les quatorze premières semaines de sa grossesse.

Le recours à l'IMG est également envisagé par la loi espagnole. Elle est néanmoins conditionnée à vingt-deux semaines d'aménorrhée et lorsqu'il existe un risque grave et avéré pour la vie ou la santé de la femme enceinte ou lorsqu'un risque est établi concernant une grave anomalie à l'encontre du fœtus et lorsque ces anomalies constituent des atteintes grave pour la vie de l'enfant à naître.

Enfin, comme la femme française, la femme espagnole a droit à une information détaillée sur les techniques, procédés et risques encourus du fait de l'IVG afin que son consentement soit parfaitement libre et éclairé.

Paradoxalement, la loi espagnole qui considère que le recours à l'IVG est constitutif d'une garantie à l'égard de l'ensemble des droits fondamentaux de la femme, le recours à l'IMG reste néanmoins soumis à une condition de durée malgré les risques qui peuvent être constitués par la poursuite de la grossesse. Les droits fondamentaux de la femme énumérés en introduction de la loi ne semblent pas outrepasser ceux de l'enfant à naître et notamment son droit à naître, son droit à la vie. Curieuses dispositions que celles de l'article seize de la loi espagnole qui sont donc empreintes d'un véritable paradoxe.

Ce paradoxe démontre également l'instabilité de la loi espagnole à l'égard de l'IVG. En effet, si la pratique a été dépenalisée par la loi de 2010, il n'aura pas fallu attendre plus de quatre ans pour que cette dernière soit remise en cause par le gouvernement de Mariano Rajoy qui avait adopté un projet de loi réformant de manière substantielle le droit à l'IVG en Espagne. Sous le prétexte de la protection de la « vie » il avait effectivement prévu de ne pouvoir recourir à l'« avortement » qu'en cas de viol de la femme, lorsque celui-ci est avéré par un dépôt de plainte ou lorsqu'il existait un « risque durable permanent » pour la santé de la mère. Finalement, si le projet a été abandonné par le Gouvernement espagnol, il n'en demeure pas moins que le droit à l'IVG en Espagne ne fait preuve d'aucune stabilité contrairement à la législation française qui, depuis 1975, ne cesse d'évoluer dans le même sens.

Paragraphe 2 : Un droit à l'interruption volontaire de grossesse limité par les impératifs fondamentaux

Si la France fait figure d'exception en Europe, ou d'« *exemple* » selon les propos de la Ministre de la Santé Marisol Touraine, il n'en demeure pas moins que les femmes ayant recours à l'IVG en France sont soumises à des conditions d'accès, si souples soient-elles, dans un souci du respect des droits fondamentaux. Ainsi, après s'être posé la question de savoir si le droit à l'IVG constitue un droit fondamental (A), nous évoquerons les raisons qui font que le consentement de la femme à cette pratique peut être limité (B).

A) L'interruption de grossesse, un droit fondamental ?

A la différence des pays évoqués où le recours à l'IVG ne fait figure que d'exception ou des pays qui présentent une législation instable, la France a depuis longtemps permis aux femmes d'avoir recours à l'IVG sans que ces dernières ne soient exposées à des poursuites pénales et en étendant peu à peu les garanties d'accès à cette pratique. Le consentement médical en la matière s'est considérablement libéralisé, mais est loin d'être absolu.

1) Un droit à l'interruption de grossesse non-autonome, découlant de l'article 8§1 CEDH

Avant d'aborder la question vis-à-vis du droit constitutionnel, nous pouvons nous positionner au regard du droit conventionnel. Dans une première espèce du 19 mai 1976⁵⁶⁸, des requérantes se pourvoient devant la Commission européenne en raison de la non-conventionalité de la loi relative à l'IVG, trop restrictive, sur le fondement de l'article 8§1 de la Convention. En effet, elles considèrent que la loi allemande les oblige soit à ne pas avoir de relation sexuelle, soit à utiliser des moyens de contraception contre leurs convictions ou, encore, de porter une naissance « *à terme contre leur gré* ». En outre, les requérantes considèrent que cette législation méconnaît leur liberté religieuse inscrite à l'article 9 et leur droit au mariage prévu par l'article 12 dans la mesure où « *la maternité illégitime réduirait les chances de mariages de la mère* ».

La Commission a déclaré la requête des requérante « recevable » en considérant que « *la grossesse et l'interruption de la grossesse relèvent de la vie privée et aussi, dans certaines conditions, de la vie familiale* ». Elle ajoute que « *la vie sexuelle relève donc elle aussi de la vie privée ; en particulier, que la réglementation juridique de l'avortement constitue une ingérence dans la vie privée qui peut ou non se justifier en vertu de l'article 8§2* ». Effectivement, le syllogisme de la Commission est implacable. Elle considère que si la vie affective de la personne relève de l'article 8§1 de la Convention, alors toute réglementation venant « perturber » cette liberté peut être considérée comme une

⁵⁶⁸ CEDH du 19 mai 1976, n°6959/75, « *Affaire Brüggemann et Scheuten c/ Allemagne* ».

ingérence. Ainsi, le consentement au recours à l'IVG doit être libre et soumis à aucune condition dans le but de préserver la vie privée.

Dans la décision qui a suivie, le 17 mars 1978⁵⁶⁹, la Cour a estimé que la législation allemande ne violait le principe de la vie privée. En revanche elle a considéré que la décision de recourir à l'IVG relevait exclusivement de la vie privée de la mère. Ainsi, la Cour considère que seule la décision relève de l'article 8§1 de la Convention, que le consentement de recours à cette pratique n'appartient qu'à la femme.

Dans un arrêt du 29 octobre 1992⁵⁷⁰, la Cour considéra qu'il était impossible pour une juridiction d'interdire une information des femmes par deux associations, établissant la possibilité pour les premières d'avoir recours à l'IVG à l'étranger. Sans s'étendre sur le régime de l'IVG, la Cour a néanmoins repris l'expression de la Commission qui considère ce sujet comme « *vital* ». En ce sens, si l'IVG est interdite en Irlande, cette interdiction ne peut entraîner une information des femmes qui les priveraient d'un consentement à recourir à cette pratique à l'étranger. Cette position fut réitérée dans une décision du 03 février 2008⁵⁷¹, où la Cour considéra que le fait d'interdire un bateau de pénétrer dans l'espace maritime national afin que se déroulent, à bord, des réunions d'information sur l'interruption volontaire de grossesse, alors interdite au Portugal, est contraire à l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression.

En 2002⁵⁷², un homme forme une requête devant la Cour contre la décision des juridictions italiennes refusant de se voir indemnisé du préjudice subi par l'interruption volontaire de sa femme. Il considère que cette pratique est contraire à l'article 2 et l'article 8 de la Convention. En ce qui concerne l'article 2, proclamant le droit à la vie, la Cour s'estime incompétente pour savoir si le fœtus peut ou non bénéficier d'un tel droit. Elle considère que, même à supposer que le fœtus puisse bénéficier d'un tel droit, cela ne pourrait empêcher l'établissement d'une législation prévoyant le recours à l'IVG, dès lors que cette législation prévoit un délai légal. En effet, elle considère que l'institution d'un délai permet de « *ménager un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femmes* ».

En outre, concernant l'article 8 de la Convention, la Cour a rappelé que cette législation « *touche au domaine de la vie privée* », que néanmoins « *le droit du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale* » ne peut « *être interprété assez largement pour englober le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse se propose de faire pratiquer sur sa personne* ». Ainsi, seul le consentement de la femme est nécessaire pour qu'elle puisse recourir à l'IVG. En théorie, le « *père potentiel* » ne dispose d'aucun avis ou quelconque droit pour empêcher le déroulement d'une telle pratique.

⁵⁶⁹ CEDH du 17 mars 1978, n°6959/75, « *Affaire Brüggemann et Scheuten c/ Allemagne* ».

⁵⁷⁰ CEDH du 29 octobre 1992, n°14234/88 et n°14235/88, « *Affaire Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande* ».

⁵⁷¹ CEDH du 03 février 2008, n°31276/05, « *Affaire Women on waves et autres c/ Portugal* ».

⁵⁷² CEDH du 05 septembre 2002, n°50490/99, « *Affaire Boso c/ Italie* ».

Dans un arrêt du 26 octobre 2004, la Cour déclare que chaque Etat garde un pouvoir « *discrétionnaire* » en matière d'IVG. De ce fait, la Cour, en se déclarant incompétente, réfute toute idée d'un droit à l'IVG autonome et opposable aux Etats⁵⁷³. Effectivement, le droit à l'IVG, s'il n'est pas explicitement mentionné au sein de la Convention, il ne constitue pas non plus un droit fondamental autonome mais se déduit d'autres dispositions telles que l'article 8.

La Cour européenne a effectivement considéré dans un arrêt de 2011⁵⁷⁴ que l'entrave au recours à l'interruption de grossesse constitue une entrave aux droits fondamentaux consacrés par la Convention. La Cour estime alors que le fait de refuser à une femme un diagnostic prénatal ou de pratiquer ce dernier de manière tardive de manière à outrepasser le délai légal du recours à l'interruption de sa grossesse, de manière injustifiée, procurant chez elle « *souffrance* » et « *humiliation* » constitue une violation de l'article 3 de la Convention. Il faut alors établir une analyse permettant d'arriver à la conclusion selon laquelle l'obstruction du recours à l'interruption de grossesse constitue un traitement inhumain et dégradant, conclusion qui, exposée de telle manière, constituerait un raccourcis hasardeux.

Effectivement, la Cour ne mentionne pas *stricto sensu* que le fait d'obstruer le recours à l'IVG ou l'IMG constitue un traitement inhumain et dégradant, une atteinte à la dignité humaine, ce qui constituerait une véritable incohérence quant à la protection du fœtus et permettrait d'ouvrir la boîte de Pandore pour les différents justiciables européens où les législations sont très restrictives quant à ces pratiques. D'une part, la Cour ne remet pas en cause les dispositions légales de la Pologne quant aux recours à l'interruption de grossesse mais déplore le défaut de dispositions rendant son accès effectif.

Deuxièmement, la Cour retient la violation de l'article 3 de la Convention pour l'unique raison de la souffrance de la requérante à l'égard de cette situation. Si la souffrance ressentie pouvait valablement concerner une multitude de situations disparates, la Cour reconnaît néanmoins que le fait de ne pas pouvoir librement recourir à une interruption de grossesse constitue une situation troublante lorsque la femme est prise d'une angoisse concernant l'état de santé du fœtus. L'administration médicale polonaise qui avait envisagé la possibilité d'une malformation du fœtus et qui, sans aucune doute, connaissait les intentions abortives de la requérante en cas de malformation l'a empêché de recourir aux techniques permettant de confirmer cette malformation et donc l'ont empêché de recourir à une interruption de grossesse. La situation empêchant un individu de recourir à une pratique médicale légalisée, provoquant chez lui une angoisse de nature à provoquer de fortes souffrances ainsi qu'une humiliation constitue une violation de l'article 3 de la Convention. Dès lors, l'obstruction du recours à l'interruption de grossesse provoquant chez la personne une

⁵⁷³ CEDH du 26 octobre 2004, n°16471/02, « *Affaire Silva Monteiro Martin Ribeiro c/ Portugal* ».

⁵⁷⁴ CEDH du 26 mai 2011, n°27617/04, « *Affaire R.R c/ Pologne* ».

souffrance et une humiliation est constitutive d'une violation dudit article de la Convention.

En ce qui concerne la violation de l'article 8 de la Convention et le droit au respect de la vie privée, la Cour se veut plus explicite. Nous pouvons ainsi considérer qu'il est plus facilement avouable, sur le plan juridique et éthique, que l'obstruction du recours à l'interruption de grossesse constitue une violation du droit au respect de la vie privée que d'une violation de la dignité humaine. La Cour commence par rappeler que la notion de « *vie privée* » s'entend notamment la respect du « *droit à l'autonomie personnelle et le droit au développement personnel* » et qu'il est applicable en l'espèce comme la Cour l'a souvent considéré notamment en ce qui concerne « *le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* »⁵⁷⁵. Elle déclare en outre que l'accès « *à un service de diagnostic* » était « *déterminant pour l'exercice de son droit de prendre une décision éclairée sur l'éventualité du recours à un avortement* ».

La Cour reconnaît donc, en utilisant des propos nuancés, que le droit d'être parent implique un versant négatif qui consiste à ne pas être parent. Ce droit ne se fonde nullement sur un hypothétique « droit à l'enfant », non reconnu par la Cour mais sur le fait qu'il relève de l'autonomie des personnes et de leur liberté de pouvoir prendre une décision quant à un éventuel recours à l'« *avortement* ». Qu'en l'espèce, la requérante n'a pas vu son droit au respect de la vie privée violé par l'inaccessibilité à l'« *avortement* » mais par sa privation de décision et sa privation d'autonomie personnelle, d'une manière plus générale de sa liberté. Le droit de recourir à une interruption de grossesse est donc implicitement reconnu à travers le fondement de l'article 8 de la Convention.

Ainsi, concernant le droit à l'interruption volontaire de grossesse, nous pouvons conclure que d'un point de vue du droit européen, il ne s'agit pas d'un droit fondamental autonome mais qu'il découle de l'article 8 de la Convention Comme indiqué dans l'arrêt « *Evans c/ Royaume-Uni* », la Cour révèle qu'il s'agit de « l'autonomie personnelle » de la femme. Ainsi, elle est seule à pouvoir consentir à la dite pratique. Ce consentement est-il absolu ? Vraisemblablement pas, si la Cour a toujours reconnu un tel droit comme une liberté pour la femme, elle a également admis que l'instauration d'un délai par la loi permettait de concilier les intérêts du fœtus et les droits de la femme. Dans un intérêt de protection de l'enfant en devenir, le consentement de la mère ne peut être absolu, celle-ci disposant de douze semaines de réflexion concernant le sort de sa grossesse.

2) Un droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse reconnu et avoué « à demi-mot » par le droit français

Patrick Lafage⁵⁷⁶, docteur en droit, considère qu'il est difficile d'établir un consensus au sein de la doctrine sur la qualification du recours à l'IVG comme constituant un droit. De nombreux indices nous poussent à considérer les choses

⁵⁷⁵ CEDH du 10 avril 2007, n°6339/05 « *Affaire Evans c/ Royaume-Uni* ».

⁵⁷⁶ P. Lafage, « *Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement* », La Gazette du Palais du 16 février 2002, n°47, p.14.

autrement. La logique juridique entreprise depuis la loi du 17 janvier 1975 tend à promouvoir l'accès à l'interruption volontaire de grossesse au plus grand nombre de femmes, en prolongeant le délai d'intervention en 2001 mais également en supprimant une condition, en réalité inopérante, en 2014.

D'un point de vue ensuite du droit pénal, les dispositions insérées dans ledit Code démontrent une volonté de garantir l'accès à cette pratique. En effet, l'article L.2223-1 CSP dispose que « *Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'interruption de grossesse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article L.2223-2 lorsque les faits ont été commis en vue d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L.2212-8* ».

Lesdites infractions de l'article L. 2223-2 CSP consistent en le « *fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption de grossesses* » ou sur ses actes préalables. Ce délit est constitué en « *perturbant de quelque manière que ce soit l'accès aux établissements* » pratiquant cette intervention, « *à la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux* » ou « *en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans ces établissements, des femmes venues y subir ou s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières* ».

Il existe donc une structure juridique de valeur législative telle qu'elle permet le libre exercice de l'interruption de grossesse. Néanmoins, il manque à ce droit une source supra législative permettant de le considérer comme droit fondamental. Le constituant ne pouvant prévoir l'ensemble des droits et libertés découlant des dispositions constitutionnelles souvent écrites en termes généraux, c'est par « la réserve de la loi » accordé au législateur qu'il incombe de détailler, réglementer l'ensemble des droits fondamentaux. Ainsi, Otto Mayer considérait que « personne ne doute que la puissance de l'Empire ne peut pas contraindre, ni imposer des charges, ni porter atteinte à la liberté et à la propriété des sujets autrement qu'en vertu de la loi ». L'article 34 de la Constitution consacre cette « réserve de la loi » en considérant qu'il revient au pouvoir législatif de « réglementer les garanties fondamentales accordées aux citoyens »⁵⁷⁷. Le Conseil constitutionnel a ensuite rattaché cette disposition à la source constitutionnelle qu'est l'article 2 de la Déclaration de 1789. En effet, dans sa décision « *IVG II* »⁵⁷⁸ le Conseil déclare « *qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du*

⁵⁷⁷ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collecton Précis, 2012, p.131.

⁵⁷⁸ Conseil constitutionnel n°2001-446 DC du 27 juin 2001, « *IVG II* ».

fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen... ».

Il ne fait alors aucun doute que le recours à l'IVG constitue un droit, une faculté ou encore une liberté de faire quelque chose garantie par l'article 2 de la Déclaration de 1789. Cette liberté ne trouvant comme limite que le respect de la dignité humaine prescrite par la Constitution et le Code de la santé publique.

Les articles L. 2211-1 CSP et L2211-2 CSP énoncent les limites relatives au recours à l'interruption de grossesse. Le premier de ces articles reprend textuellement l'article 16 du Code civil selon lequel « *La loi assure la primauté de la personne, interdit tout atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Cette limite est également celle reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision « *IVG II* »⁵⁷⁹ lorsqu'il met en balance la liberté du recours à l'IVG avec « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation* »⁵⁸⁰.

Faisant référence au délai durant lequel les femmes peuvent avoir recours à l'IVG, ce dernier ne rompt pas l'« *équilibre* » nécessaire au maintien de ces deux principes. Pourtant la reconnaissance du droit au respect de la dignité humaine au fœtus est surprenant dans la mesure où il n'est pas encore une personne et donc, en principe, non titulaire de droits ou débiteur d'obligations.

La Cour de cassation a refusé de considérer qu'il existait un quelconque droit à la vie pour l'embryon. A plusieurs reprises, a énoncé le principe selon lequel le délit d'homicide involontaire n'est pas applicable au fœtus. En effet, la Chambre criminelle a refusé d'admettre l'homicide involontaire sur le fœtus à l'égard du médecin qui ayant, lors d'un retrait de stérilet, percé la poche des eaux en raison de l'application stricte de la loi pénale⁵⁸¹. En 2001, l'Assemblée plénière pris la même position en disposant que « *le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* »⁵⁸². En 2002, la Chambre criminelle ne déroge pas à la tendance entreprise en considérant que « *le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi*

⁵⁷⁹ Conseil constitutionnel, n°2001-446 DC du 27 juin 2001, « *IVG II* ».

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ Cour de cassation, Chambre criminelle du 30 juin 1999, n°97-82.351.

⁵⁸² Cour de cassation, Assemblée plénière du 29 juin 2001, n°99-85.973.

pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant »⁵⁸³.

Pour le juge pénal l'enfant à naître n'est pas une personne. Il ne permet pas l'application des dispositions pénales relatives aux atteintes aux personnes. Si dans la décision de 2001, le juge reconnaît que l'embryon n'est pas non plus une « chose ordinaire », il considère que son régime doit être institué par une réglementation spéciale relative au statut de l'embryon, la loi pénale ne s'appliquant alors qu'à l'enfant né vivant. La difficulté réside dans la détermination du commencement de la vie. Pour les traditionalistes « dès la première étape de la conception, l'être humain est une personne »⁵⁸⁴. Néanmoins, cette conception n'est pas acceptable dans la mesure où elle remettrait en cause de manière substantielle le droit à l'avortement.

Le passage du stade de l'embryon au stade de fœtus n'est pas non plus une donnée satisfaisante. En effet, les scientifiques considèrent que le passage de l'état d'embryon à celui de fœtus est abouti au stade de la huitième semaine de grossesse, or il est possible à ce stade de porter atteinte à l'enfant en devenir par une pratique volontaire de l'interruption de grossesse. Pourtant, le Conseil constitutionnel avait déclaré lors de sa décision de 1994⁵⁸⁵ qu'en ce qui concerne les embryons « *le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable* ».

Pour Guylène Nicolas⁵⁸⁶, maître de conférence, il faut se référer au professeur Jean-François Niort⁵⁸⁷, pour qui la doctrine ne semble pas en harmonie sur la question du statut de l'embryon. En effet, selon lui, alors que certains vont considérer l'embryon comme une personne à part entière, bénéficiant et jouissant des mêmes droits que les personnes « déjà nées ». Une autre vision de la doctrine considérera que l'embryon dispose que si l'embryon « est une personne juridique », celle-ci ne dispose pas « de l'intégralité des droits d'une personne née et n'en a pas la capacité d'exercice »⁵⁸⁸. La troisième conception considère que l'embryon n'est pourvu que d'une « personnalité juridique conditionnelle », que si ce dernier est apte à devenir vivant et viable. La quatrième conception n'envisage nullement l'embryon comme pourvu de la personnalité juridique mais il demeure un sujet de droit. Enfin, la dernière conception assimile l'embryon à une « chose ».

Le Conseil constitutionnel n'évoque qu'ici le sort des embryons et non celui du fœtus. Effectivement il considère que l'embryon ne constitue pas le « *commencement de la vie* » que de ce fait, il est possible que des atteintes lui soient portées. Néanmoins le

⁵⁸³ Cour de cassation, Chambre criminelle du 25 juin 2002, n°00-81.359.

⁵⁸⁴ J.O A.N du 20 novembre 1992, p.5838.

⁵⁸⁵ Conseil constitutionnel n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁵⁸⁶ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », Thèse, Université d'Aix-en-Provence du 07 janvier 2000, p.299.

⁵⁸⁷ J-F, Niort, « L'embryon et le droit : un statut impossible », R.R.J, 1998, p. 463.

⁵⁸⁸ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », *op. cit.*

Conseil constitutionnel n'évoque pas le cas du fœtus. Nous pouvons alors considérer qu'il s'agit d'un indice sur le commencement de la vie. Le deuxième indice est évoqué par l'article L. 2211-2 CSP selon lequel il est possible de porter atteinte au principe précité qu'en cas de nécessité et que tel est le cas en ce qui concerne les dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse. La limite du consentement de la femme à recourir à une interruption de grossesse est instaurée par un délai de douze semaines, nous pouvons considérer qu'au-delà dudit délai il y aurait atteinte au fœtus constitué de manière certaine. La douzième semaine de grossesse est l'étape où l'enfant à naître adopte des traits physiques humains. Les législations étrangères étudiées retiennent également, hormis l'Espagne, ce délai de douze semaines qui semble alors significatif. Comme l'a évoqué à chaque espèce la Cour de cassation, le refus de considérer l'enfant à naître comme une personne ne tient que du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Si le droit à l'interruption de grossesse des femmes constitue aujourd'hui, un droit fondamental par son rattachement, par le Conseil constitutionnel, aux libertés personnelles de l'article 2 de la Déclaration de 1789, il est loin d'être absolu. Le droit est ainsi fait, les libertés et les droits doivent nécessairement coexister afin de former un ensemble cohérent, que chacun ne soit pas dénaturé ou vidé de sa substance. Le consentement à l'IVG, la volonté d'y recourir connaît en ce sens des limites. Ces limites démontrent la protection de l'enfant à naître, qui, malgré son stade fœtal, bénéficie d'une certaine protection. Les femmes ne peuvent ainsi disposer de l'enfant à naître de manière anarchique. Si la CEDH s'est refusée de traiter du statut du fœtus dans son arrêt « *Boso c/ Italie* » précité, elle a estimé qu'il était nécessaire que la loi garantisse un équilibre entre d'une part la liberté des femmes mais également la sauvegarde des intérêts du fœtus. Le consentement de recourir à une interruption de grossesse est alors « plein » et « parfait » à la seule condition que cette pratique recouvre un intérêt médical pour la mère, ou pour l'enfant. Comme en matière de procréation médicalement assistée, le législateur vient rappeler que le consentement aux soins ne peut exister pleinement qu'en raison d'un recours à la pratique médicale et non en raison d'un « simple » désir, d'une « simple » volonté.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Loi du 04 mars 2002 a donc permis aux patients d'acquérir un droit au consentement en matière de soins. Si les principes préexistaient à celle-ci par les décisions jurisprudentielles, tant de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, le législateur a consacré le droit au consentement « *libre et éclairé* » tel qu'énoncé par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. A la lecture de cette disposition, ainsi que de celles qui l'entourent relatives aux « *Droits des personnes malades et des usagers du système de santé* », nous pouvions être optimistes sur les capacités de résistance à du patient à l'égard du corps médical. Il est vrai qu'en comparaison avec les législations étrangères, la France accumule un certain retard. Ces dernières offrant, souvent, des garanties plus importantes en matière de décision médicale.

Ainsi, le droit à l'information du patient et le droit à son refus de soins pouvant alors être considérés comme des « liberté publique » par leur légalisation et leur portée générale sont-ils pour autant des droits fondamentaux ? Si ils sont prévus et consacrés par une norme supra-législative qu'est la Convention d'Oviedo, son applicabilité demeure en suspend. En effet, pour l'heure, aucune décision n'a été rendue sur son fondement. Même si certains auteurs la considèrent d'applicabilité directe, il nous faudra attendre une jurisprudence plus précise sur son caractère contraignant.

Cet optimisme naissant de la loi du 04 mars 2002 va, malgré tout, s'estomper en analysant la législation sanitaire. Malgré la jurisprudence « *Pretty* » de la Cour européenne du 29 juillet 2002 considérant que la pratique des soins outre le refus exprimé du patient constitue une atteinte au respect de la vie privée et à la dignité humaine, le législateur et la jurisprudence française vont continuer d'établir des règles qui relèvent de la contrainte. Cette contrainte s'exprime alors de deux manières. La contrainte positive qui concerne la pratique des soins au-delà du consentement de la personne et la contrainte négative refusant au patient l'accès aux soins malgré l'expression de sa volonté perdurent.

Cette contrainte s'exprime bien souvent par le respect de principes fondamentaux que peuvent être le respect de l'ordre public traditionnel, ou de l'ordre public sanitaire, ainsi que des principes qui en découlent, à savoir le respect de la dignité humaine, du droit à la vie ou encore de la santé. Ainsi, en ces domaines, le consentement aux soins de la personne est largement négligé.

Il s'opère, alors, un conflit entre deux conceptions du droit à la santé. Une conception subjective qui permet aux patients de bénéficier d'une certaine liberté face à l'offre de soins. Une conception qui permet donc de protéger le « libéralisme médical », le patient considérant, ainsi, que nul ne peut porter atteinte à sa santé, à son intégrité physique sans son consentement. L'autre conception provenant de l'aspect « droit-créeance » de la protection de la santé semble plus contraignante et revêt une importance majeure par la protection de l'intérêt général face à la protection des intérêts privés. Si

ces deux conceptions sont soutenues par différents droits fondamentaux, celui de la dignité humaine semble faire office de régulateur. L'enjeu est donc celui de trouver un équilibre entre la conception libérale et la conception contraignante pour, qu'en fin de compte, le principe directeur du respect de la dignité humaine soit pleinement respecté.

**PARTIE II – LE CONSENTEMENT DU PATIENT :
UNE RECONNAISSANCE GRÂCE AUX NORMES
SUPRA-LÉGISLATIVES ?**

Nous avons pu constater dans la première partie que la loi, notamment celle du 04 mars 2002, vient poser des principes en matière de consentement médical. Par leur nature légale, ces principes peuvent être qualifiés de « libertés publiques ». En attendant la confirmation de l'applicabilité de la Convention d'Oviedo et de son effectivité devant les juridictions internes, nous considérerons que le principe du consentement n'a qu'une valeur de « liberté publique » impliquant un respect de la part du pouvoir réglementaire. Ainsi, le doyen Favoreu définit ce terme de « liberté publique » comme étant les libertés « opposables à la puissance publique selon leur force normative, et moins entre particuliers, groupes de particuliers ou personnes morales de droit privé »⁵⁸⁹.

Malgré ce principe venant au soutien des droits subjectifs du patient, nous avons pu constater que celui-ci était clairement vidé de sa substance en certaines matières. Si le plein consentement permettrait de pouvoir réfuter ou recourir à n'importe quelle technique médicale, pour l'heure, nous sommes loin d'une telle réalité. En effet, nous avons pu contempler l'ensemble de la législation sanitaire qui s'avère être contraignante pour les individus. Qu'elle soit positive, ou négative, la contrainte médicale implique une certaine négation du consentement du patient, négation constatée dans la confrontation de l'ensemble des dispositions sanitaires.

Ces règles, qui procèdent de la liberté du patient, de son droit subjectif à la santé, ou de la contrainte, du recours impossible ou forcé aux soins, peuvent découler de valeurs fondamentales directrices. Ainsi, le conflit de normes, qui s'opère devant les juridictions ordinaires en matière de loi ou de règlement, pourrait également trouver sa place dans le contentieux constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a eu, à de nombreuses reprises, à concilier des principes ou des valeurs de nature constitutionnelle afin de déterminer ceux qui doivent primer les autres.

Ce conflit de normes *supra* législatives traduit deux conséquences. La première, logique, indique que les deux conceptions du droit à la santé sont reconnues comme fondamentales par le Conseil constitutionnel. En revanche, nous constaterons que le « droit-créance » à la santé prend une place importante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnelle.

La seconde conséquence est en lien avec la première. Nous pourrions même dire qu'elle est la conséquence de la conséquence. En effet, si le droit subjectif à la santé est reconnu par le Conseil constitutionnel qui en fait découler de nombreux principes, ce dernier n'a jamais véritablement été consacré. Ainsi, nous le considérerons plutôt comme un principe « concilié » que comme un principe « conciliateur ». Le Conseil constitutionnel n'a-t-il réellement jamais fait primer un tel principe ? A titre d'exemple, dans sa décision du 16 janvier 1991⁵⁹⁰, le Conseil va considérer que le libre choix du

⁵⁸⁹ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », op. cit., p. 51.

⁵⁹⁰ Conseil constitutionnel n°90-287 du 16 janvier 1991, « *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* ».

médecin découle de cette conception subjective du droit à la santé, mais il ne va pas pour autant déclarer inconstitutionnelle une disposition qui pourtant peut remettre en cause ladite liberté⁵⁹¹.

Les dispositions découlant alors du droit subjectif à la protection de la santé n'ont-elles alors qu'une valeur symbolique ? Sont-elles dépourvues de toute effectivité ? Comme nous avons pu ainsi le constater dans notre première partie, le refus de soins qui s'inspire de ce droit subjectif peut être limité au nom de la protection de la vie sans que la jurisprudence ne retienne une quelconque violation. Ainsi, n'est-il pas dès lors impératif de trouver de nouvelles valeurs fondamentales permettant de rendre ce droit au consentement plus effectif ?

Nous constaterons que, si le « droit-créance » à la santé se suffit à lui-même, par sa nature contraignante, son rattachement à la protection de l'ordre public traditionnel ou sanitaire, il est un véritable droit « conciliateur » (TITRE II) Le droit subjectif à la santé nécessite en revanche, des droits fondamentaux adjuvants lui permettant de recouvrer une certaine effectivité, tant dans les décisions du Conseil constitutionnel, que dans la loi ou la jurisprudence ordinaire (TITRE I).

⁵⁹¹ Cette disposition établissait les différents taux de remboursement des soins en raison du statut de l'établissement de soins.

TITRE I – LES DROITS FONDAMENTAUX EN RELATION AVEC LE DROIT SUBJECTIF À LA SANTÉ, POTENTIELS ADJUVANTS À LA RECONNAISSANCE DU CONSENTEMENT DU PATIENT

Aucune disposition d'ordre constitutionnel ne consacre le droit au consentement du patient face à l'offre de soins. Si ce consentement découle d'un droit subjectif à la protection de la santé, aucune décision du Conseil constitutionnel ne l'a pourtant exprimé. Comment alors contourner cet handicap ? Comment faire prévaloir le droit au consentement aux soins lorsqu'aucune disposition encore effective ne consacre un tel droit ? Par le rattachement au principe du droit subjectif à la santé ? Si il est évidemment reconnu par le Conseil, il semble en revanche très discret par rapport à son pendant « droit-créance ». Une impasse se dessine alors.

Pourtant, nous pouvons envisager des droits fondamentaux connexes qui, sont des droits subjectifs, et qui disposent d'une certaine reconnaissance de la part du Conseil constitutionnel ou encore de la Cour européenne des droits de l'homme. Effectivement, il s'agit de la seule issue de secours envisageable pour ce droit au consentement.

Les autres solutions ne sont que supputations hasardeuses qui ne nous permettent pas d'envisager le rayonnement d'un tel droit, pour l'heure. Ainsi, nous aurions pu commencer par envisager la constitutionnalisation d'un tel principe. Il n'est pas certain que ledit droit au consentement médical soit, en cette période, la priorité du constituant. Et puis, une référence textuelle dans la Constitution est-elle nécessaire ? Nous aurons l'occasion de rappeler que le droit à la dignité humaine ne dispose d'aucune citation expresse dans le texte fondamental, il n'en demeure pas moins un principe régulateur et directeur de notre droit, irriguant l'ensemble des matières et ne trouvant pas de réelle limite. Le professeur Bertrand Mathieu lui confère ainsi un « caractère absolu », il « est le principe matriciel par excellence. Non seulement elle (la dignité humaine) induit un certain nombre de droits et de principes dérivés spécifiques, mais encore elle est le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme... »⁵⁹². En outre, la Convention d'Oviedo consacre déjà un tel principe au consentement. Il faut en revanche attendre que des moyens devant les juridictions ordinaires se fondent sur cette disposition pour que soit avérée son effectivité.

Un autre moyen serait que le Conseil constitutionnel le reconnaisse ouvertement dans une décision de constitutionnalité et que ce principe face « plier » la norme contraire audit principe. Nous gardions espoir pour que le Conseil adopte une telle position dans la QPC qui vient de lui être posée concernant l'obligation vaccinale mais comme nous le verrons, l'espoir s'estompe puis s'éteint lorsque nous analysons les décisions rendues sur le fondement du droit subjectif à la santé.

⁵⁹² B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire », Recueil Dalloz 1996, p. 282.

Il n'y a donc plus aucun doute, le seul espoir de faire triompher le droit au consentement est de le fonder sur d'autres droits fondamentaux, des « adjuvants ». Néanmoins, l'originalité du droit sanitaire se déclinant devant les deux ordres de juridictions oblige à distinguer ces adjuvants. Si certains peuvent être qualifiés d'universels et alors s'appliquer de la même manière à relation médicale de droit privé et de droit public (Chapitre 1), la liberté contractuelle, elle, n'a vocation à s'appliquer qu'à la relation médicale de droit privé (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER – LES ADJUVANTS UNIVERSELS AU CONSENTEMENT MÉDICAL :
LES DROITS DE LA PERSONNE

Comme nous l'avons vu, le droit de la santé est un domaine inhérent à la personne humaine. D'une part, car la protection de la santé constitue un droit fondamental de la personne, d'autre part car l'art et la technique de la profession touche, porte atteinte à l'intégrité physique de la personne. Evidemment, l'atteinte est justifiée par de nombreux impératifs.

Cette atteinte est justifiée par le don éventuel du consentement de la personne pour recourir aux soins. Que ce dernier soit donné de manière directe ou au travers de directives anticipées ou par la personne de confiance, d'un proche, ce dernier justifie l'intervention médicale dont la décision appartient, lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, au corps médical.

Ensuite, l'atteinte à l'intégrité physique peut être justifiée pour le maintien de l'ordre public sanitaire en cas de risque d'épidémie ou de pandémie ou en cas de trouble à l'ordre public traditionnel par des mesures restrictives de liberté comme l'hospitalisation d'office ou sur demande d'un tiers. Ces pratiques sont effectivement justifiées par l'intérêt général primant souvent l'intérêt individuel de la personne. Elles restent néanmoins critiquables. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire pour la personne de disposer de fondements pour rattacher le droit au consentement médical à d'autres droits fondamentaux.

Si nous ne souhaitons pas que le droit au consentement advienne absolu, il est cependant nécessaire que ce dernier soit reconnu, d'une manière directe ou indirecte. Pour cela, il est nécessaire de le rattacher à d'autres droits préexistants. La protection du corps humain ainsi que celui de la dignité humaine constituent des fondements juridiques assez solides pour pouvoir présager une embellie dudit principe au consentement médical. Néanmoins, les droits au respect du corps humain relevant des articles 16 et suivants du Code civil sont-ils invocables devant le juge administratif ?

Nous pouvons considérer que ces principes sont valablement invocables devant le juge administratif. En effet, nous pouvons penser que l'ensemble des dispositions du Code de la santé publique a pour objectif la protection de l'individu, ainsi que de son corps. Pourquoi alors prendre autant de précautions à l'égard du consentement dans l'établissement de la loi du 04 mars 2002 si ce n'est pour consacrer des principes tels que l'indisponibilité ou l'inviolabilité du corps humain ? Pourquoi instaurer la gratuité du don des produits et éléments du corps humain si ce n'est pour appliquer les dispositions du Code civil, des articles 16 et suivants ? Si nous constaterons que les décisions du juge administratif se référant expressément à la protection du corps

humain sont plutôt rares⁵⁹³, il n'en demeure pas moins que ces principes sont tout autant reconnus par le juge administratif que le juge judiciaire qui demeure plus expressif à ce sujet. Ainsi, comme le considère le professeur Hennette-Vauchez, le droit au refus de soins largement envisagé par le juge administratif découle « du droit au respect de l'intégrité physique »⁵⁹⁴. En tout état de cause, en tant que juge de la conventionalité, il est évident que le Conseil d'Etat puisse se prononcer sur la légalité d'une disposition ou d'une pratique contrevenant au principe du respect du corps humain. Ce problème de compétence du juge administratif résolu, nous pouvons alors affirmer que le droit au consentement médical peut alors être soutenu par des adjuvants universels que sont l'ensemble des principes relatif au respect du corps humain (SECTION I), ainsi que le respect de la dignité humaine (SECTION II).

SECTION I – LE CONSENTEMENT AUX SOINS ET LES ATTEINTES AU CORPS HUMAIN

Les atteintes au corps humain telles que prévues par le Code civil ne sont pas des droits fondamentaux selon la législation française interne, ils ne sont prévus par aucune disposition constitutionnelle. Il n'en demeure pas moins qu'ils sont empreints d'une certaine autorité, qu'ils irriguent, à l'image de la dignité humaine (qui les transcende), de nombreux domaines du droit et notamment le droit médical. En ce sens, nous conviendrons qu'ils peuvent venir au secours du consentement aux soins (Paragraphe 1). Le respect de la vie, en revanche, constitue un véritable droit fondamental, tant sur le plan interne qu'international, ayant un lien intime avec cette notion de protection du corps humain. Par conséquent, et par un syllogisme enfantin, nous pouvons admettre que la vie privée peut être un soutien de la protection du corps humain (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La protection de l'intégrité physique de la personne au secours du consentement aux soins

La protection de l'intégrité physique fait l'objet de nombreuses règles transposées dans le Code civil de manière générale mais également largement envisagées par la jurisprudence (A). Le corps humain constitue de manière large l'enveloppe de la personne, le lien entre cette dernière et le monde extérieur, son moyen de communication et de représentation. Il est alors nécessaire que cette dernière soit protégée des atteintes susceptibles de la négliger. Néanmoins, une fois de plus, la matière médicale fait exception à ces principes (B).

⁵⁹³ Notons que la Cour administrative d'appel de Douai s'est fondé sur les dispositions des articles 16 et suivants du Code civil dans un arrêt du 24 juillet 2008, n°08DA00405.

⁵⁹⁴ S. Hennette-Vauchez, « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », JurisClasseur Libertés, 01 mai 2011, Fascicule n°520.

A) Les principes civilistes de la protection du corps humain

1) De l'indisponibilité du corps humain de la personne vivante à son extra patrimonialisation

L'article 16-1 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994, dispose en ses trois alinéas le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Selon cet article, « *Chacun a droit au respect de son corps* ». Le corps humain, d'une manière générale, est « *inviolable* » et « *ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Le corps humain n'a pas de prix, tout comme ses éléments et produits, ils ne peuvent faire l'objet d'une convention. Ils se trouvent hors du commerce juridique. Cette théorie constitue la principale justification de l'interdiction de la gestation pour autrui, déjà évoquée. Ainsi, l'article 1128 du Code civil dispose qu'« *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* ».

Cet article vient effectivement confirmer le fait que le corps humain, ainsi que ses éléments et produits ne peuvent faire l'objet d'une convention, notamment à titre onéreux, leur conférant une valeur extrapatrimoniale. Pour le professeur Jean Penneau, le principe de l'extra patrimonialisation du corps humain est plus étroit que celui de l'indisponibilité du corps humain. Alors que ce dernier « conduit, en effet, à interdire toute convention portant sur le corps humain, quelle que soit sa nature, gratuite aussi bien qu'onéreuse. Le principe de non-commercialité conduit à frapper de nullité les seules conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale (autrement dit pécuniaire) au corps humain, à ses éléments ou à ses produits... »⁵⁹⁵. Ainsi l'article L. 1121-11 CSP qui, en matière de « *recherches biomédicales* » dispose que ladite recherche « *ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versées par le promoteur* ». Le corps humain et son exploitation forcée ne peuvent faire l'objet d'une convention onéreuse donnant lieu à une rémunération.

Pour le professeur Terré⁵⁹⁶, il n'était pas nécessaire d'attendre 1994 pour voir apparaître des normes protectrices du corps humain dans le Code civil. Ainsi, le droit pénal était déjà constitutif d'un corpus de règles protectrices de la personne et pouvait faire l'objet d'une indemnisation auprès du juge civil. Le Code pénal est effectivement constitué de nombreux articles relatifs aux atteintes à l'intégrité physique des personnes. De l'article 222-1 à l'article 222-51, ledit Code prévoit un panel de sanctions concernant les délits et les crimes prévus lors de ce chapitre. Ainsi, à titre d'exemple, le fait de torturer une personne est puni d'une peine de réclusion criminelle de quinze ans⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ J. Penneau, « Corps humain et bioéthique », Répertoire de droit civil, Dalloz, septembre 2012.

⁵⁹⁶ F. Terré, « *Les personnes, la famille, les incapacités* », Paris, Dalloz, Collection Précis, 7^{ième} édition, 2005, p.60.

⁵⁹⁷ Article 221-1 du Code pénal : « *Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle* ».

D'autres outils permettaient également de considérer que le corps humain ne pouvait justifier aucune atteinte. François Terré soulève l'article 1142 du Code civil selon lequel « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Cet article, issu des règles relatives au droit des contrats, fait clairement référence à l'exécution forcée d'une tâche qui constitue indéniablement une atteinte à l'intégrité physique. Ainsi le législateur a considéré que les obligations de cette nature devaient se résoudre en dommages et intérêts en cas d'inexécution. Cela implique donc deux choses. D'une part il est impossible de contraindre une personne d'exécuter une tâche qu'il refuserait et, d'autre part, il est impossible d'empêcher une personne d'exécuter une tâche qu'il aurait l'intention d'entreprendre. Ce raisonnement implique donc la règle selon laquelle l'homme est libre, autonome pour décider de soumettre son corps à la contrainte. Ce raisonnement peut être alors transposé en droit de la santé. En raison de la protection du corps humain et de sa « sacralisation », au même titre que l'homme ne peut être contraint à exécuter une tâche, il ne pourrait, en principe, être soumis à recourir à une intervention médicale à laquelle il ne consent pas.

Pour l'auteur, la loi de 1994 opère néanmoins un glissement du principe d'« indisponibilité » du corps humain, absent du Code civil, vers un principe d'extra patrimonialité. Ce glissement semble dangereux pour l'être humain et notamment pour la protection de son corps. Comme nous l'évoquons préalablement, alors que le principe d'indisponibilité englobe l'interdiction de toute convention sur le corps, ses produits ou ses éléments, l'extra patrimonialité semble tolérer les conventions à titre gratuit. L'indisponibilité indique effectivement que le corps ne peut faire l'objet d'aucune convention. En revanche, l'extra patrimonialité signifie que le corps humain ne recouvre aucune valeur marchande, cela ne veut pas dire pour autant qu'il est exclu de toute convention.

Si effectivement l'indisponibilité semble trouver son fondement en l'article 1128 du Code civil considérant que seules « *les choses* » peuvent l'objet de convention, force est de constater que ce principe souffre de nombreuses exceptions en matière médicale ou que le corps humain est considéré comme « une chose » spécifique faisant l'objet d'une réglementation stricte. La réponse semble effectivement se déduire des articles du Code civil qui prévoit que le corps humain, ses éléments et produits peuvent faire l'objet d'une convention dès lors que cette dernière s'opère à titre gratuit. Premièrement, l'article 16-5 du Code civil dispose que « *Les convention ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ». La lecture *a contrario* de cette disposition semble bien mentionner que les conventions à titre gratuit sont dès lors envisageables. L'article suivant semble justifier cette possibilité en rappelant que la soumission de la personne à une expérimentation, « *au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* » ne peut donner lieu à aucune « *rémunération* ». L'extra patrimonialité est donc retenue à propos du corps humain et de ses éléments de manière à considérer que ces derniers peuvent

faire l'objet d'une convention à titre gratuit. Dès lors, si convention il y a concernant le corps humain, en raison de l'article 1128 du Code civil, alors celui-ci peut valablement être considéré comme étant une « chose », une chose particulière dans la mesure où elle fait l'objet d'une réglementation stricte. Une chose qui ne peut néanmoins être considérée comme un bien en ce sens où elle est dépourvue de toute valeur pécuniaire et ne peut donc faire l'objet d'aucune convention à titre onéreux.

En ce qui concerne l'article 16-7 du Code civil et la prohibition des conventions de « *mères porteuses* », celles-ci sont nulles, qu'elles s'opèrent à titre gratuit ou à titre onéreux. Cette disposition rend cette pratique illicite, contraire à l'ordre public de sorte à l'interdire pleinement à cause de sa dangerosité pour des principes qui dépassent la seule protection du corps humain et touche de manière incontestable à la dignité de la personne.

2) La protection du cadavre, la démonstration de l'existence d'une chose particulière

Le législateur de 2008⁵⁹⁸ a considéré qu'il était nécessaire d'insérer dans ce corpus relatif à la protection du corps humain une disposition relative à la dépouille de la personne. Ainsi, la création de l'article 16-1-1 du Code civil confirme que le corps humain, malgré sa possible considération de « chose », peut être une « chose spécifique », bénéficiant d'une protection accrue. L'article dispose effectivement, en son alinéa premier, que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* ». Cette disposition signifie plusieurs choses. Premièrement, elle confirme que le corps de la personne vivante fait l'objet d'un « respect » particulier car si ce dernier ne « *cesse pas avec la mort* » cela signifie qu'il a commencé de son vivant. Ensuite, l'article signifie que l'ensemble des dispositions concernant le corps humain de la personne vivante sont applicables au cadavre. L'alinéa second confirme cela en disposant que « *Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ».

Cette législation signifie également que si le corps constitue une « chose », il se distingue de la personne dans la dichotomie juridique. Néanmoins, constituant l'incarnation et la concrétisation physique de cette dernière, son respect demeure inhérent à celui dû à l'être qui l'habite. En tant que matérialisation de la personne son respect doit perdurer même après l'évaporation de l'esprit, à la mort de l'individu.

La jurisprudence a considéré que la loi de 2008 n'était que la confirmation et la consécration de principes préexistants. La Cour de cassation s'est en effet prononcée sur la licéité d'une exposition d'organes et dépouilles de personnes humaines. Elle s'est

⁵⁹⁸ Loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 « relative à la législation funéraire ».

exprimée une première fois en 2010⁵⁹⁹ considérant que selon les dispositions de l'article 16-1-1 du Code civil « *les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence* ». Cet arrêt applique donc le même raisonnement que pour les corps humains des personnes vivantes, considérant que son utilisation à des fins commerciales est illicite et contraire aux dispositions de l'article 16-1-1 du Code civil.

Néanmoins, un nouvel arrêt est intervenu dans cette affaire concernant les sociétés d'assurance qui garantissaient l'indemnisation de l'annulation de ladite exposition. C'est donc par un nouvel arrêt du 29 octobre 2014 que la Cour de cassation réaffirme son principe⁶⁰⁰. La Cour de cassation va considérer que « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul* ».

La décision semble de prime abord critiquable dans la mesure où elle donne un aspect rétroactif de la loi. La Cour de cassation se justifie en évoquant que les dispositions relatives au respect de l'ordre public concernant le corps humain préexistaient à la loi de 2008. La Cour de cassation va donc considérer que la loi de 2008 ne constitue qu'une consécration ou confirmation d'un principe préexistant. La loi de 1994, notamment l'article 16-5 ne distingue pas entre le corps humain de la personne vivante ou le corps humain de la personne décédée. Dès lors, il semble cohérent que la loi de 2008 ne puisse être qu'une confirmation de principes préexistants, issus de la loi de bioéthique de 1994.

En ce qui concerne le juge administratif, le respect de la dépouille humaine ne date pas, non plus, de 2008. En effet, en 1993, le Conseil d'Etat avait déjà rendu une décision allant en ce sens. Le Conseil d'Etat a effectivement considéré 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 ; qu'en particulier, ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976, et régis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort...* »⁶⁰¹. Avant même les lois de bioéthique de 1994, le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de la protection du corps humain, qu'il s'agisse d'une personne vivante ou décédée. La loi de 2008, ne semble donc être qu'une concrétisation et une pleine consécration, ce que la Cour de cassation a tenu bon de rappeler.

⁵⁹⁹ Cour de Cassation, Première chambre civile du 16 septembre 2010, n°09-67.456 « *Our Body* ».

⁶⁰⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 29 octobre 2014, n°13-19.729 « *Our Body* ».

⁶⁰¹ Conseil d'Etat, Assemblée du 2 juillet 1993, n0124960 « *Milhaud* ».

3) De telles dispositions étaient-elles nécessaires ?

Les dispositions des articles 16-1 et suivants peuvent *a priori* être qualifiées de répétitions et simples rappels. Effectivement, comme nous l'avons annoncé, la protection du corps humain se faisait au travers de la loi pénale et par l'existence de principes en droit des contrats comme l'article 1128 et 1142 du Code civil d'où pouvait valablement se déduire le respect du corps humain. Même comme nous l'énoncions, il est probable que la force donnée au corps humain fût supérieure à celle d'aujourd'hui. L'article 1128, disposait que seules les choses peuvent être objet de convention. Dès lors, et dans la mesure où le corps humain ne pouvait faire l'objet d'aucune convention, il était exclu de cette catégorie juridique et reflétant son caractère sacré.

L'évolution des pratiques médicales a eu pour objectif à ce que l'homme et notamment son corps soit assujéti aux atteintes des professionnels de santé, de manière consentie ou non. Dans cette mesure et cette optique, le progrès de la science est devenu une menace pour la considération humaine. D'une part, nous avons le principe d'indisponibilité des personnes pleinement consacré qui empêchait toute convention autour du corps humain et de l'autre, le développement des techniques et pratiques médicales qui tendaient à l'expérimentation, la recherche et le développement des soins en vue d'un meilleur bien-être mais au prix de la banalisation du corps humain. Puis, les progrès ont atteint une dimension telle que la technique a pu créer la vie en dehors de tout processus naturel, toucher au génome humain. La tentation de l'administration médicale et sanitaire à mettre en pratique leurs techniques a conduit le législateur en 1994 à consacrer la protection des personnes et de leur corps par les articles 16 et suivants du Code civil. Alors, il était effectivement nécessaire que le législateur intervienne de manière générale, mettant en place un véritable ordre public de protection de la personne afin de limiter les dérives. Si jusqu'ici les pratiques médicales étaient spécialement limitées par des lois ponctuelles et spéciales⁶⁰², le développement des techniques et leur rapidité a nécessité l'édiction de principes généraux. Ces principes généraux sont donc nécessaires à la protection de la personne et de son corps. Néanmoins, par volonté délibérée ou de manière maladroite le législateur a dégradé les considérations juridiques que nous pouvions avoir sur le corps humain. Si du principe de l'indisponibilité du corps humain nous sommes passés à l'extra patrimonialisation, alors le corps, enveloppe sacrée de la personne est devenu une chose protégée. Cette volonté se justifie dans la volonté législative de vouloir concilier les impératifs tenant à l'ordre public et la volonté de soutenir les enjeux financiers et industriels autour des nouvelles technologies, des biotechnologies et ainsi maintenir une certaine compétitivité. Il aurait été préférable ou souhaitable de maintenir la règle de l'indisponibilité de l'état des personnes en énonçant que l'Homme ne peut faire l'objet

⁶⁰² Notons par exemple la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 « relative au prélèvement d'organes ».

d'aucune convention, il ne bénéficie que d'une autonomie de décision en matière médicale de manière à recourir librement aux pratiques légalisées.

B) Les exceptions justifiées par l'intérêt médical

L'article 16-3 du Code civil expose l'exception de l'atteinte à l'intégrité physique qu'il justifie par son caractère médical. Il dispose, en son alinéa premier, qu' « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Il peut être donc porter atteinte à l'intégrité du corps humain dans un but de soins personnels ou dans un but de protection de la santé publique. En tout état de cause, l'alinéa second précise 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* ». Le législateur justifie donc l'atteinte à l'intégrité physique par le recueil du consentement de la personne.

La recherche du consentement nous renvoie inéluctablement au droit des contrats et au droit des conventions. Parmi ces « conventions médicales », qui justifie la qualité de « chose » du corps humain ou de ses éléments et produits, existe de manière exclusive lorsqu'il s'agit de « *l'intérêt thérapeutique d'autrui* », le don.

Pour le professeur Pascal Puig, le don est un « contrat unilatéral » se composant d'une « intention libérale » du donateur et d'une « élément matériel » constitué « par un appauvrissement du disposant et un enrichissement corrélatif du gratifié »⁶⁰³. Cette définition confirme que le corps humain, malgré le fait qu'il puisse être qualifié de « chose » demeure une « chose » spécifique qui ne peut être considérée comme étant identique à l'ensemble des biens du faisant partie du commerce juridique. Si l'intention libérale doit demeurer par la recherche du consentement, l'élément matériel n'a pas vocation à appauvrir le donneur ou même enrichir le destinataire du don mais simplement lui permettre de recouvrer un handicap ou une affection. Le don d'organes, de produits du corps humain s'apparente manifestement au don du droit des contrats spéciaux par l'intention libérale mais s'en écarte par la notion d'appauvrissement ou d'enrichissement dans la mesure où ces « choses » n'ont aucune valeur patrimoniale et n'ont donc aucune vocation à constituer un actif ou un passif dans les patrimoines respectifs des parties. Il s'agit donc d'une « convention médicale » pour laquelle l'extra patrimonialisation constitue un principe auquel on ne peut déroger.

1) Le don d'organes une intention libérale nécessairement confirmée

Selon les dispositions du Code de la santé publique, notamment l'article L. 1231-1, la libéralité consentie est soumise à l'entretien de liens étroits entre le donneur et le

⁶⁰³ P. Puig, « *Contrats spéciaux* », Baume-les-Dames, Dalloz, Collection Hypercours, 2^{ème} édition, 2007, p.63.

receveur dudit organe. Si les personnes privilégiées par l'alinéa premier sont les pères et mères du receveur, par exception, l'intention libérale peut émaner d'un ensemble de personnes identifiées par l'alinéa second. Il s'agit du « conjoint » du receveur, « ses frères ou ses sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ». L'article établit donc une hiérarchie entre l'ensemble des personnes pouvant procéder à l'intention libérale. Cette énumération et juxtaposition n'émane d'aucun bon sens et, dans un souci de clarification, nous pourrions alléger l'alinéa second de l'article L. 1231-1 en disposant que toute personne qui apporte la preuve d'une relation affective « étroite et stable depuis au moins deux ans » peut concourir à formuler son intention de don.

Reste que par souci de compatibilité, l'ensemble de ces personnes peuvent ne pas suffire pour procéder à la transplantation. La loi du 7 juillet 2011 a donc ouvert la possibilité de procéder à « un don croisé ». L'alinéa 3 dudit article organise ce procédé qui « consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre du don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté ».

Finis « œil pour œil et dent pour dent » désormais il s'agit de « rein pour foie et foi en rien ». Cette pratique peut effectivement être décriée dans la mesure où il ne s'agit plus d'un don d'organes mais d'un véritable échange entre personnes qui trouvent et conditionnent leur volonté à la réception d'un intérêt. Si les organes demeurent pécuniairement désintéressés, l'échange d'organes constitue les prémices d'une évolution. Finie la pure intention libérale fondée sur le souci thérapeutique d'autrui et désormais place au « troc » d'organes. La « synallagmaticité » de l'opération engendre une disqualification du don. Le don tel qu'il s'envisage de manière courante suppose qu'une partie s'oblige envers une autre, passive, qui accepte le transfert de la chose. La sauvegarde de la vie ou de la santé, qui sont pourtant des principes universels, tendent vers l'intéressement et une santé à deux vitesses. L'organe sera effectivement transplanté sous la condition que le donneur soit également receveur. Malgré la sauvegarde de l'anonymat, il aurait été dès lors préférable de prévoir le don anonyme ouvert à toute personne. Si le don et la volonté libérale pure peuvent sauvegarder la primauté des organes sur l'ensemble des choses courantes, l'échange fonde la valeur de l'organe et tend à sa banalisation.

En tout état de cause, l'intention libérale et le consentement du donneur est chose renforcée en matière de don d'organes. L'alinéa quatre de l'article prévoit qu'une

information complète est donnée au futur donneur, par un « *comité d'experts* » à propos des « *risques qu'il encourt, les conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé* ». Cette information complète a pour objectif de parfaire le consentement de la personne par l'établissement d'une procédure spécifique afin que l'intention libérale soit « *libre et éclairée* ».

L'expression du consentement doit s'établir « *devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues* » par les alinéas précédents. L'expression du consentement s'opère donc dans la forme la plus solennelle. L'amputation d'un organe nécessite effectivement que le consentement de la personne soit réellement « *libre et éclairé* ». Le magistrat s'assurera que ce dernier n'est pas vicié. L'atteinte à l'intégrité physique que représente le don d'organes justifie que de telles exigences de formes soient prescrites. Afin de préserver cette protection du consentement, le prélèvement d'organes ne peut être effectué sur un mineur ou sur un majeur protégé.

En ce qui concerne la personne décédée, il s'agit d'un consentement inversé. Effectivement tant que la personne n'a pas fait connaître son opposition à un tel prélèvement de son vivant, alors ce dernier reste possible. L'article L. 1232-1 CSP prévoit néanmoins que l'entourage de la personne décédée doit être consultée afin de recueillir son avis. Pour les mineurs décédés ou les majeurs incapables décédés, les personnes exerçant l'autorité parentale ou le tuteur doivent spécialement consentir par écrit à une telle pratique.

Le don d'organes est donc soumis à la recherche d'un consentement spécial. Ce consentement, contrairement aux soins traditionnels est nécessairement requis afin que soit pratiquée la transplantation d'organes. La recherche de ce consentement traduit l'intention libérale nécessaire au don, dans un premier temps, mais justifie l'ampleur et la gravité que cela peut représenter. Il s'agit d'une atteinte grave à l'intégrité physique qui ne pourrait être admise dans les situations de droit commun. Elle reste néanmoins justifiée par son caractère thérapeutique et la perspective de concourir à la protection de la santé et la sauvegarde de la vie des individus. Dès lors, la pratique du don d'organe justifie la préservation d'impératifs fondamentaux. Le « *don croisé* » reste néanmoins critiquable en ce qu'il institue un « *échange de bons procédés* » tendant à donner une valeur quantifiable de l'organe. Si cela ne concerne pas encore la patrimonialisation des éléments du corps humain, cela constitue les prémices de cette tendance que ne devrait pas voir le jour dans l'intérêt du respect de la personne humaine, de son intégrité physique mais également de sa dignité. Il est éventuellement préférable d'ouvrir pleinement le don d'organes fondé sur la pure intention libérale plutôt que d'envisager la technique du « *don croisé* ». A partir du moment où le don reste fondé sur l'anonymat du donneur et du receveur et sur l'interdiction de toute rémunération, qu'il s'agisse d'un parent ou d'un étranger, le principe de la pure intention libérale est respecté ainsi que le désintéressement.

Ce principe de gratuité et de respect de l'intention libérale fait l'objet de dispositions pénales. En effets, l'article L. 1272-1 CSP dispose que « *Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ». L'alinéa second dispose que le fait de servir d'intermédiaire en vue d'un tel procédé est puni de la même peine. Il est alors possible que, dans les prétoires certaines plaidoiries s'inspirent de cette disposition pour assimiler l'échange d'organes à une certaine forme de paiement.

En ce qui concerne le consentement, l'article L. 1272-2 CSP dispose que « *Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues* » par la loi « *est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* ». Même si la recherche du consentement tel que prévu en matière de don d'organes se justifie par la pratique elle-même, un tel respect du consentement sans nécessairement prévoir des conditions de forme aussi drastiques peut se justifier à l'ensemble des pratiques médicales qui constituent également des atteintes à l'intégrité physique.

2) Le don des autres éléments du corps humain

En ce qui concerne le sang, son prélèvement et son don répond aux mêmes principes que pour le prélèvement d'organes. En effet, selon l'article L. 1271-6 CSP « *La divulgation d'informations permettant d'identifier à la fois le donneur et le receveur de sang, en violation de l'article L. 1221-7, est punie d'un an d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* ».

Il s'agit effectivement d'un don et toute forme de paiement en contrepartie d'un prélèvement est puni de « *cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* » selon l'article L. 1271-3 CSP.

En ce qui concerne le consentement, ce dernier doit également être spécifiquement recherché. L'article L.1271-2, alinéa premier, dispose que « *Le fait de prélever ou de tenter de prélever du sang sur une personne vivante sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ».

En ce qui concerne le prélèvement et la collecte d'autres produits du corps humain en vue d'un don, la personne s'y soumettant bénéficie de certaines garanties. Par exemple, pour le prélèvement des « *cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui...* » ou encore pour le prélèvement « *de cellules hématopoïétiques du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta ne peut être effectué qu'à des fins scientifiques ou thérapeutiques, en vue d'un don anonyme et gratuit, et à la condition que la femme, durant sa grossesse, ait*

donné son consentement par écrit au prélèvement et à l'utilisation de ces cellules, après avoir reçu une information sur les finalités de cette utilisation. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment tant que le prélèvement n'est pas intervenu. Par dérogation, le don peut être dédié à l'enfant né ou aux frères et sœurs de cet enfant en cas de nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement ».

En ce qui concerne les gamètes, le don reste également encadré. Pour donner ses spermatozoïdes ou ses ovocytes il est nécessaire d'avoir « *procréé* » ou être majeur. Selon l'article L. 1244-2 CSP le seul consentement du donneur ne suffit pas si ce dernier est en couple. Il est nécessaire que l'autre membre du couple consente également à cette procédure. Ce consentement mutuel doit être formalisé par écrit et peut être révoqué à tout moment « *jusqu'à l'utilisation des gamètes* ».

Le don est par essence un acte altruiste. Il est nécessaire à la survie, à la sauvegarde de la santé des individus. Ces impératifs ont conduit le législateur à intervenir dans le domaine dudit don. Il est nécessaire que ce dernier soit strictement encadré afin d'éviter les dérives. Si la « convention de don » d'éléments ou produits du corps humain justifie l'atteinte potentielle portée au corps humain par la sauvegarde d'impératifs fondamentaux, il est en outre nécessaire que ces pratiques respectent des principes directeurs. D'une part, il est indispensable et d'ordre public que la gratuité demeure, que le don ne se transforme en vente. Si l'échange existe aujourd'hui avec le « don croisé » d'organes et qu'il peut constituer une certaine forme de « paiement non pécuniaire » il doit demeurer la seule exception à ce principe.

La gratuité implique également l'anonymat des personnes qui donnent ou reçoivent les éléments ou produits du corps humain et ce afin d'éviter toute pression de la part du donneur ou toute forme de reconnaissance de ce dernier. Du côté du receveur, cela empêche également le ressenti d'un sentiment de culpabilité ou de reconnaissance éternelle. L'anonymat conservé, il devrait déboucher sur un élargissement absolu des donneurs potentiels et non plus se limiter au cercle des proches du receveur. Effectivement, la loi hollandaise permet ce type de don et multiplie alors les chances pour une personne de pouvoir recevoir un organe nécessaire à la sauvegarde de sa santé. Le don purement altruiste et injustifié devrait être consacré.

Enfin, le consentement de la personne est d'une absolue nécessité. En matière de don d'organes, ou de cellules hématopoïétiques, le recueil du consentement fait l'objet d'une particulière vigilance de la part des autorités judiciaires. Il doit être libre afin de pouvoir parler de « libéralité » mais il doit également être éclairé. En outre, ledit consentement devrait être généralisé à l'ensemble des pratiques médicales hormis lorsque l'urgence, l'impossibilité ou d'autres éléments relevant de la force majeure l'exige. Aucun traitement entraînant une atteinte à l'intégrité physique ne devrait être imposé par la loi. L'intégrité physique, si désormais elle peut être qualifiée de « chose », ne demeure pas moins une « chose sacrée ». Sa sacralisation liée à son inhérence avec la personne humaine et le respect de chaque individu ne connaît des limites qu'en matière médicale. Effectivement, si le Code pénal et la loi répressive sont attentifs à sa protection

et sa préservation, c'est au prix de l'édiction d'un principe fondamental. La matière médicale relative et connexe à la sauvegarde d'autres impératifs fondamentaux tels que la protection de la santé ou de la vie exige qu'il puisse être porté atteinte à l'intégrité physique dans une certaine mesure.

C) La « fondamentalisation » du respect du corps humain, une reconnaissance indirecte

Qu'il s'agisse de la Constitution française et de l'ensemble de ses textes ou de la Convention européenne des droits de l'homme, la reconnaissance et la protection de l'intégrité physique n'est qu'indirecte. Nous ne pouvons malheureusement pas parler de droit fondamental « autonome », pour l'heure. Le Conseil constitutionnel qui refuse d'accorder une valeur constitutionnelle propre à la protection du corps humain (1), tout comme la Cour européenne des droits de l'Homme (2) qui, tous deux, se fondent sur d'autres fondements *supra* législatifs pour reconnaître une telle protection.

1) La reconnaissance par le biais de la dignité humaine ou de la protection de l'ordre public

Dans sa décision du 27 juillet 1994⁶⁰⁴, le Conseil constitutionnel rappelle que l'ensemble des dispositions des premières lois de bioéthiques ne méconnaissent pas le principe de la dignité humaine. Il opère un rattachement des principes tendant à la protection de la personne et du corps humain au principe constitutionnel de la dignité humaine. Malgré l'absence de base textuelle, il va considérer que « *lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». La reconnaissance de ces principes comme étant des droits fondamentaux est donc nulle. En effet, en reconnaissant ces principes comme contribuant au respect de la dignité humaine, qui a valeur constitutionnelle, cela revient à dire qu'il est impossible qu'une loi ou qu'une norme de valeur inférieure puisse contrevenir à la protection de la personne humaine et de son intégrité physique. D'ailleurs, il cite et juxtapose explicitement l'ensemble des principes relatifs à la protection de l'intégrité physique de la personne comme contribuant à la composition d'un droit fondamental plus général.

Pour Guylène Nicolas, maître de conférence « l'un des apports essentiels des textes de 1994 est la création de la catégorie juridique du corps humain dans le Code civil... »⁶⁰⁵. En effet, le corps humain dispose, désormais, d'une assise juridique importante permettant de considérer les principes relatifs à sa protection comme de

⁶⁰⁴ Conseil constitutionnel n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁶⁰⁵ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 127.

véritables « libertés publiques ». Elle considère ainsi que « le droit au respect du corps humain relève ainsi des droits de la personnalité, ce qui entraîne son inaccessibilité, son insaisissabilité et son imprescriptibilité, critères propres à cette catégorie »⁶⁰⁶. Ainsi, en tant que droit de la personnalité, les droits relatifs à la protection du corps humain répondent d'un régime similaire à celui des « droits subjectifs » qui imposent une abstention de la part des tiers de lui porter atteinte. Il est dès lors impossible pour les personnes de pouvoir attenter à l'intégrité physique d'autrui.

Sont-ils pour autant des droits fondamentaux ? La note du professeur Mathieu à propos de la décision de 1994 est, elle, empreinte de doute⁶⁰⁷. Ainsi, il considère que l'ensemble des principes relatifs à la protection de la personne ainsi que son intégrité physique, malgré leur rattachement à la dignité humaine, sont de « valeur incertaine ». Il va d'abord estimer que ces principes sont « jugés » comme étant « fondamentaux » par le « législateur »⁶⁰⁸. Néanmoins, le législateur reste incompetent pour « juger » de la « fondamentalité » d'un droit, ce dernier relevant de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel ou du constituant en droit interne. Nul doute alors que le professeur Bernard Mathieu voulut démontrer le caractère impérieux de telles dispositions qui, de par leur essence, s'imposent aux autres règles et recouvrent un caractère impératif. Alors, il est possible que dans une « conciliation législative », les règles impliquant la protection du corps humain priment toute autre considération. L'auteur ajoute que « le Conseil constitutionnel ne leur reconnaît pas expressément valeur constitutionnelle »⁶⁰⁹. Il sera alors difficile de les considérer comme étant des droits fondamentaux à proprement parler. Il en conclut que « la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à l'intégrité de l'espèce de l'humanité serait surprenante alors que le Conseil constitutionnel affirme que la protection du patrimoine génétique de l'humanité n'est consacré par aucun principe ou disposition constitutionnelle »⁶¹⁰. La qualification de droit fondamental à la protection du corps humain paraît alors difficile. Nous concluons plus loin sur ce point, mais nous pouvons d'emblée signaler que la valeur juridique de tels principes est relative.

Pourtant, d'autres éléments permettent également de rattacher cette notion de respect de l'intégrité physique aux droits fondamentaux, du moins à des principes de valeur constitutionnelle. Effectivement, s'il manque clairement de base textuelle explicite, ce principe peut bénéficier d'un rattachement à d'autres impératifs fondamentaux tels que le respect de l'ordre public.

D'une part car l'article 16-9 du Code civil dispose que les dispositions relatives à la protection du corps humain et de la personne « *sont d'ordre public* » tout en sachant que l'ordre public constitue un impératif de nature constitutionnelle. Le Conseil a

⁶⁰⁶ *Ibidem*. p. 128.

⁶⁰⁷ B. Mathieu, « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *Dalloz* 1995, p. 237.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

effectivement admis dans sa décision « *Maitrise de l'immigration* »⁶¹¹ que la « *sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* ». Dès lors cela pourrait signifier que la protection du corps humain et de son intégrité constitue également un « *objectif de valeur constitutionnelle* ». Ce même ordre public qui n'est pas absent de la Constitution, du moins du bloc de constitutionnalité avec sa référence à l'article 10 de la Déclaration de 1789. L'article dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par Loi* ». Cet article, outre le fait de simplement citer cette notion, en détermine la fonction. Elle recouvre une fonction régulatrice des droits fondamentaux. A cette fin, l'ordre public qui peut être constitué par un ensemble de règles de valeur éparses (effectivement, nous pouvons considérer que l'utilisation de l'expression « *Loi* » renvoie à une acception large de cette notion et donc à la prise en compte d'un ensemble de règles de valeurs diverses) constitue bel et bien un « *objectif de valeur constitutionnelle* ». De ce fait, le professeur Nathalie Jacquinet considère que cette notion d'ordre public représente tous les degrés de normes juridiques. Elle déclare que « Les lois constitutionnelles constituent à part entière une des sources de l'ordre public, à côté des lois ordinaires ou organiques, des règlements ainsi que de la jurisprudence, des coutumes et, en droit social, des conventions collectives »⁶¹². Néanmoins, toutes les valeurs protégées par la notion d'ordre public sont-elles fondamentales ? Nous pouvons considérer que non. Il serait ainsi difficile de considérer comme fondamental le droit à la sécurité, à la salubrité ou à la tranquillité ainsi que toutes les législations s'inspirant de ce droit. Ce ne sont pas des droits fondamentaux autonomes. En réalité, cette notion d'ordre public, sur laquelle nous reviendrons longuement, ne fait qu'absorber des valeurs qui, sans cette première, seraient, pour la plupart, négligées par le législateur, l'administration ou encore les individus. De ce fait, cette notion de valeur constitutionnelle permet de mieux considérer certaines valeurs, sans qu'elles ne puissent être qualifiées, chacune, de droit fondamental.

Autre indice du rattachement des principes relatifs au corps humain à la protection de l'ordre public, il s'agit de l'ensemble de la législation pénale relative à la protection de la personne et de son corps humain. Nous l'avons déjà énoncé, l'ensemble de la législation pénale, qui comme nous le verrons est d'ordre public, consacre tout une partie à la protection de l'intégrité physique de l'individu.

2) La reconnaissance par le biais de la dignité humaine et de la vie privée

Dans la mesure où nous reviendrons sur ces notions de dignité et de vie privée, nous nous contenterons d'établir un rattachement de ces principes à celui de la protection de l'intégrité physique qui n'est, à l'image du droit constitutionnel, pas directement reconnu par la Convention européenne. Pourtant, ladite Convention, dispose d'un article pouvant aisément être considéré comme norme de référence à la

⁶¹¹ Conseil constitutionnel n°93-325 DC du 13 août 1993 « *Maitrise de l'immigration* ».

⁶¹² N. Jacquinet, « *Ordre public et Constitution* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, du 09 décembre 2000, p. 89.

protection de l'intégrité physique de l'individu. Il s'agit de l'article 3 qui considère que « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Effectivement, la torture ou le traitement dégradant implique nécessairement une atteinte à l'intégrité physique.

Seulement, la Cour se refuse une application de l'article 3 systématique à toutes les atteintes corporelles et pour cause, cet article semble plus se rattacher à la protection de la dignité que de la « simple » atteinte à la protection corporelle. Des raisons essentielles ressortent de ce raisonnement.

Premièrement, la protection de l'enveloppe charnelle semble, d'une manière générale, être convenablement prise en considération par les législations pénales nationales. Les loi répressives des Etats font rejaillir cet intérêt, cette préoccupation.

Deuxièmement, la Convention, consacrant les droits fondamentaux conventionnellement reconnus, tend à s'appliquer de « manière verticale ». Ainsi comme le reconnaît le professeur Achim Seifert « la mission initiale des droits fondamentaux fut et reste toujours la protection de l'individu vis-à-vis du pouvoir étatique »⁶¹³. De ce fait, les atteintes à l'intégrité physiques prévues par les textes *supra* législatifs ont seulement vocation à protéger l'individu de méfaits en général plutôt rares, ou dans des domaines bien particuliers (comme la santé ou les conditions carcérales) où les personnes sont particulièrement exposées à ce genre d'atteinte, des situations qui positionnent l'individu dans une situation de particulière vulnérabilité face à l'administration. La logique est alors de considérer que la seule atteinte à l'intégrité corporelle ne suffit pas à invoquer l'article 3 de la Convention, sachant que les dispositions pénales internes se suffisent, a priori, d'elles-mêmes. L'intervention de la Cour européenne se cantonnera alors à constater que la législation des Etats est suffisante pour assurer une telle protection, tout comme l'appareil judiciaire.

Ainsi, la Cour considéra que « *pour tomber sous le coup de l'article 3 les mauvais traitements doivent atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire, telles que la durée du traitement ou ses effets physiques ou psychologiques et, dans certain cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. Lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3* »⁶¹⁴.

Dans son arrêt de Grande Chambre du 04 juillet 2006⁶¹⁵, la CEDH définit ces notions de traitements « *inhumains* » et « *dégradants* ». Concernant la première notion, la Cour rappelle que le traitement « inhumain » implique nécessairement une violente souffrance de la personne. Cette dernière doit être la conséquence d'un traitement donné et peut concerner tant l'aspect physique que psychique. Pour le traitement

⁶¹³ A. Seifert, « L'effet horizontal des droits fondamentaux », RTD Eur. 2012, p. 801.

⁶¹⁴ CEDH n°33343/96 du 3 juin 2003, « *Affaire Pantea c/ Roumanie* ».

⁶¹⁵ CEDH n°59450/00 du 04 juillet 2006, « *Affaire Ramirez Sanchez c/ France* ».

« dégradant », il s'agit d'une certaine soumission de la personne. Elle déclare que pour qualifier un tel acte, ce dernier « doit être de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir »⁶¹⁶.

Il s'agit donc de deux conditions cumulatives qui ont toujours été exigées par la Cour européenne afin de retenir l'article 3 de la Convention. Cette disposition tend donc plus à protéger le respect de la dignité humaine que la simple atteinte à l'intégrité physique même si ces notions sont intimement liées. Depuis le départ, la jurisprudence de la Cour européenne considère donc que même si la finalité de l'article 3 et de préserver l'individu contre toute atteinte physique, notamment dans l'arrêt « *Tomasi c/ France* » du 27 août 1992 où elle affirme que les conditions d'une garde à vue ne « sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne », la seule atteinte physique ne saurait être concernée par l'article 3.

Les magistrats européens procèdent donc à une véritable analyse *in concreto* de l'espèce. Les éléments pour retenir la violation de l'article 3 CEDH dépendront de chaque cas. Les magistrats devront prendre en compte les paramètres physiques mais également psychologiques de l'individu soumis à de telles atteintes. Il sera nécessaire de déceler les deux conditions cumulatives permettant de retenir ledit article. Une telle disposition pourrait-elle s'appliquer en matière de contrainte médicale ? Si cela fût déjà le cas, notamment en matière de refus d'accès à l'interruption volontaire de grossesse⁶¹⁷, il demeure néanmoins difficile d'admettre une pareille solution lorsque les soins prodigués sont consciencieux et permettent de sauver la vie de la personne.

Dès lors, la Cour européenne considère que « lorsqu'une mesure ne relève pas des traitements interdits par l'article 3, elle peut malgré tout tomber sous le coup de l'article 8 de la Convention qui prévoit notamment la protection de l'intégrité physique et morale sous l'angle de la vie privée »⁶¹⁸. La protection de l'intégrité physique peut alors être garantie par un droit connexe et d'acception large comme l'est l'article 8 de la CEDH relatif à la protection de la vie privée⁶¹⁹.

En conclusion, nous pourrions citer le professeur Louis Favoreu, pour qui il ne s'agit pourtant pas de droits fondamentaux mais de « principes sentinelles »⁶²⁰ qui constituent une « alerte constitutionnelle ». Effectivement si le Conseil constitutionnel ou la CEDH ne consacrent pas directement les principes de la protection du corps humain, il n'en demeure pas moins qu'une reconnaissance existe en les considérant comme des garanties nécessaires et indispensables à des principes et valeurs supérieurs. Dire que les principes liés à la protection du corps humains sont des principes fondamentaux serait peut-être un raccourci rapide même s'ils en présentent

⁶¹⁶ *Ibidem*.

⁶¹⁷ Nous avons déjà évoqué cette espèce dans notre première partie en ce qui concerne le droit à l'interruption de grossesse devant la CEDH.

⁶¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme n°12350/04 du 26 septembre 2006, « *Affaire Wainwright c/ Royaume-Uni* ».

⁶¹⁹ Nous traitons de cette possibilité dans le paragraphe suivant.

⁶²⁰ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, Collection Précis, 2012, p.168.

les aspects. Ils constituent néanmoins des principes d'ordre public dont la violation s'avèrerait *de facto* être une atteinte au principe de la dignité humaine ou de la vie privée. A cet égard, ils sont impérieux.

Paragraphe 2 : La protection de la vie privée au secours de la protection de l'intégrité physique et du consentement du patient sous l'impulsion de la Cour européenne

La Cour européenne a donné une nouvelle base de protection à l'intégrité physique de la personne en ce qui concerne le respect de la vie privée. Néanmoins, en droit interne, la notion de respect de la vie privée n'englobe pas nécessairement la protection de l'intégrité physique de la personne. Au sens traditionnel du terme la législation française s'attache plus à la protection des choix de vie de la personne plutôt (A) que des atteintes corporelles *stricto sensu* (B).

A) La vision traditionnelle du droit au respect de la vie privée en droit interne et comparé

1) Une notion plurielle mais limitée aux préjudices moraux selon le droit français

Pour le professeur Bernard Beignier⁶²¹, il s'agit d'un droit de la « personnalité » qui recouvre plusieurs horizons et plusieurs acceptions. Néanmoins pour ce dernier « qui trop embrasse, mal embrasse », c'est à dire qu'à vouloir étendre son application, la protection de la vie privée tend à négliger l'ensemble des droits qui résident sous son égide.

L'article 9⁶²² du Code civil dispose que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ». La rédaction de l'article implique que ce dernier constitue un impératif auquel nul ne peut porter atteinte. L'alinéa second dispose que « *Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ».

Ce dernier alinéa dispose qu'en somme, le respect de la vie privée s'assimile à la préservation du corps humain vis-à-vis de toute « *atteinte à l'intimité* » de la personne. Dans cette optique, même si le droit interne ne l'envisage pas, les atteintes à l'intégrité corporelle pouvaient largement être envisagées sous cet angle dans la mesure où le corps humain constitue une sphère inviolable, un périmètre privilégié de la personnalité et de la personne dont le consentement est strictement nécessaire afin d'éviter toute violation.

⁶²¹ B. Beignier, in « *Libertés et droits fondamentaux* », Lonrai, Dalloz, CRFPA, 2009, p.189.

⁶²² Article 9 du Code civil issu de la loi n°70-589 du 17 juillet 1970 « *tendant à renforcer la garantie des droits individuel des citoyens* ».

La loi répressive, une fois de plus, dans son optique de la légalité des délits et des peines, est plus précise que la loi civile et décrit l'ensemble des infractions pouvant caractériser « *une atteinte à l'intimité de la vie privée* ». Les articles 226-1 et suivants du Code pénal décrivent un ensemble de comportements portant atteinte au respect de la vie privée. Il s'agit premièrement de la « *captation* » ou « *l'enregistrement* », la « *transmission des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* », cela concerne également l'utilisation et l'atteinte portée à « *l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* », ou encore la manipulation de données confidentielles, « *la captation de données informatiques* », la violation du domicile, « *l'usurpation d'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération* », l'expulsion d'une personne de son domicile ou de sa résidence. L'atteinte à la vie privée recouvre un ensemble de faits mais ne semble pas concerner les atteintes corporelles. Il s'agit donc de la vision traditionaliste de la vie privée. Cela signifie donc que la protection de la vie privée qui relève « des droits de la personnalité » ne concerne que les atteintes à l'intégrité morale et psychique de l'individu. Ainsi, elle se différencie de la conception extensive des droits de la personnalité telle que retenue par l'article 3 du Code civil québécois selon lequel « *Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée* ». Cette conception moderne des droits de la personnalité est assimilable à celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme.

Néanmoins, nous pouvons nous poser la question de savoir quelle est la valeur de ce droit au respect de la vie privée qui n'apparaît pas directement dans la Constitution française contrairement à de nombreuses Constitutions étrangères. La décision de 1993, « *Maitrise de l'immigration* », ne suffira pas à établir une véritable consécration du respect de la vie privée⁶²³. En effet, le Conseil constitutionnel disposa que « *les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que cette disposition méconnaît le principe d'égalité entre nationaux et étrangers et porte atteinte au respect de la vie privée qui, selon eux, constituerait un principe de valeur constitutionnelle* ». Pouvons-nous déduire de cette décision une véritable consécration constitutionnelle du droit au respect de la vie privée ?

Pour le professeur Marthe Fatin-Rouge, il est nécessaire de s'appuyer sur d'autres décisions du Conseil constitutionnel pour révéler l'existence d'un tel droit dans « les plus hautes sphères » de l'ordre juridique français⁶²⁴. Pour elle, il est nécessaire de rechercher un ancrage dans les jurisprudences du 12 janvier 1977⁶²⁵ et celle du 18 janvier 1995⁶²⁶.

⁶²³ Conseil constitutionnel n°93-325 DC du 13 août 1993 « *Maitrise de l'immigration* ».

⁶²⁴ M. Fatin-Rouge, « Le droit au respect de la vie privée », Dalloz 2000, p. 423.

⁶²⁵ Conseil constitutionnel, n°76-75 DC du 12 janvier 1977, « *Fouilles des véhicules* ».

⁶²⁶ Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18 janvier 1995, « *Vidéo surveillance* ».

Dans la première de ces décisions, il n'est fait pourtant aucune référence explicite au principe du respect de la vie privée. Elle ne peut alors se déduire que de la loi objet de la saisine autorisant la fouille des véhicules sur la voie publique par les forces de l'ordre, fouilles qui portent alors nécessairement atteinte à la vie privée, par une intrusion. Alors le Conseil constitutionnel va estimer que de telles pratiques, en dehors de situations exceptionnelles, étaient contraires à l'article 66 de la Constitution et donc aux libertés individuelles. Cette décision fait alors ressortir l'attachement du droit au respect de la vie privée aux libertés individuelles. Une conception extensive desdites libertés qui n'est plus aux goûts du jour.

La seconde décision soulevée par le professeur Fatin-Rouge est bien plus démonstrative. En effet, dans cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel va clairement affirmer que « *la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* ». Le lien entre les deux notions est donc établi mais semble conditionné. La syntaxe de la décision laisse présager que n'est porter atteinte à la liberté individuelle que lorsque la violation du droit au respect de la vie privée atteint une certaine gravité. Cette conception sera confirmée dans la décision du 22 avril 1997⁶²⁷. En accord avec l'auteur soulevons l'inconvénient du rattachement de la vie privée à la liberté individuelle par l'exclusive compétence du juge judiciaire en la matière. Comme nous l'avons préalablement développé, le juge administratif se trouve alors exclu de toute compétence en matière de vie privée en raison de la conception extensive de la notion de liberté individuelle. Ces jurisprudences permettent donc de considérer le respect de la vie privée comme un droit constitutionnel, cependant le fondement juridique d'un tel droit demeure insatisfaisant jusqu'à la décision du 23 juillet 1999⁶²⁸. Le professeur Fatin-Rouge considère que dans cette jurisprudence le Conseil procède à une « clarification »⁶²⁹. Nous pouvons considérer que cela va bien au-delà de la seule clarification, mais véritable retournement de jurisprudence. En effet, alors rattaché à l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère désormais que le principe de respect de la vie privée doit se fonder sur l'article 2 de la Déclaration de 1789. Le Conseil transvase alors la vie privée de la liberté individuelle à la liberté personnelle. Comme l'auteur, nous considéreront que ce changement de fondement relève de l'évidence afin que le juge administratif soit compétent en cette matière. Notamment, lorsqu'un litige concerne la CNIL le juge administratif est, selon l'auteur, « compétent en dernier ressort »⁶³⁰.

Ainsi, nous pouvons considérer que le droit à la vie privée est véritablement un droit fondamental qui se rattache à l'article 2 de la DDHC, au même titre par exemple que le droit de recourir à l'IVG, et qui ne dispose, en revanche, d'aucun fondement propre contrairement à certaines constitutions étrangères. L'inconvénient, comme le

⁶²⁷ Conseil constitutionnel, n°97-389 DC du 22 avril 1997, « *Certificats d'hébergement* ».

⁶²⁸ Conseil constitutionnel, n°99-416 DC du 23 juillet 1999, « *Couverture maladie universelle* ».

⁶²⁹ M. Fatin-Rouge, « Le droit au respect de la vie privée », *op. cit.*

⁶³⁰ *Ibidem.*

soulève Madame Fatin-Rouge⁶³¹, c'est que le rattachement de ce droit à la « liberté » constitue une extension trop large susceptible de toutes les interprétations. Si cela peut être un inconvénient, nous pouvons également estimer ce rattachement comme une opportunité de faire évoluer la notion de vie privée au sens de la CEDH comme nous verrons juste après.

2) La constitutionnalisation étrangère du respect de la vie privée

Si la Loi fondamentale allemande ne consacre pas directement le principe du respect de la vie privée, elle énonce des principes qui s'y affèrent et qui s'en inspirent. Par exemple, l'article 10 de la loi fondamentale prévoit que « *Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables* » et l'article 13 dispose que « *Le domicile est inviolable* ». Ces deux dispositions relatives au respect de la vie privée et de l'intimité de la personne constituent une consécration indirecte du principe par le constituant allemand. Néanmoins, nul doute que toutes atteintes au principe du respect de la vie privée assimilable à la violation de la correspondance ou du domicile constituera une atteinte à l'intimité de la personne. Contrairement à la France, la Constitution allemande dispose d'une référence indirecte au respect de la vie privée.

Sur la même logique, la Constitution espagnole n'invoque pas directement la notion de droit au respect de la vie privée mais prévoit la protection du domicile et des communications tout comme le droit au respect « de l'intimité de la personne ». Ainsi, l'article 18, alinéa premier, de la Constitution dispose que « *Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image est garanti à chacun* ». La Constitution espagnole est donc plus fournie que la Loi fondamentale allemande. D'une part car elle invoque les mêmes protections telles que la protection du domicile ou des correspondances de la personne mais elle reprend les mêmes garanties que la loi française et fait directement référence à « *l'honneur* » ou « *l'intimité de la personne* ». D'autre part, elle aspire à s'appliquer dans une conception large et comprenant le respect de la vie privée « *familiale* » et intègre directement « le droit à l'image », composante indispensable du respect de la vie privée.

Néanmoins, ces deux Constitutions gardent la conception traditionaliste du respect de la vie privée selon laquelle cette notion ne concerne pas les atteintes à l'intégrité physique dans la mesure où la préservation de l'intégrité physique est garantie par un article différent en l'article 15 de la Constitution espagnole.

La Constitution portugaise fait, quant à elle, expressément référence à la notion de « *vie privée* » qui est d'ailleurs parsemée au long dudit texte. Tout d'abord, l'article 26, alinéa premier qui dispose que « *Toute personne a droit à son identité individuelle, au développement de sa personnalité, à la capacité civile, à la citoyenneté, à l'honneur et à la*

⁶³¹ *Ibidem*.

réputation, à l'image, à l'expression, au respect de l'intimité de sa vie privée et familiale et à la protection légale contre toute forme de discrimination ». Comme la définissait le professeur Beignier⁶³², le respect de la vie privée semble être considéré par la Constitution portugaise comme étant un droit constituant la liberté personnelle et dont l'atteinte constitue une atteinte à l'intégrité morale de la personne. Elle retient donc une acception traditionnaliste de la notion de protection de la vie privée.

Néanmoins, l'article 32, alinéa 8, de la Constitution portugaise sème le doute sur ces dernières considérations. En effet, alors que la notion de vie privée est également invoquée, elle est juxtaposée à l'énoncé de principes tendant à la protection de l'intégrité physique. Ainsi, l'article 8 dispose que « *Sont nulles toutes les preuves obtenues sous la torture, par la contrainte ou par une atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, par une immixtion abusive dans la vie privée, ou par une violation du domicile, de la correspondance ou des télécommunications* ». Cette considération est largement tempérée par l'ajout des notions de violation du domicile ou de la correspondance qui ne constituent nullement une atteinte à l'intégrité physique de la personne. Une dernière mention au principe de respect de la vie privée est faite par l'article 35, alinéa 3 selon lequel « *L'informatique ne peut être utilisée pour le traitement de données relatives (...) à la vie privée* ».

Enfin, la Constitution suisse du 18 avril 1999 consacre pleinement le respect et la « *Protection de la sphère privée* » en son article 13 selon lequel « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications* ». L'article ajoute que « *Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent* ». Si à la différence des Constitutions précédentes, la Constitution suisse fait expressément référence à la protection de la vie privée et ne se contente pas de simplement mentionner cette notion ou de la déduire des dispositions spécifiques qu'elle contient, elle semble néanmoins conserver cette vision traditionnelle de la vie privée qui implique une atteinte morale de la personne. La violation de l'intégrité physique ne peut alors concerner une atteinte à l'intégrité corporelle de la personne comme l'entend la Cour européenne des droits de l'homme.

3) Le respect de la vie privée, la vision traditionnaliste consacrée par la jurisprudence interne et la double conception de la notion

On ne compte plus le nombre de jurisprudences rendues par les juridictions ordinaires à propos du principe du respect de la vie privée. On peut néanmoins en citer une rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui est une référence en la matière, où elle a considéré que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté*

⁶³² B. Beignier, in « *Libertés et droits fondamentaux* », *op. cit.*, p.189.

fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »⁶³³. Pour la Cour de cassation, il ne fait aucun doute que la notion de respect de la vie privée constitue une « *liberté fondamentale* ».

Pourquoi alors se fonder sur l'article 8 de la CEDH ? Pourtant, comme nous l'avons vu antérieurement, la jurisprudence le Conseil constitutionnel avait reconnu la valeur constitutionnelle du principe du respect de la vie privée. Dans sa décision de 1995⁶³⁴ précitée où il considère que « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile ; que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* » ou en 1999⁶³⁵, lorsqu'il réaffirme son attachement au respect de la vie privée en considérant qu' « *aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée* ». Le Conseil constitutionnel confirmera cette décision la même année dans une autre décision⁶³⁶.

Alors, quid de l'effectivité du droit constitutionnel au respect de la vie privée dans la jurisprudence des juridictions ordinaires ? Notons que le Conseil constitutionnel, après avoir divergé sur le fondement d'un tel droit, a pu susciter une hésitation auprès des juges sur la teneur et la véracité du fondement. Ce dernier privilégiant alors un fondement stable.

Dès lors, il est nécessaire de présenter le droit au respect de la vie privée comme étant un « un droit fondamental » reconnu de manière indirecte par la Constitution, notamment par son rattachement à l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 mais également à l'article 8 CEDH. Véritable droit subjectif comme nous pouvions l'imaginer au préalable, il s'agit en réalité d'une véritable liberté personnelle fondée sur l'article 2 de la DDHC. La conception traditionaliste de la vie privée qui tend à protéger l'individu d'un préjudice moral contre la divulgation des informations relevant de la sphère privée est alors privilégiée. La protection de la santé est alors un droit subjectif qui pare aux atteintes des tiers.

⁶³³ Cour de Cassation, Chambre sociale du 2 octobre 2001, n°99-42.942, « *Nikon* ».

⁶³⁴ Conseil constitutionnel n°94-352 DC du 18 janvier 1995.

⁶³⁵ Conseil constitutionnel n°99-416 DC du 23 juillet 1999.

⁶³⁶ Conseil constitutionnel n°99-419 DC du 9 novembre 1999.

Pourtant, la notion de vie privée recouvre deux acceptions. Au-delà de la vision traditionaliste préalablement évoquée, elle admet une vision « libertaire » permettant à l'individu d'agir selon ses convictions. Pour Madame le professeur Agathe Lepage⁶³⁷ « Le droit au respect de la vie privée est un droit de contrôle sur les informations relatives à la privée qui permet à l'individu de s'abriter derrière le secret de sa vie privée » alors que « La liberté de la vie privée, elle, se ramène à des « possibilités d'actions (...) infinies », qui constituent des phénomènes de non-droit ». Madame Nicolas, Maître de conférence, considère ainsi que « La protection de la vie privée permet ainsi une liberté d'usage de son corps »⁶³⁸.

Le respect de la vie privée constitue donc un véritable droit dont la violation impliquerait *de facto* un préjudice indemnisable devant les juridictions. Nous pensons ainsi à l'information médicale qui est « secrète » et dont la divulgation par un tiers constitue une faute. D'un autre côté, la vie privée constitue une véritable liberté pour l'individu d'organiser sa vie comme il l'entend. Par exemple, la libre pratique de relations sexuelles moralement et physiquement dommageables mais alors consenties et qui doivent rester secrètes⁶³⁹ constitue une liberté accrue des individus dans la sphère privée.

La notion de respect de la vie privée, se fondant sur l'article 2 de la DDHC se caractérise donc par cette double-conception qui consacre en premier la liberté personnelle découlant du droit subjectif, liée à la possibilité de l'individu d'accomplir un ensemble d'actes d'après son intime volonté et sur le droit subjectif, *stricto sensu*, de la préservation de l'intimité de la personne, du secret dont les atteintes peuvent donner lieu à réparation ainsi qu'à la mise en place de mesures conservatoires de manière urgente devant le juge des référés.

En droit médical, les deux conceptions du respect de la vie privée pourraient être reconnues. En ce qui concerne l'aspect « libertaire » de la vie privée, nous pourrions considérer qu'il s'agit de l'expression du refus de soins qui relève véritablement de l'expression de son « intime » volonté. Ainsi, comme nous le verrons plus loin, cette conception n'est pas reconnue par les juridictions françaises mais seulement par la Cour européenne des droits de l'homme. La deuxième conception de la vie privée se fondant sur la violation d'un droit, est quant à lui envisageable devant les juridictions françaises en matière sanitaire en ce qui concerne le « secret médical ». Les juridictions françaises se fondent alors sur cette seule conception pour indemniser la personne d'un préjudice qui ne peut être que moral.

⁶³⁷ A. Lepage, « Personnalité (Droits de la) », Répertoire de Droit civil, Dalloz, septembre 2009.

⁶³⁸ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 129.

⁶³⁹ Cour européenne des droits de l'homme n°42758/98 et n°45558/99 du 6 juillet 2005, « *Affaire K.A et A.D c/ Belgique* ».

4) La vie privée en matière sanitaire en France, l'exemple du « secret médical »

L'état de santé de la personne, outre l'aspect physiologique, constitue tout un ensemble d'informations faisant partie de la sphère privée. En effet, alors que le droit au respect de la vie privée repose sur l'inviolabilité d'un ensemble d'informations, l'état de santé de la personne se trouve sacralisé et spécifiquement promu par la loi pénale et le Code de la santé publique. La santé est affaire personnelle dont l'ignorance par les tiers est constitutif du respect de cette dernière. Afin d'éviter les sentiments de pitié dont peut faire l'objet la personne malade ou la qualification de cette dernière comme étant une personne « handicapée », il est nécessaire que cet état de santé relève de la sphère privée. Ainsi, longtemps envisagé par le Code de déontologie médicale, le médecin qui se retrouve dépositaire de l'information sur l'état de santé du patient se doit de respecter le silence de la personne.

Le Code pénal a repris cette exigence de manière à la considérer d'« ordre public » et dont la violation est illégale. L'article 226-13 du Code pénal dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Nul doute que le médecin soit alors concerné par cette obligation pénale selon laquelle tout professionnel de santé, quel que soit son statut est soumis à une obligation de ne pas divulguer l'état de santé de la personne, du patient. Pour le professeur Mireille Bacache-Gibeili⁶⁴⁰, il en va de la garantie de la « confiance, indispensable à la relation de soins ». Comme l'avance l'auteur, la pénalisation du droit au secret et donc du droit au respect de la vie privée est affaire de société, constitue un impératif dont la violation nécessite *de facto* une sanction.

Le Code de la santé publique a lui aussi intégré une norme concernant ledit droit au secret médical. L'article L. 1110-4 CSP dispose en son alinéa premier que « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ». Cette transcription dans le Code de la santé soulève le fait que la préservation du secret est affaire de la société dans son ensemble mais concerne également de manière plus particulière les intérêts de la personne et ses droits subjectifs. Ainsi, la confirmation par l'article de la connexité entre les notions de vie privée et secret médical nous conduit à considérer que la violation de ce dernier entraîne la violation du principe constitutionnel relatif à la préservation de la vie privée fondée sur l'article 2 DDHC. Effectivement, si le secret médical découle du respect de la vie privée, une violation du premier entraîne automatiquement une violation du second qui est constitutionnellement garanti.

⁶⁴⁰ M. Bacache-Gibeili, « Le secret médical partagé », La Gazette du Palais du 30 décembre 2008, n°365, p.44.

En ce qui concerne la jurisprudence, la CEDH⁶⁴¹ a considéré que la violation du secret médical portait nécessairement atteinte à l'article 8 de la Convention. La Cour considère effectivement que « *Constitue une violation de la vie privée la divulgation d'informations confidentielles sur la santé mentale d'une personne lors d'une audience publique* ». Ainsi, nous pouvons constater qu'outre la conception « libertaire » de la vie privée qui est exclusive à la jurisprudence européenne, cette dernière envisage les deux conceptions de la vie privée.

a) La vie privée et le secret médical devant le juge administratif

Relevant de l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1999, étant considérée comme une liberté personnelle, le respect de la vie privée fait désormais l'objet d'une protection du juge judiciaire ou du juge administratif. Pour exemple, dans un arrêt du Conseil d'Etat du 18 février 2015⁶⁴², le juge a considéré que la législation relative à la fouille des cellules d'un détenu, ne méconnaît pas le principe de la « *vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen...* ».

Dans un arrêt du 15 octobre 2014⁶⁴³, le Conseil d'Etat a considéré que la réglementation du traitement automatisé des données médicales constituait une atteinte au secret médical et à la protection de la vie privée mais qui était néanmoins proportionnée à l'objectif poursuivi. Si l'atteinte est justifiée par le Conseil d'Etat, il n'en demeure pas moins que ce dernier reconnaît véritablement l'existence d'un tel droit. Le Conseil d'Etat avait-il attendu la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour se prononcer sur le secret médical ou encore le respect de la vie privée ? Nullement, nous pouvons noter que dans une décision du 06 février 1980 il s'était déjà exprimé sur ces deux notions, justifiant son intervention, non pas sur la Constitution mais sur la Convention européenne⁶⁴⁴. Désormais, comme nous avons pu le constater, le juge administratif dispose des deux fondements pour justifier ses décisions concernant le respect de la vie privée à l'image de son homologue de l'ordre judiciaire.

b) La vie privée et le secret médical devant le juge judiciaire

Concernant l'ordre judiciaire, la deuxième Chambre civile a considéré que le fait d'entrer de manière délibérée dans la chambre d'une patiente sans y être spécialement autorisé afin d'avoir accès à diverses informations sur la santé de la personne constitue une violation du secret professionnel. Malgré la cassation pour défaut de preuve, la Cour ne semble pas dénaturer le principe dégagé par la Cour d'appel de Bourges selon lequel « *les agissements de Demoiselle X... constituait un abus d'une gravité certaine dès l'instant*

⁶⁴¹ Cour européenne des droits de l'homme du 29 juin 2006, n°11901/02, « *Affaire Panteleyenko c/ Ukraine* ».

⁶⁴² Conseil d'Etat, Sixième et Première sous-sections réunies, du 18 février 2015, n°375765.

⁶⁴³ Conseil d'Etat, Dixième et Neuvième sous-sections réunies, du 15 novembre 2014, n°358876.

⁶⁴⁴ Conseil d'Etat, Quatrième et Première sous-sections réunies, du 06 février 1980, n°09870.

qu'ils portaient violation, à la fois, d'un secret professionnel légalement protégé et d'un secret de la vie privée »⁶⁴⁵.

La première Chambre civile a également considéré que le respect du secret médical et corrélativement du respect de la vie privée ne pouvait être atteint lorsque la personne concernée était décédée. Ainsi, la Cour estime que le livre rédigé par le médecin personnel du Président de la République, François Mitterrand, sur sa maladie après que ce dernier soit décédé ne constitue pas une atteinte à sa vie privée ou au secret professionnel. La Cour déclare ainsi que « *le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit...* »⁶⁴⁶. Outre la portée concernant la violation du secret médical qui ne peut être établi lorsque la personne est décédée, la Cour de cassation nous rappelle que la protection de la vie privée à laquelle appartient celle du secret professionnel, constitue un droit strictement personnel, un droit subjectif dont seule la personne concernée est titulaire d'une action tendant à l'indemnisation d'une violation de ce principe.

En ce qui concerne la Chambre sociale, elle a considéré que le principe du secret médical et de la protection de la vie privée était opposable à l'employeur. Elle déclare que « *le dossier médical d'un salarié, couvert par le secret médical qui s'impose au médecin qui le tient, ne peut en aucun cas être communiqué à son employeur qui ne peut, dès lors, se voir reprocher une absence de transmission d'informations tirées de ce dossier...* »⁶⁴⁷. L'employeur n'est pas à même de connaître les informations concernant la santé de ses salariés. Le secret médical et le respect de la vie privée lui sont opposables comme l'avait déjà préconisé la Chambre sociale dans l'arrêt « *Nikon* » précité.

En ce qui concerne la nature des informations, il s'agit de l'ensemble des données que les tiers ignorent. Cela paraît anecdotique, néanmoins il ne peut être porté atteinte au secret médical concernant l'information connue d'un tiers. Ainsi, la Chambre criminelle considéra que « *pour débouter Nicole X..., épouse Y..., de ses demandes de réparation, l'arrêt relève que Michaël Z... n'a pas tenté d'obtenir auprès du médecin d'autres informations médicales que celles déjà portées à sa connaissance par l'époux de la partie civile et qui n'étaient donc plus couvertes par le secret* »⁶⁴⁸. Ainsi, nous pouvons considérer que l'atteinte au secret médical est une infraction matérielle qui nécessite la production d'un résultat, d'un dommage afin de pouvoir être retenue.

Enfin, la qualité de médecin, tiers à la relation médicale, n'outrepasse pas le secret médical entre le patient et le médecin traitant ou chargé du patient, dépositaires exclusifs du secret médical. La Cour de cassation a ainsi admis que « *les médecins contrôleurs qui ont réalisé des photocopies des dossiers médicaux contrôlés sans recueillir au préalable l'accord des médecins en charge de ces dossiers, et qu'ils n'ont pas davantage*

⁶⁴⁵ Cour de Cassation, Deuxième chambre civile du 15 juin 1972, n°71-11.304.

⁶⁴⁶ Cour de Cassation, Première chambre civile du 14 décembre 1999, n°97-15.756.

⁶⁴⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale du 10 juillet 2002, 00-40.209.

⁶⁴⁸ Cour de cassation, Chambre criminelle du 8 décembre 2009, n°09-81.783.

informé l'établissement de la réalisation de ces photocopies (...), la photocopie d'éléments issus du dossier médical doit être réalisée en accord avec le médecin responsable du patient ; que cet accord ne peut être qu'exprès ou à tout le moins revêtir une formalisation, s'agissant du respect de la vie privée, et ce eu égard au respect des règles de déontologie médicale ; que cette absence d'accord formalisé fait nécessairement grief au regard des dispositions de l'article 114 du code de procédure civile, compte tenu de l'enquête diligentée sur le site de la requérante en charge des patients... »⁶⁴⁹.

Si le droit au respect de la vie privée est une notion large, plurielle, elle ne se borne en droit interne qu'à la protection de l'intégrité morale de l'individu. La Cour de cassation contrôle toute atteinte à l'honneur ou à l'intimité de la personne. Véritable droit de la personnalité dont seule la « victime » peut demander réparation. Son rapport avec le droit de la santé est inéluctable car la protection du secret médical fait partie intégrante de cette notion de « vie privée ». Véritable atteinte à l'intimité de la personne, la violation du secret médical constitue donc une infraction pénale et, plus particulièrement, un trouble dans la relation médicale, dans la relation de confiance qu'entretient la personne, le malade avec le professionnel de santé.

Néanmoins, tant la loi que la jurisprudence maintiennent cette vision traditionnaliste du respect de la vie privée. Une vision selon laquelle ladite notion ne se compose que de droits subjectifs ou de libertés dont la violation porte nécessairement atteinte à l'intégrité psychique, morale de la personne. Néanmoins, dans la mesure où l'article 9 du Code civil dispose que le respect de la vie privée est corrélatif au respect de l'intimité de la personne cette notion pourrait être développée dans les prétoires. Si l'intimité concerne évidemment tout sentiment selon lequel la personne se sent opprimée, dont l'honneur a été bafoué par l'immixtion d'un tiers dans une « sphère privée » alors l'atteinte à l'intégrité physique peut dès lors être considérée comme impudique et moteur d'une violation de la vie privée. La vie privée s'entend bien évidemment de l'ensemble des données relatives à la personne et dont cette dernière souhaite préserver de la connaissance du plus grand nombre. La vie privée concerne également la « liberté quotidienne » de la personne, sa relation maritale, son orientation sexuelle tout autant que son adresse de domicile, les éléments contenus dans les correspondances de ladite personne, les éléments et documents se trouvant dans son domicile qui constitue la réification de la vie privée, la limite physique à partir de laquelle la personne dispose d'une liberté totale. En cela, au-delà de constituer un simple droit subjectif *stricto sensu*, la notion de vie privée constitue une véritable liberté personnelle de la personne qui découle du droit subjectif du respect de la vie privée pris sous son appellation générale qui se fonde tous sur l'article 2 de la DDHC selon le Conseil constitutionnel. La vie privée concerne également par une vision moderniste et par la jurisprudence de la CEDH toute atteinte à l'intégrité physique.

⁶⁴⁹ Cour de cassation, Deuxième chambre civile du 3 avril 2014, n°13-16.228.

B) La vision moderne du respect de « la vie privée » et le respect des atteintes à l'intégrité physique

Au niveau du droit européen, la Convention consacre évidemment des normes concernant la protection du corps humain. Néanmoins ces protections sont spécifiques, précises et ne concernent pas seulement la « simple » atteinte à l'intégrité physique. Effectivement, si l'article 3 et l'article 4 de la Convention préservent l'Homme de toute atteinte *via* « la torture » ou « l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé » il ne s'agit nullement de dispositions protégeant le corps humain de simples atteintes, du moins des atteintes les plus courantes dont peut faire l'objet la personne lors d'une pratique de soins sans son consentement ou contre son consentement. Evoqué préalablement, la Cour européenne a dégagé une jurisprudence constante depuis un certain temps concernant l'applicabilité de l'article 3 de la Convention. Elle rappelle une nouvelle fois, le 4 novembre 2014⁶⁵⁰ que « *pour tomber sous le coup de l'interdiction contenue à l'article 3, le traitement doit présenter un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets psychiques et mentaux ainsi que, parfois du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* ».

Une simple atteinte à l'intégrité physique de la personne ne suffit donc pas à se fonder sur l'article 3 de la Convention. Cette violation de l'intégrité de la personne doit s'accompagner de souffrances psychiques et physiques de nature importante. En ce qui concerne l'article 4 de la Convention, il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique bien particulière car il s'agit du « travail forcé » ou de l'« esclavage ». L'atteinte à l'intégrité du corps de la personne n'est donc pas entendue de la même manière qu'une violation ordinaire telle que la blessure de la personne ou le coup qui peut lui être porté.

C'est donc sous l'angle d'un autre article que la Cour européenne fonde sa jurisprudence relative aux atteintes à l'intégrité physique dès lors que ces dernières n'entrent pas dans le cadre de l'article 3 ou de l'article 4 de la Convention. Effectivement, elle se fonde sur une disposition qui, dans l'optique traditionnelle, ne correspond pas aux dommages physiques causés à la personne mais davantage à un préjudice moral. Il s'agit de l'atteinte à la vie privée de la personne fondée sur l'article 8 de la Convention. Selon le paragraphe premier dudit article « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Cette disposition n'a, a priori, aucun lien avec les atteintes qui peuvent être portées à l'intégrité de la personne. S'il est vrai, comme nous l'avons énoncé que le corps fait partie de l'intimité de la personne, alors nous pouvons considérer que porter atteinte audit corps est constitutif d'une atteinte au respect de la vie privée de la personne.

⁶⁵⁰ CEDH n°29217/12 du 4 novembre 2014, « *Affaire Tarakhel c/ Suisse* ».

1) Les atteintes à l'intégrité physique, violation du respect de la vie privée de la personne d'une manière générale

La Cour européenne a débuté sa ligne de conduite de manière implicite. Effectivement, dans un arrêt de 1985⁶⁵¹, elle va considérer qu'une législation est insuffisante de manière à garantir le droit des personnes à pouvoir entamer des poursuites lorsqu'elles sont incapables et victimes de crimes. Ainsi, la Cour a jugé que la législation néerlandaise n'était pas en mesure de protéger activement et de manière satisfaisante « les valeurs fondamentales défendues » en empêchant une mineure incapable ou son représentant légal d'intenter une action au pénal pour le crime de viol. Ainsi, « *il en va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question* ». La Cour considère qu'en l'espèce, la mineure incapable qui a été entraînée par un adulte à avoir une relation sexuelle avec ce dernier constitue une atteinte à la vie privée. Effectivement, il ne peut y avoir d'atteinte plus caractérisée à la vie privée que celle du viol ou de l'abus de faiblesse d'une personne afin d'obtenir ses faveurs. Il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique qui, pour la Cour, constitue une atteinte caractérisée à la protection de la vie privée. Il s'agit du point de départ de la jurisprudence de la Cour européenne qui tendra vers une reconnaissance accrue de la protection de l'intégrité physique au visa de l'article 8 de la Convention.

Dans un arrêt de 2006⁶⁵², la Cour européenne déclare explicitement le lien qu'il existe entre le respect dû au corps humain et le principe de respect de la vie privée. Elle a ainsi considéré que « *la notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne. L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. La sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée....* ». Il s'agissait donc en l'espèce de la volonté d'une personne d'établir un lien de filiation avec son présumé père biologique devant les juridictions turques. La Cour européenne avait donc à confronter deux principes que sont le droit à connaître ses origines et le droit à la protection de l'intégrité physique dans la mesure où le père supposé de l'enfant refusait de se soumettre à l'exercice d'un test ADN. Les juges européens rappellent que « *l'enfant* » a « *un intérêt vital à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* » mais également qu'« *un système qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se soumettre à des tests ADN peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. Pour cela, l'intérêt de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doit être*

⁶⁵¹ CEDH n°8978/80 du 26 mars 1985, « *Affaire X et Y c/ Pays-Bas* ».

⁶⁵² CEDH n°60176/00 du 30 mai 2006, « *Affaire Ebru et Tayfun Engin Çolak c/ Turquie* ».

défendu lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. Le principe de proportionnalité exige que le système en question tire les conséquences du refus du père prétendu et statue rapidement sur l'action en recherche de paternité... ». Si le respect du droit à la vie privée est entendu par la Cour européenne comme la préservation de toute ingérence des autorités dans la sphère privée des personnes cela évoque donc la protection dudit droit dans son aspect vertical. Ainsi, ni le législateur, ni aucun autre pouvoir public ne peut contraindre une personne à recourir à une pratique qui porterait atteinte à son corps humain.

La Cour estime⁶⁵³, dans un nouvel arrêt, que s'il existe une « marge d'appréciation » aux Etats concernant la mise en place de leur législation et donc un pouvoir de contrevenir aux dispositions de la Convention, cette atteinte et cette « *marge d'appréciation* » sont à géométrie variable selon le droit concerné. Ainsi, la Cour reconnaît que concernant les « *politiques sociales ou économiques* », les Etats disposent d'une « *grande latitude* », d'une plus grande autonomie. A l'inverse, « *la marge d'appréciation* » est « *d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus* ». L'ingérence effectuée par les Etats doit donc être justifiée par d'impérieux motifs selon l'article 8, paragraphe 2 de la Convention.

De ce fait, si désormais le respect de la vie privée est considéré comme un droit fondamental en droit interne par extension et par affirmation du Conseil constitutionnel, il ne fait aucun doute que ledit droit peut également être considéré comme fondamental en raison de sa conventionalité. L'intérêt pour le justiciable de se fonder sur l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH devant les juridictions françaises réside en le fait de pouvoir invoquer cet article en raison d'une atteinte à l'intégrité physique telle que le fait la Cour européenne. Cette considération tendrait, d'autre part, à étendre et élargir l'acception traditionnelle de la notion de « vie privée » en France, qui pour l'instant se cantonne aux préjudices moraux.

2) La notion de vie privée et la pratique des soins sans le consentement de la personne devant la CEDH

Si la pratique médicale non consentie peut alors constituer une atteinte à la vie privée (a), elle peut néanmoins est justifiée par d'impérieux motifs (b).

a) *L'atteinte à la vie privée par la pratique non consentie des soins*

Le processus de reconnaissance de la violation de l'article 8 sur le fondement de la pratique de soins sans le consentement de la personne ne fût pas spontané. En effet,

⁶⁵³ CEDH n°19522/09 du 18 avril 2013, « *Affaire M.K c/ France* ».

dans l'arrêt « Roche »⁶⁵⁴, alors qu'une personne se livra à des tests médicaux, ainsi qu'à des expériences médicales alors tout en étant « attachée », la Cour ne retient la violation de l'article 8 qu'au motif que l'information concernant l'état de santé du requérant faisait défaut, qu'elle ne lui a pas été délivrée. Or, le fait d'être attaché sur une chaise lors desdites expériences constitue vraisemblablement une violation du consentement de la personne. Même si cette dernière fût consentante au départ, le fait d'être ligotée porte atteinte à son droit de révocation, pouvant être exprimé à tout instant. Ainsi, le préjudice physique relevant de l'expérimentation ne pouvait être atténué par l'interruption volontaire des examens en cours. La Cour aurait dû considérer que la violation du consentement entraînant une atteinte à l'intégrité physique de la personne constitue une atteinte au respect de la vie privée. Chose qu'elle n'a pas clairement établie, même si l'information suppose, comme nous l'avons vu en première partie, le consentement de la personne.

En 2013⁶⁵⁵, la Cour considéra que l'internement d'une patiente sans son consentement est constitutif d'une atteinte à sa vie privée. Ainsi, alors que l'internement d'office suppose une contrainte physique, premièrement, lorsque la personne est menée à l'établissement de soins mais qu'il perdure, secondement, autant que la personne y est maintenue. La Cour retient qu'« *En dépit de la bonne volonté des autorités, mise en avant par le Gouvernement, la Cour considère que les dispositions du droit régissant les internements psychiatriques et la protection des personnes se trouvant dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts n'ont pas été appliquées à la requérante dans l'esprit de son droit au respect de la vie privée...* ».

Néanmoins, la Cour européenne ne fait pas de cette règle, un principe général et absolu. Elle a effectivement considéré⁶⁵⁶ dans un arrêt du 07 octobre 2008 qu'elle était « *prête à accepter, compte tenu des circonstances de l'espèce, que l'article 127 du décret-loi n°265/79 du 1^{er} août 1979, lequel établit les règles d'exécution des mesures privatives de liberté, pouvait fournir une base légale suffisante à l'intervention en cause. Le requérant se trouvait en effet détenu et dans la nécessité de recevoir des soins afin d'éviter un risque grave pour sa vie ou sa santé. Enfin, le fait que l'intéressé se trouvait détenu, pour des raisons liées à son état de santé, dans un hôpital civil et non pas dans un établissement pénitentiaire, ne semble pas faire obstacle à l'applicabilité de cette disposition...* » Ainsi, la Cour exige qu'un contrôle de proportionnalité soit exécuté par les juridictions afin de savoir si la privation des libertés et notamment celle relative à la vie privée est justifiée par des impératifs supérieurs que sont par exemple le droit à la vie ou le droit à la santé.

En tout état de cause la CEDH, confirme la position qu'elle avait dans des jurisprudences antérieures selon laquelle « *l'intervention médicale effectuée contre la volonté d'une personne s'analyse en une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, et*

⁶⁵⁴ CEDH n°32555/96 du 19 octobre 2005, « *Affaire Roche c/ Royaume-Uni* ».

⁶⁵⁵ CEDH n°1285/03 du 19 février 2013, « *Affaire B. c/ Roumanie* ».

⁶⁵⁶ CEDH n°35228/03 du 07 octobre 2008, « *Affaire Bogumil c/ Portugal* ».

plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique »⁶⁵⁷. Néanmoins, cette règle n'entraîne pas la violation de l'article 8 lorsqu'elle est « *prévue par la loi* » et qu'elle « *poursuit un ou plusieurs buts légitimes* », notamment concernant le droit à la vie et le droit à la santé qui en est sous-jacent.

En ce qui concerne le mineur, le devoir de consentir aux soins appartient au responsable légal, au titulaire de l'autorité parentale. C'est ce qui ressort de l'arrêt « *Glass c/ Royaume-Uni* ». Ainsi, il a été considéré que « *la décision d'imposer un traitement à David Glass malgré les protestations de sa mère s'analyse en une atteinte au droit premier au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique* »⁶⁵⁸. Lorsque la personne ne revêt pas le degré de maturité nécessaire à la prise de décision, le tiers dont l'intervention est prévue par la loi, éventuellement par une convention, bénéficie du droit de consentir pour un autrui. En l'occurrence, en ce qu'il concerne les mineurs, plus précisément les enfants, le respect de la vie privée de la personne et la protection de son intégrité physique est garantie par l'intervention du responsable légal.

La Cour européenne démontre donc que la pratique médicale sans consentement constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée. La mise en place d'une telle jurisprudence constitue une véritable avancée en comparaison de la jurisprudence nationale. Alors que devant les juridictions françaises, le défaut de consentement constitue, tout au plus, une violation de l'intégrité physique qui n'est pas un droit fondamental, devant les juges de Strasbourg, la pratique non-consentie des soins entraîne, en principe, une violation de l'article 8 de la Convention. En principe seulement, car la Cour rappelle que cette ingérence peut être justifiée par d'impérieux motifs.

b) La justification de la « contrainte médicale » et de l'ingérence par le respect de principes impérieux

L'article 8, paragraphe 2 de la Convention prévoit que des ingérences peuvent avoir lieu lorsqu'elles sont justifiées par des motifs impérieux. L'article dispose qu'« *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Outre les motifs impérieux cités par l'article 8, §2, l'article exige que l'ingérence soit prévue par la loi et soit, « *dans une société démocratique* », « *nécessaire* ». La Cour s'attache donc à contrôler que l'ingérence ne soit pas arbitraire mais prévue par la loi.

⁶⁵⁷ CEDH n°34806/04 du 03 juillet 2012, « *Affaire X. c/ Finlande* ».

⁶⁵⁸ CEDH n°61827/00 du 9 mars 2004, « *Affaire Glass c/ Royaume-Uni* ».

En ce qui concerne la loi, dans l'arrêt précité « *Affaire X. c/ Finlande* », du 03 juillet 2012, la Cour opère un véritable contrôle de l'existence de la loi, de son accessibilité par l'ensemble des citoyens. Lorsqu'une disposition légale constitue une ingérence au droit du respect de la vie privée, la Cour déclare qu'il est nécessaire que « *la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit* ». Ainsi, outre l'existence de la loi, elle doit être nécessairement accessible à la personne afin d'en prendre connaissance et ainsi pouvoir mesurer « *les conséquences* » et les garanties de la situation dans laquelle elle se trouve et alors échapper à l'arbitraire d'une autorité publique. Ainsi, en l'espèce, le fait que la décision d'administration de médicament ne relevait que d'une volonté des médecins, sans garantie pouvant prétendre à la sauvegarde du consentement de la personne, notamment au travers de l'inexistence d'un recours juridictionnel possible, la qualité de la loi n'était pas suffisante pour prétendre constituer une ingérence nécessaire et prévue par la loi.

La Cour doit ensuite vérifier que la loi constituant l'ingérence constitue un « but légitime » et qu'elle est « nécessaire dans une société démocratique ». Il s'agit alors d'une analyse plus subjective que celle de l'existence de l'ingérence par la loi. Ainsi, dans une espèce qui ne concerne pas spécialement le droit au consentement médical, la Cour a considéré que le non-renouvellement d'un contrat d'enseignement catholique, contracté par un prêtre marié et père, dont le régime est prévu par la loi et dont la décision appartient au diocèse poursuit un but légitime au regard de l'« *autonomie quant au choix des personnes habilitées à enseigner la doctrine religieuse* »⁶⁵⁹. Le but légitime est donc le fruit d'une analyse subjective opérée par la Cour qui met en balance le droit au respect de la vie privée avec l'ingérence qui lui porte atteinte et détermine si cette dernière poursuit un but légitime.

Dans la même espèce, la Cour rappelle qu'il est nécessaire, selon l'article 8, §2, que l'ingérence soit nécessaire. A ce titre, elle affirme que « *lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur un conflit entre deux droits également protégés par la Convention, il lui faut effectuer une mise en balance des intérêts en jeu (...)L'Etat se doit de garantir ces deux droits et, si la projection de l'un conduit à une atteinte à l'autre, de choisir les moyens adéquats pour rendre cette atteinte proportionnée au but poursuivi* ». C'est donc dans cette optique que les Etats dispose d'une « *marge d'appréciation* » plus ou moins ample selon les droits concernés afin de vérifier si l'atteinte est proportionnée. Il est alors nécessaire que l'atteinte ne soit pas substantielle et vide le droit atteint de toute sa portée. Elle conclut en disposant que « *s'il appartient aux autorités nationales de juger les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention. Il faut reconnaître à cet égard une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales compétentes, l'étendue de cette marge est variable et dépend d'un*

⁶⁵⁹ Cour européenne des droits de l'Homme n°56030/07 du 12 juin 2014, « *Affaire Fernandez Martinez c/ Espagne* ».

certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. Cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus ».

En ce qui concerne le droit de la santé, nous nous retournerons vers l'arrêt « *X c/ Finlande* » du 03 juillet 2012, la Cour a effectivement considéré que si la contrainte médicale était contraire à l'article 8 de la CEDH, elle pouvait cependant être tolérée lorsqu'elle est prévue par la loi et lorsqu'elle poursuit un but légitime comme la préservation de la santé ou encore de la vie. Nous constatons donc que malgré le mal que nous nous donnons à trouver une solution, une issue de secours pour le droit subjectif à la santé, l'acceptation « droit-créance » d'une telle valeur refait sans cesse surface afin de strictement limiter la première conception citée.

Nous pouvons alors constaté que la conception subjective du droit à la santé, qui correspond au respect du consentement de la personne, est reconnue par la Cour européenne à travers le droit au respect de la vie privée. Si cette notion empêche à ce que l'on porte atteinte à la santé d'autrui par la contrainte, c'est qu'elle reconnaît l'aspect « libertaire » que cette conception recouvre. Néanmoins, s'oppose à ce nécessaire consentement la préservation du droit à la santé, dans sa conception « droit contraignant » et, *in fine*, du droit à la vie qui constituent, tous deux, selon la Cour européenne, des impératifs à sauvegarder par les lois nationales. Dès lors, nul doute qu'une ingérence sous l'égide de ces principes doit exister et subsister car ils constituent un rempart contre un total libéralisme et une totale banalisation de la vie de la personne. Néanmoins, cette ingérence doit préserver un minimum de liberté de la personne et donc également être limitée. Il ne peut exister de droit au respect de la vie privée ou au respect de l'intégrité physique si le pouvoir de l'administration médicale était totale. Dans l'arrêt « *Pretty* »⁶⁶⁰, la Cour considère qu' « *En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* ». Selon la Cour européenne, le rempart contre la contrainte médicale se trouve alors dans l'existence d'un consentement médical. Ce consentement doit cependant recouvrir une certaine valeur, une certaine force qui ne peut être obtenu, en la matière, qu'avec une réitération de la volonté. Une volonté exprimée par une personne capable, mature et déterminée. Ainsi, si nous nous fions à cette décisions, le majeur incapable ne pourrait pas revendiquer une telle liberté, tout comme le mineur.

⁶⁶⁰ CEDH n°2346/02 du 29 avril 2002, « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* ».

La Cour européenne reconnaît en cet arrêt « *Pretty* » l'autonomie de la personne dans les relations médicales et consacre, en même temps, le droit au refus de soins. Alors quelle perspectives pouvons nous envisager en France à l'issue de cette décision ? Déjà nous pouvons constater que la loi du 04 mars 2002 est venu renforcer cette vision d'un droit au consentement fort, pouvant même mener à la mort du patient qui refuse les soins. C'est ainsi que l'article L. 1111-4 CSP reconnaît le droit pour la personne d'exprimer son refus aux soins, même si ce dernier a pour conséquence d'entraîner la mort. Cet article qui prévoit l'intervention du médecin pour informer la personne des conséquences de ses choix caricature l'intérêt que le législateur doit avoir pour la sauvegarde de la santé de la personne ou de sa vie. Ainsi, cette intervention pourra certainement faire changer d'avis la personne. En ce qui concerne la personne qui s'oppose aux soins, nous avons pu constater par l'analyse de la jurisprudence française, tant sur le plan judiciaire, qu'administratif, que le refus de soins est fortement limité. Il d'abord limité par l'urgence et l'obligation de soins consciencieux du médecin mais également par l'intervention possible de l'autorité judiciaire pour outrepasser le refus de soins. L'ensemble du droit français semble alors plus contraignant que celui émanant de la jurisprudence de la Cour européenne.

Nous constatons alors que le droit à la protection du corps humain ou du respect de la vie privée, sont des principes connexes, du moins pour la CEDH. De ce fait, il semble intelligent, comme nous l'avons évoqué, de fonder toute action en justice pour l'indemnisation d'une contrainte médicale, d'invoquer l'article 8 de la CEDH, et d'en démontrer sa portée par l'établissement de la jurisprudence de la Cour, notamment de l'arrêt « *Pretty* ». Cela permettra alors à la personne d'être indemnisée pour la pratique de soins non-consentis ou alors de se faire entendre lors d'un référé-liberté. Effectivement, le respect de la vie privée étant une « *liberté fondamentale* » au sens de l'article L. 521-2 CJA depuis un arrêt du 25 octobre 2007⁶⁶¹ selon Olivier Le Bot⁶⁶², professeur. Il ne serait pas alors faux ou incongru de faire valoir devant le juge une telle conception de la vie privée afin de motiver la protection du consentement de la personne en matière médicale. A défaut de réussite, il sera alors toujours possible d'invoquer le principe du respect de la dignité humaine.

SECTION II - LA CONCEPTION PROTECTRICE DE LA DIGNITÉ HUMAINE AU SECOURS DU CONSENTEMENT DU PATIENT

La dignité humaine est une notion philosophique générale et abstraite que le droit s'est accaparé dans le but de préserver la nature humaine et placer l'Homme au centre, à la base de toutes les considérations politico-juridiques. Il s'agit d'un principe ancien à la consécration juridique moderne. Guylène Nicolas nous rappelle que « Thomas d'Aquin expose que la dignité de la personne humaine réside dans sa nature raisonnable : c'est

⁶⁶¹ Conseil d'Etat, Juge des référés du 25 octobre 2007, n°310125, « *Mme Y...* ».

⁶⁶² O. Le Bot, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », RFDA 2008, p. 328.

parce qu'il est raisonnable que l'homme s'appartient et à une volonté autonome »⁶⁶³. Ce concept qui suppose plusieurs facettes, dont seule celle garantissant la protection de l'homme contre les tiers sera envisagée ici, constitue un droit fondamental. Dès lors nous envisagerons d'une manière générale le principe de la dignité humaine, dans son acception protectrice contre les tiers (Paragraphe 1), avant d'appliquer ces considérations au domaine de la santé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La constitutionnalisation d'un principe moderne de dignité humaine

Il aura fallu attendre la décision du 27 juillet 1994⁶⁶⁴ et une initiative du Conseil constitutionnel afin que ce droit puisse entrer « en force » dans notre ordre juridique (B) fondamental alors que d'autres pays en font littéralement référence dans leur Constitution (A).

A) La mention expresse de la notion de dignité humaine dans les Constitutions étrangères

Nombreuses sont les Constitutions qui font expressément référence à cette notion de « dignité humaine ». Ainsi, la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 place en tête de sa Constitution ledit principe. L'article premier, alinéa 1, dispose que « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* ». Selon le professeur Champeil-Desplats « La Cour constitutionnelle allemande a rattaché à la dignité le droit au libre développement de la personnalité dans la limite où il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale, ainsi que les droits à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à l'inviolabilité de la liberté personnelle »⁶⁶⁵. Ainsi, nous constatons que la dignité humaine peut recouvrir un véritable droit de la personne, lui permettant un libre épanouissement. Selon l'énoncé constitutionnel ce principe ne souffrirait d'aucune exception, il est « *intangible* » et reflète donc la place de l'Homme comme étant la base de toutes considérations. Contrairement à ce que nous venons d'énoncer, la Cour fédérale allemande considère, elle, qu'il peut être limité dans des cas strictement énumérés par elle⁶⁶⁶.

Si l'article 7 de la Constitution suisse reste bref à l'égard dudit droit⁶⁶⁷ et ne semble donner autant de force à ce principe que la Constitution allemande, selon la syntaxe de ce texte, le principe de la dignité humaine ne semble être qu'un objectif à atteindre.

⁶⁶³ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », *op. cit.*, p. 177.

⁶⁶⁴ Conseil constitutionnel n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁶⁶⁵ V. Champeil-Desplats, « Dignité de la personne », *JurisClasseur Libertés*, du 11 septembre 2011, Fascicule n°540.

⁶⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁶⁷ Article 7 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse : « *La dignité humaine doit être respectée et protégée* ».

La Constitution espagnole, elle, détaille le principe en son article 10. Le constituant espagnol considère que « *La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* ». Cette disposition fait de la dignité humaine un principe central, le cœur de toutes considérations politico-juridiques. Cela reflète véritablement la caractéristique première de cette notion, son caractère abstrait. C'est pour cette raison qu'il ne peut exister d'exacte définition de la dignité humaine. Ainsi la Constitution espagnole consacre pleinement ce principe fondamental, ce qui ne l'empêche pas de tolérer des pratiques qui sont pourtant prohibées sur ce fondement en France alors qu'aucune référence textuelle ne peut être décelée. Ainsi, les conventions de mères porteuses sont prohibées en France mais pourtant légales en Espagne. Nous estimerons alors qu'il n'existe pas de définition objective de la dignité humaine, cette dernière est généralement sujette à des interprétations diverse.

D'autres Etats comme l'Italie consacrent cette notion avec une dénomination variante. Ainsi, l'article 3 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 évoque la « *dignité sociale* » des citoyens. Si dans le fond cette notion renvoie à la même réalité que celle de dignité humaine, elle semble néanmoins plus « réductrice » en ce qui concerne les « bénéficiaires » de cette garantie fondamentale. Alors que la notion de « dignité humaine » s'attache à la nature et à l'essence même de la personne qu'est sa qualité « humaine », la notion de « dignité sociale » s'attache à la qualité de personne qui compose la société, aux citoyens, et semble échapper aux personnes qui sont exclues du champ social. En outre, la Constitution italienne fait également référence à la dignité du travailleur dans son article 36 et à la « *dignité humaine* » dans son article 41.

Selon les principales Constitutions étrangères qui reconnaissent expressément le droit à la dignité humaine, nous pouvons considérer que ledit principe constitue un moteur de développement des droits de la personne. Effectivement, de nombreux droits de la personne trouvent leur fondement, leur propagation et leur garantie à travers cette notion de dignité humaine. Si elle constitue un moteur de propagation, cette notion constitue également un moteur de régulation des droits.

B) La constitutionnalisation française de la « dignité humaine »

A l'inverse des idées reçues, la France, berceau des Droits de l'Homme, ne consacre pas expressément cette notion de dignité humaine dans sa Constitution. Pourtant, un projet de Déclaration des Droits de l'Homme avait été soumis en 1946 pour accompagner la Constitution et consacrait expressément cette notion de dignité humaine. L'article 22 du projet disposait que « *Tout être humain possède, à l'égard de la société, des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral* », l'article 28 indiquait que « *Nul ne saurait être placé dans une situation d'infériorité (...) contraire à sa dignité* ». De cette disposition

découlent plusieurs conséquences concernant la dignité humaine. D'abord, le droit à la dignité humaine est inhérent à la personne humaine et nul ne peut en être dépourvu. Ce principe garantit donc, toujours selon cette disposition, l'ensemble des droits de la personnalité que sont la protection de l'intégrité physique ou morale, son autonomie. Aucun être ne doit voir sa nature humaine négligée de sorte à ne pas se trouver dans une situation d'infériorité. Pourtant, ce projet de nouvelle Constitution, garantissant la « textualisation » de la dignité humaine a essuyé un rejet.

Bien plus tard, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par George Vedel, proposait, le 16 février 1993⁶⁶⁸, d'intégrer les notions de dignité et de vie privée dans un nouvel article 66 qui disposerait que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. Chacun a droit au respect de la vie privée et de la dignité de sa personne* ». Une telle rédaction reste néanmoins inconvenable dans la mesure où son inscription dans l'article 66 l'assimilerait aux considérations selon lesquelles ledit article se trouve être le fondement des « libertés individuelles » dont le régime diffère réellement de celui de la « dignité humaine ». Une autre difficulté surgit par l'inscription d'un tel principe à l'article 66 de la Constitution, celle de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire en matière de dignité humaine. Alors que ce principe est opposable à l'ensemble des composantes de la société, le juge administratif doit nécessairement trouver compétence afin de déterminer les atteintes commises par l'administration à ce principe.

1) La difficulté d'obtenir une définition « opératoire » de la dignité humaine

Plus récemment, le Comité Veil⁶⁶⁹ a réfléchi sur l'utilité d'inscrire la notion de dignité humaine dans le Préambule de la Constitution de 1958. La première difficulté concernant cette intégration relève de l'existence ou plutôt de l'inexistence d'une définition dite « opératoire » nécessaire aux juristes afin d'en déterminer le régime et les droits qui en découlent.

a) La définition « incertaine » donnée par le Comité Veil

Le Comité, dans son rapport, faisait par exemple référence à la définition donnée de la dignité par Emmanuel Kant⁶⁷⁰. Pour l'auteur, la dignité est « *Ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais a une valeur intrinsèque, c'est à dire une dignité* ». Il s'agit d'une définition large, selon laquelle l'Homme par ses qualités

⁶⁶⁸ Comité Vedel, « Pour la révision de la Constitution », Rapport remis au Président de la République, JORF du 16 février 1993.

⁶⁶⁹ Comité Veil, « *Redécouvrir le Préambule de la Constitution* », La Documentation française, Collection des rapports officiels, décembre 2008.

⁶⁷⁰ E. Kant, « Fondement de la métaphysique des mœurs », 1785, Le Livre de Poche, 1993, p.113.

intrinsèques, par essence et par définition constitue l'humanité, la nature humaine à laquelle s'attache la notion de dignité.

Comme le Comité Veil en fait référence dans son rapport, des auteurs ont tenté de donner plusieurs définitions de la dignité. Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez ont dégagé « trois types de définitions substantielles » de la dignité humaine⁶⁷¹.

Pour ces auteurs, la première approche « traditionnelle » est « liée avec la trace la plus ancienne du principe en droit, à savoir le principe de *dignitas* ». Il s'agit d'« une qualité attachée à un rang ou à une fonction officielle ». Cette conception est « directement porteuse d'obligations particulières qui incombent à la personne titulaire de la fonction ou de l'office ». Elle « emporte, à l'égard des tiers, une obligation générale de respect de ce rang ou de cette fonction », « la dignité-*dignitas* fonctionn(ant) alors comme un attribut de la souveraineté ». « La vocation de la dignité est ici la protection de la fonction, non celle de la personne physique qui en est chargée ». Cette définition n'est alors pas convenable. Effectivement, alors que les droits fondamentaux ont vocation à toucher le plus grand nombre, cette définition ne concernerait qu'une minorité de la société, une minorité dont le bénéfice du droit serait fondé sur une supériorité hiérarchique attachée à la fonction de la personne et non en vertu de sa qualité d'Homme. Alors, un sentiment d'infériorité naîtrait de cette conception à l'égard de la majorité et créerait une inégalité par essence incompatible avec la notion de dignité.

La seconde approche est attachée « à la personne humaine ». Ainsi, selon les auteurs précités, la dignité serait « comparable dans son fonctionnement aux références traditionnelles que constituent la liberté et l'égalité » ; « d'une part, elle privilégie le présupposé de l'égalité entre les personnes humaines titulaires de la protection qu'offre la dignité » ; « d'autre part, elle présuppose la liberté ou l'autonomie conçue dans la théorie politique moderne comme les principes fondateurs de tout système politique ».

Enfin, la troisième approche est celle de la « qualité opposable à l'homme par des tiers » et « devient ici un concept absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne. La série d'obligations comprise dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain ». C'est « une conception nouvelle fondée sur une redéfinition des concepts traditionnels de droits, de libertés, d'autonomie ainsi que sur l'utilisation de nouvelles notions de dignité, d'humanité, de personne ».

Une solution hybride pourrait être retenue de ces deux dernières conceptions de la dignité. La dignité, parce qu'elle est humaine, transmet le sentiment d'égalité que peut exister entre l'ensemble des êtres humains. Elle ne se fonde pas sur l'appartenance ou la non appartenance à un groupe, une religion, une ethnie ou même une Nation mais se base sur les qualités intrinsèques de l'Homme et de sa considération. Elle est source d'autonomie, de liberté et de droits mais génère également, par sa réciprocité, des obligations respectives à l'ensemble des personnes, non seulement vis-à-vis des tiers,

⁶⁷¹ C. Girard et S. Hennette-Vauchez, « *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* », PUF, 2005, Collection « Droit & Justice », p.17 et s.

conception envisagée dans cette section, mais également à l'égard et à l'encontre de sa propre personne, conception envisagée dans la seconde partie de notre propos. Pour Guylène Nicolas, maître de conférence, la dignité humaine « est assimilée à un droit matriciel, mère productrice de nombreux autres droits subalternes »⁶⁷². Ainsi, cette notion de dignité humaine, pour l'auteur, constitue un principe générateur de droit, un principe protecteur qui chapeaute d'autres droits fondamentaux. Cette conception s'oppose à la conception régulatrice que peut recouvrir également la notion de dignité humaine mais à laquelle nous accorderons plus de place dans notre seconde partie.

b) L'opportunité d'une référence expresse dans la Constitution française pour le Comité Veil

Le Comité Veil s'est effectivement prononcé en faveur de la constitutionnalisation expresse de la notion de « dignité humaine ». Il avance trois arguments en faveur d'une telle opération. D'une part, il considère qu'il existe un certain paradoxe entre le rôle qu'eut la France dans la détermination, la proclamation ou encore définition des Droits de l'Homme et l'absence de reconnaissance d'un tel droit. L'inscription de ce principe « au panthéon de ses principales valeurs de référence » permettrait donc de rappeler l'attachement de l'Etat français aux valeurs « humanistes » qui sont les siennes.

Ensuite, l'expression d'un tel principe au rang constitutionnel permettrait de le garantir quel que soit la matière, la discipline du droit. Il ferait donc office de « rappel » et constituerait un fil rouge quant à l'établissement de la loi. Le comité Veil considère qu'« Une référence commune visant à voir respectée la dignité de chacun ne serait pas à négliger »⁶⁷³.

Le dernier argument du comité est celui de la nécessité d'une norme consacrant la deuxième conception évoquée du terme de dignité selon laquelle elle est génératrice de liberté, de respect de l'autonomie de la personne. Cette conception du droit « matriciel » tel qu'avancé par Guylène Nicolas⁶⁷⁴ présenterait donc l'avantage d'irriguer l'ensemble du droit par un tel principe. Celui-ci s'accaparerait, alors, du droit de la santé et serait confronté à son aspect contraignant. Cela n'est-il pas déjà le cas ? Il semble bien que si.

Pour cela, le Comité a considéré qu'il était alors possible d'insérer dans l'article premier de la Constitution une modification substantielle concernant le principe de respect de la dignité humaine. Il serait ainsi rédigé : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle reconnaît l'égale dignité de chacun. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

⁶⁷² G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 178.

⁶⁷³ Comité Veil, « *Redécouvrir le Préambule de la Constitution* », La Documentation française, Collection des rapports officiels, décembre 2008.

⁶⁷⁴ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 179.

L'intérêt de la constitutionnalisation expresse de la notion de dignité n'est pourtant que relative. Dans un premier temps, il est de renommée mondiale que la France est un des Etats fondateurs des Droits de l'Homme et que la non-inscription d'un tel droit dans le texte qui organise et reconnaît les droits constitutionnellement garantis ne remet pas pour autant en cause son attachement aux valeurs humanistes. En effet, si la notion de dignité est absente de la Constitution, il n'en demeure pas moins que l'ensemble des droits garantis à travers une norme constitutionnelle ou par la reconnaissance de certaines libertés publiques fonde la pensée humaniste de l'Etat français. La dignité humaine ayant une conception extensive et extensible semble n'avoir qu'une valeur symbolique. Pourtant, l'absence de référence expresse à la dignité humaine dans la Constitution de 1958 n'empêche pas le législateur de placer l'Homme au centre des attentions et des préoccupations. Comme nous l'évoquions par exemple, l'Espagne, qui pourtant fait mention d'un tel droit dans sa Constitution, a pourtant légiféré et toléré la pratique de la gestation pour autrui qui, selon notre considération, porte atteinte à la dignité de l'être humain et en particulier de la femme. La vision humaniste de la France transparaît alors par le biais d'un souci permanent de la part du législateur ou, à défaut, de l'organe de contrôle des lois et ce malgré l'absence de toute référence expresse de ladite notion dans la Constitution. Ainsi, le principe de dignité est prompt à intervenir dans plusieurs domaines du droit⁶⁷⁵.

Enfin, en tant que notion ambivalente, la dignité humaine pourrait n'être consacrée que dans une seule conception, délaissant alors volontairement, ou non, la seconde. Pourtant la dignité humaine n'est pas seulement protectrice d'autres droits ou libertés mais elle est également régulatrice, un rôle fondamental qui permet d'éviter toutes dérives même si ce caractère peut être « libéricide ». Nous y reviendrons.

En ce qui concerne la définition donnée par le Comité Veil, elle est nécessairement empreinte de redondance. Après avoir consacré le principe d'égalité, la mise en place de cette notion de dignité dans l'article premier ne ferait que rappeler cette notion. En outre, le terme « d'égalité » semble constituer un pléonasme des plus flagrants. L'intégration de cette notion dans l'article premier, si par la symbolique, indiquerait qu'il s'agit d'une des priorités de l'Etat, semble néanmoins hasardeuse. Cet article pourrait être considéré de « fourre-tout » en ce sens où il concernerait l'organisation de l'Etat et l'ensemble des valeurs protégées. Des notions qui n'ont pourtant aucune relation directe. Placée aux côtés de la liberté de croyance, de l'égalité de tous ou de la forme « décentralisée » de la République, il serait en réalité de bonne augure qu'il soit plutôt créé un article 1-1 dans lequel serait rappelé l'attachement de la France aux valeurs fondamentales comme le respect de « la dignité humaine ».

⁶⁷⁵ La notion de dignité humaine est présente dans de nombreux domaines du droit comme dans l'article 16 du Code civil selon lequel « 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 » ; L'article L. 1110-2 du Code de la santé publique qui dispose que « la personne malade a droit au respect de sa dignité » ; L'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle qui transcrit que « ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire » ou enfin l'article 131-5-1 du Code pénal qui dispose que le stage de citoyenneté a pour objet de « rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société ». Il s'agit d'une liste non exhaustive à laquelle peuvent être rajoutées de nombreuses autres dispositions.

2) L'avènement « prétorien » de la notion de dignité humaine

Si son avènement est intervenu avec la décision du Conseil constitutionnel de 1994 et qu'elle a fait l'objet d'une jurisprudence continue, la notion de dignité humaine n'est pourtant pas née cette année-là. Elle constituait déjà un droit reconnu.

a) *L'existence de dignités humaines avant la décision du 27 juillet 1994*

a1) *Les dignités humaines religieuses et philosophiques*

S'il est possible d'employer la dignité humaine au pluriel, c'est qu'elle suppose plusieurs acceptions. Empreinte de considérations philosophiques et religieuses, la notion de dignité humaine n'est pas constitutive d'une notion « moderne ». Kant l'évoquait déjà au XVIII^{ème} siècle, la dignité humaine n'est pas née hier avec les événements se déroulant entre 1939 et 1945. Si les atrocités de la seconde guerre mondiale ont conduit à considérer la dignité humaine comme étant un principe juridique, elle fut à l'origine un principe religieux comme étant le fondement de la religion chrétienne. Ainsi, il a été considéré que « la dignité de la nature humaine historiquement est un concept chrétien : elle est le fruit de la réflexion qui prend source au dogme Chalcedoine »⁶⁷⁶.

La dignité humaine recouvre également une acception philosophique et fut l'étude de très nombreux auteurs comme Cicéron, Pascal qui considèrent que cette notion est inhérente à la personne humaine et une composante intrinsèque de l'être humain. Pour Hegel ou Marx la dignité est soumise à une évolution, elle constitue un objectif à atteindre. Enfin pour Engelhart ou Tooley il faut considérer la notion de dignité humaine comme constituant une « ontologie progressive ». Nous pouvons également citer Lévi-Strauss qui la considérait comme un « mythe ».

a2) *La dignité humaine « juridique » et la découverte du crime contre l'humanité*

Outre l'aspect religieux et philosophique, la notion de dignité humaine recouvre une réalité juridique via la notion de « crimes contre l'humanité ». D'un point de vue étymologique, cette infraction porte atteinte, par essence, à la condition humaine de la personne. Commettre un crime contre l'humanité est donc par définition commettre un crime contre la dignité de la personne.

Née lors du procès de Nuremberg, cette notion a par la suite été récupérée par la jurisprudence interne. Ainsi, lors du procès de Klaus Barbie, la Chambre criminelle en a profité pour détailler cette notion. L'arrêt du 20 décembre 1985⁶⁷⁷ dispose alors que ledit crime est imprescriptible. De par sa nature, il fait aujourd'hui l'objet d'une

⁶⁷⁶ Ph. André-Vincent, « Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II », L.G.D.J., 1983, p.13.

⁶⁷⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle du 20 décembre 1985, n°85-95.166.

imprescriptibilité exceptionnelle qui justifie la gravité du crime et de la place unique dont fait l'objet le respect de la dignité humaine parmi les droits fondamentaux. En second lieu, il est rappelé que le crime contre l'humanité est constitué « *par une atteinte aux droits essentiels de la personne humaine commise dans des conditions particulièrement atroces et inhumaines, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'ils ont ou non été commis contre des combattants ou contre des populations civiles, dès lors qu'ils ont été commis pour des motifs politiques, raciaux ou religieux* ». Cela signifie que la simple atteinte à l'intégrité physique ne suffit pas à constituer une atteinte à la dignité humaine mais que pour être retenue ladite atteinte doit être accompagnée « *de conditions particulièrement atroces* » comme par exemple la douleur ressentie, la forme de la contrainte exercée et le degré d'asservissement de la personne. Cette souffrance peut alors être d'ordre physique ou psychologique. Si la Cour de cassation évoque les motifs fondant les crimes contre l'humanité comme étant d'ordre religieux, politique ou d'appartenance à une race, il ressort en réalité de ces critères une certaine forme de discrimination. Alors, nous pouvons considérer que l'orientation sexuelle pourrait légitimement s'ajouter à cette liste dans la mesure où elle constitue une source de discrimination⁶⁷⁸ selon la loi.

La Chambre criminelle ajoute que la « *torture* » ou « *les atteintes à la personne humaine dans des conditions particulièrement odieuses* » sont constitutive de l'infraction. Enfin, le crime contre l'humanité est constitué « *par les persécutions allant jusqu'à l'extermination, en temps de paix comme en temps de guerre, de populations civiles et de toute personne non combattante, pour leur appartenance à une race ou pour leurs seules idées religieuses ou politiques, en application d'une politique étatique délibérée et ce sans utilité pour la conduite de la guerre...* » contrairement aux crimes de guerre. Le crime contre l'humanité, si par nature, porte atteinte à la dignité de la personne, semble néanmoins trop étroit pour être assimilé à toutes les atteintes à la dignité humaine. Ainsi, selon la définition de la Chambre criminelle de 1985, les traitements engendrant cette qualification doivent être à l'initiative de l'Etat et ne doivent concerner que la population civile. Les atteintes à la dignité humaine, si elles peuvent émaner de l'Etat, peuvent également être à l'initiative de tiers particuliers. En outre, la dignité humaine si elle s'attache à la qualité d'Homme concerne chaque individu quelle que soit la fonction que la personne occupe et de surcroît qu'il s'agisse d'un « civil » ou d'un militaire ou d'un agent des forces de l'ordre.

Néanmoins, l'existence d'un tel principe préexistait déjà de manière informelle. Il en va ainsi de la sanction des atteintes au respect de l'intégrité du cadavre, de la nullité d'une convention de « strip tease »⁶⁷⁹, celle d'une convention relative à l'exécution d'un tatouage sur les fesse et de son effacement à des fins marchandes⁶⁸⁰, ou encore celle

⁶⁷⁸ Par exemple, le Code du travail dans son article L. 1132-1 énonce tout un panel de critères pouvant provoquer une discrimination. Dans cette juxtaposition nous retrouvons des références à l'orientation sexuelle. Ce texte constitue la référence la plus complète de l'ensemble des critères pouvant entraîner une discrimination prohibée.

⁶⁷⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris du 8 novembre 1973, D.1975, p.401.

⁶⁸⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris du 3 juin 1969, D.1970, p.136.

d'une convention de mère porteuse⁶⁸¹ qui ont, au fond, vocation à protéger ce principe. Certaines jurisprudences ou certains textes en droit interne évoquent même expressément ladite notion de « dignité humaine ». Il en est ainsi d'une décision de la Cour d'appel de Lyon ayant jugé comme « incompatible avec la dignité de la personne humaine » la convention ayant « uniquement pour objet des pratiques de vivisection sur une femme âgée et besogneuse... »⁶⁸² ou de l'article D. 275, alinéa 3 du Code de procédure pénale tel qu'issu du décret n°85-836 du 6 août 1985. Néanmoins, pour le professeur Dominique Viriot-Barrial, « la première législation à consacrer de manière expresse la notion de dignité concerne une des lois du 22 juillet 1992⁶⁸³ à l'origine du « nouveau code pénal » qui a créé dans le livre II relatif aux crimes et délits contre les personnes, dans le titre II relatif aux atteintes à la personne humaine, un chapitre V entièrement consacré aux atteintes à la dignité »⁶⁸⁴.

b) L'avènement constitutionnel de la dignité humaine, le rôle prépondérant du Conseil constitutionnel

b1) La consécration constitutionnelle du principe de dignité humaine

L'avènement de la dignité humaine s'est produit avec une décision du Conseil constitutionnel en 1994⁶⁸⁵. Le Conseil constitutionnel affirme sans détour que « le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir ou de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » ».

La consécration est donc sans détour et se base sur le Préambule de la Constitution de 1946. Cela confirme deux choses. D'une part que la Constitution de 1946 avait véritablement vocation à accueillir explicitement un tel principe en son sein malgré le refus essuyé par ce projet. D'autre part, en matière de naissance du principe juridique de la dignité, le Conseil rappelle que les événements de la seconde guerre mondiale sont le moteur d'une telle reconnaissance.

Concernant l'apport de cette décision, le Conseil constitutionnel, qui a été saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, dégage la règle selon laquelle la protection du corps humain, et les principes qui s'y affèrent, constitue la matérialisation

⁶⁸¹ Cour de cassation, Assemblée plénière du 31 mai 1991, n°90-20.105.

⁶⁸² Cour d'appel de Lyon du 27 juin 1913, DP 1913, 2, p.73, note H. Lalou.

⁶⁸³ Loi n°92-684 du 22 juillet 1992, « portant réforme des dispositions du code pénal relative à la répression des crimes et délits contre les personnes ».

⁶⁸⁴ D. Viriot-Barrial, « Dignité de la personne humaine », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Juin 2014.

⁶⁸⁵ Conseil constitutionnel n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

de la dignité humaine. Les lois soumises au Conseil qui les a validées concernaient la bioéthique, et plus particulièrement l'assistance médicale à la procréation, la manipulation des gamètes et des embryons. Cette validation est néanmoins restée soumise à la mise en place de principes généraux liés au respect du corps humain et considérés aujourd'hui comme les « sentinelles » du droit de sauvegarde de la dignité humaine. Cette consécration a permis le rassemblement de l'ensemble des règles éparses et éparpillées sous l'égide d'un principe constitutionnel.

Le principe de dignité humaine a vocation à toucher l'ensemble des branches du droit. C'est dans cette optique, qu'en 1995⁶⁸⁶, le Conseil constitutionnel s'est penché sur la question de la qualité de l'habitat qui, selon lui, trouve à s'appliquer dans le cadre du respect de la dignité humaine. Il va déclarer que les conditions d'hébergement d'urgence doivent présenter des « *conditions d'hygiène et de confort respectant la dignité humaine* ». Ce principe de dignité humaine est donc « multiforme » et « hétéroclite » en ce sens où il concerne de nombreux domaines du droit et concerne des normes de valeurs différentes.

Néanmoins, comme le rappelle le professeur Viriot-Barrial⁶⁸⁷, le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de ces deux décisions pour soulever l'importance du principe de dignité humaine. Il apparaît dans une décision du 16 juillet 1996⁶⁸⁸ en matière de répression du terrorisme, du 29 juillet 1998⁶⁸⁹ où il confirme que ce principe découle du Préambule de la Constitution de 1946, du 27 juin 2001⁶⁹⁰ où il déclare *in abstracto* que l'embryon peut bénéficier d'un tel principe sous certaines conditions, dans une décision du 13 mars 2003⁶⁹¹ où le Conseil se prononce sur des pratiques médicales en vue de la répression d'auteurs d'infractions (cela concernait des prélèvements externes) ou, de manière indirecte sur le « racolage » qu'il considère contraire au respect de « *l'ordre public* » et « *au trafic des êtres humains* ». Ces deux notions pouvant être alors rattachées à ce terme de dignité humaine.

Enfin, des QPC ont été transmises par la Cour de cassation⁶⁹² au Conseil constitutionnel concernant le milieu carcéral. Dans sa décision du 14 juin 2013⁶⁹³, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de l'article 717-3 du Code de procédure pénale qui ne qualifie pas de contractuelle, la relation de travail d'un prisonnier dans l'établissement pénitentiaire. Les parties à la saisine estiment donc que cette disposition est contraire à la dignité humaine dans la mesure où le contrat de travail, tel que prévu par la loi, apporte certaines garanties à l'égard du salarié. Le Conseil constitutionnel rétorque en considérant que l'inexistence d'un tel contrat ne

⁶⁸⁶ Conseil constitutionnel, n°94-359 DC du 19 janvier 1995, « *Diversité de l'habitat* ».

⁶⁸⁷ D. Viriot-Barrial, « Dignité de la personne humaine », *op. cit.*

⁶⁸⁸ Conseil constitutionnel, n°96-377 DC du 16 juillet 1996, « *Lutte contre le terrorisme* ».

⁶⁸⁹ Conseil constitutionnel, n°98-403 DC du 29 juillet 1998, « *Lutte contre les exclusions* ».

⁶⁹⁰ Conseil constitutionnel, n°2001-446 DC du 27 juin 2001, « *IVG II* ».

⁶⁹¹ Conseil constitutionnel, n°2003-467 DC du 13 mars 2003, « *Sécurité intérieure* ».

⁶⁹² Cour de cassation, Chambre criminelle du 20 mars 2013, n°12-40.104 et n°12-40.105

⁶⁹³ Conseil constitutionnel, n° 2013-320 et n°2013-321 QPC du 14 juin 2013, « *M. Yacine T. et autres* ».

porte pas atteinte aux principes constitutionnellement garantis, dont la dignité humaine. Si cette décision est loin de notre droit médical, nous pouvons néanmoins nous poser la question de savoir si le défaut de « contrat médical », à supposer qu'il existe, n'est pas contraire à la dignité humaine ? A considérer que le contrat médical se cristallise par l'échange des consentements, nous aurions pu considérer que le défaut de contrat médical, manifestant le recours aux soins non-consentis est contraire à la dignité humaine par l'exercice de la contrainte sur l'intégrité du corps humain. Néanmoins, si cette réflexion peut être posée pour la relation médicale privée, nous verrons qu'elle demeure bien étrangère de la relation médicale hospitalière où il n'existe aucun contrat entre l'utilisateur et le service. L'acte juridique médical se traduit par une autre dénomination lorsqu'il concerne le recours aux soins hospitaliers.

De nombreuses décisions du Conseil constitutionnel viennent donc consacrer le droit à la dignité humaine. Nous pouvons constater que la source interne de la dignité humaine est le Préambule de la Constitution de 1946, plusieurs fois mentionné.

b2) Les raisons d'un tel avènement

Les lois de bioéthiques ont sans doute joué un rôle très important dans la consécration d'un tel principe. L'évolution de la technologie médicale et sa rapidité ont sans doute suscité l'inquiétude de la société sur les dérives que pouvaient engendrer de telles techniques (clonage, eugénisme, manipulations génétiques). L'Homme en acquérant des pouvoirs trop importants constitue une menace pour lui-même.

Alors, si la dignité humaine va constituer la matrice de la protection de la personne sur elle-même, elle va *de facto* constituer un pouvoir régulateur de liberté. Ainsi, la dignité humaine peut être qualifiée de « droit pivot » ou ambivalent dans la mesure où il va constituer simultanément un principe générateur de droits et régulateur de libertés. Afin d'éviter à l'espèce humaine le même sort qu'Icare, la dignité humaine constitue le pare-feu afin d'éviter que ce dernier ne se brûle les ailes. La dignité humaine permet alors de maintenir la distinction entre les biens et les personnes. Si le corps humain ou du moins ses éléments détachables peuvent être considérés comme des choses particulières, spécifiques dans la mesure où ils peuvent faire l'objet d'une convention et donc se trouver dans le commerce juridique, la limitation du droit réel de la personne sur son corps passe nécessairement par l'avènement de la dignité humaine.

Il était alors nécessaire d'intervenir afin de protéger l'Homme contre lui-même. Cette protection si elle passe principalement par une protection de son intégrité physique ne saurait se borner à cette dernière. La vision de la protection exclusive de l'intégrité physique par la dignité humaine constituerait une vision étroite qui est à exclure. Le principe de dignité humaine tend à protéger l'existence de l'homme contre les atteintes dont il est susceptible de subir, son existence ne se limite pas à sa concrétisation physique. Ainsi, dans sa décision de 1995, le Conseil constitutionnel

s'attache à prendre en considération la condition matérielle de la personne et non une atteinte à son intégrité physique *stricto sensu*. De plus, en 1994, en se fondant sur le Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel ne fait pas simplement référence à l'intégrité physique mais à un nombre d'exclusions sociales ou de discriminations qui forgent le principe de dignité humaine.

Paragraphe 2 : Dignité humaine, corps humain et médecine

Loin de nous l'idée de considérer que la dignité humaine s'attache uniquement à la protection de l'intégrité physique de la personne, il n'empêche que le droit médical tend à porter atteinte de manière plus importante à la réification de la personne plutôt qu'à son esprit, sa condition matérielle, son exclusion ou sa discrimination. C'est pour cette raison que nous nous préoccupons, dans un premier temps de la protection du corps humain par la dignité humaine dans la loi pénale française (A) et les textes européens (B) avant d'appliquer ces principes au domaine médical *stricto sensu* (C).

A) La protection de la dignité humaine dans le Code pénal, l'acceptation large de la dignité humaine

Parce que le droit pénal a vocation à sanctionner les atteintes les plus graves à l'ordre public par des mesures coercitives, il est alors logique que le droit pénal s'intéresse de près à la protection de la dignité humaine. Ainsi, pour le professeur Viriot-Barrial⁶⁹⁴ « La dignité tend à donner au corps humain une valeur qu'il n'avait pas auparavant, en permettant, à travers certaines incriminations, de s'opposer à la réification de la personne humaine dans son corps ».

1) Les actes de « torture » et de « barbarie »

Certaines dispositions du Code pénal ne font pas référence à cette notion de « dignité humaine » mais semblent pourtant la concerner. Ainsi, l'article 222-1 dudit Code concerne la « torture et actes de barbarie ». Ce crime puni de quinze ans de réclusion criminelle s'attache inéluctablement à la protection de la dignité humaine. Ainsi, comme l'affirme l'arrêt de la Chambre criminelle de janvier 1985⁶⁹⁵ concernant les poursuites de Klaus Barbie, la torture constitue une mesure qui porte nécessairement atteinte au respect de la dignité humaine. La Cour de cassation considérait donc que l'atteinte « odieuse » à l'intégrité physique constituait également une atteinte à la dignité humaine comme les actes de barbarie.

Selon la jurisprudence et notamment par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon⁶⁹⁶, le lien entre ladite incrimination et la dignité humaine réside dans l'élément moral nécessaire à l'accomplissement de l'infraction. La Cour d'appel de Lyon considère

⁶⁹⁴ D. Viriot-Barrial, « La dignité de la personne humaine », op. cit.

⁶⁹⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle du 20 décembre 1985, n°85-95.166.

⁶⁹⁶ Cour d'appel de Lyon du 19 janvier 1996, Dalloz 1996, p. 258.

effectivement « *qu'en particulier, il n'apparaît pas que Y... et X... aient eu la volonté, en accomplissant les actes qui leur sont reprochés, de causer à la victime des souffrances aiguës, ou de nier en elle la dignité de la personne humaine ; que l'élément intentionnel spécifique du crime ou de la circonstance aggravante de tortures et actes de barbarie n'est en l'espèce pas suffisamment caractérisé* ».

La Cour de cassation va également admettre, par exemple, que la « *masturbation de la mère sur le corps et le visage de son fils* » âgé de vingt mois « *caractérise un comportement empreint de perversité visant à porter atteinte à la dignité et à l'intégrité physique d'un enfant âgé de vingt mois au moment des faits* »⁶⁹⁷. Elle a également considéré qu'une séance d'exorcisme constituée de nombreux sévices peut constituer un acte de torture et de barbarie⁶⁹⁸.

Ces considérations confirment d'une part que l'atteinte à la dignité de la personne est, à défaut d'être exclusive, connexe aux atteintes à l'intégrité physique mais surtout que l'incrimination de torture et acte de barbarie renvoie inéluctablement à la notion de dignité humaine. Ainsi, afin d'être constituée, l'incrimination nécessite la présence d'un élément moral qui réside soit dans la volonté de procurer à la personne une douleur aiguë, soit de vouloir renier en elle toute forme de dignité. Cela confirme également que l'exclusion d'humanité est une considération fondamentale dans les atteintes à la dignité humaine. Porter atteinte à la dignité humaine c'est renier l'existence de tout ce qu'il y a d'humain chez une personne. Ce reniement de toute humanité chez l'Homme peut alors se réifier par l'atteinte à l'intégrité physique ou par des considérations « *odieuses* » qui lui procureront alors des souffrances psychiques. Néanmoins, pour le professeur Koering-Joulin⁶⁹⁹ il est regrettable que ces incriminations soient classées aux cotés d'autres incrimination plus « standards » car cela dénigre la spécificité desdites incriminations empreintes d'une cruauté incomparable. Effectivement, nous considérerons que ces infractions nécessitent une place toute particulière dans le Code pénal dans la mesure où elles portent atteinte à l'essence même de la personne humaine, sa dignité. Ce principe justifie, à lui tout seul, une place toute particulière pour les actes qui lui porteraient atteinte.

2) Le harcèlement

Ainsi, l'article 222-33-2 du Code pénal prévoit expressément une atteinte à la dignité humaine sans aucune atteinte à l'intégrité physique. Il dispose que « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ». S'il

⁶⁹⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle du 11 janvier 2005, n°04-86.210.

⁶⁹⁸ Cour de cassation, Chambre criminelle du 03 septembre 1996, n° 96-82.633.

⁶⁹⁹ R. Koering-Joulin, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in M-L. Pavia et T. Revet, « *La dignité de la personne humaine* », Paris, Economica, 1999, p. 67.

peut alors être porté atteinte à la dignité de la personne par un « *comportement répété* » qui suppose une atteinte à l'intégrité physique, le dommage principal lié au harcèlement moral est principalement d'ordre psychique.

En outre, le harcèlement peut être d'ordre sexuel. En effet, l'article 225-3-1 du Code pénal prévoit une telle incrimination. Selon le professeur Viriot-Barrial⁷⁰⁰, si cette infraction constitue une « atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne », l'auteur considère qu'en réalité le délit relève plus de négation de la dignité humaine. Elle soutient son propos en affirmant, qu'au départ cette disposition s'appliquait lorsqu'une personne jouait de son autorité « que lui confère sa fonction » pour obtenir des faveurs sexuelles. Autrement dit, ce comportement concernait essentiellement les relations de travail. Néanmoins, l'évolution législative a considéré que ce texte devait s'appliquer en toutes circonstances. Si nous revenons un instant sur un tel comportement dans les relations de travail, nul doute que ce dernier constitue une atteinte à la dignité humaine dans la mesure où la victime se sent alors contrainte d'accepter les faveurs de son employeur. Il y a là un sentiment d'infériorité qui est caractéristique de la négation de la dignité humaine. Désormais, l'expression de cette contrainte est moins nette. Néanmoins, l'usure psychique de la victime va la mener à céder aux avances de l'auteur. Il s'agit d'une certaine forme de contrainte plus nuancée qu'auparavant.

3) La traite des êtres humains

L'article 225-4-1 du Code pénal relatif à la « *traite des êtres humains* » porte par essence atteinte à la dignité humaine. Selon le législateur, « *la traite* » s'entend du fait « *de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation dans l'une des* » circonstances énoncées. Cette disposition tend donc à considérer la personne comme une « chose » par sa manipulation, la contrainte exercée sur elle afin d'en tirer des profits. La marchandisation de la personne, le fait de lui attribuer une valeur chiffrée constitue automatiquement l'atteinte à la dignité humaine. Si l'atteinte à ce principe est le fait de renier ce qu'il y a d'humain chez une personne, alors l'exploitation de la personne constitue inévitablement une atteinte caractérisée à la dignité de la personne.

4) La contribution des facteurs sociaux à la négligence de la dignité humaine

En revanche, l'article 225-14 du Code fait expressément référence au principe de dignité humaine. Il dispose que « *Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». Ce délit fait expressément référence à

⁷⁰⁰ D. Viriot-Barrial, « La dignité humaine », *op. cit.*

la dignité humaine au travers de la qualité du logement comme l'avait prévu le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1995. En outre, l'atteinte à la dignité humaine peut également être établie par les conditions de travail. L'utilisation de la notion de soumission concerne inéluctablement celle de dignité humaine. Le fait de soumettre quelqu'un, de forcer quelqu'un, c'est alors le considérer comme intrinsèquement inférieur à nous. Dès lors, la considération d'autrui comme quelqu'un d'inférieur tend à banaliser sa condition d'être humain qui soupçonne pourtant une parfaite égalité. Porter atteinte à cette égalité par un sentiment de supériorité qui se confirme par la soumission ou l'exploitation de la personne ne peut que constituer une atteinte à sa dignité humaine. La Cour de cassation a ainsi considéré que *« l'existence de pressions psychologiques et de harcèlement exercés sur plusieurs salariés par ce dirigeant ; que l'information, qui a été ouverte, a abouti au renvoi de l'intéressé devant le tribunal correctionnel pour soumission de personnes vulnérables ou dépendantes à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine et pour violences aggravées »*. Le fait pour un employeur d'insulter ou de brimer publiquement ses salariés, de retirer les coussins attachés aux chaises et leur tendant à améliorer leur confort, de leur interdire le port d'un gilet les protégeant du froid, d'arrêter le chauffage à la cantine en période de froid, d'interdire à ses salariés de *« lever la tête, de parler et même de sourire, ce comportement étant constamment et strictement surveillé et contrôlé, dans des conditions humiliantes pour ceux-ci (...) que ces faits sont objectivement de nature à porter gravement atteinte à la dignité des salariés... »*⁷⁰¹.

5) Les autres infractions pénales relatives à la dignité humaine

L'article 227-24 du Code pénal prévoit que le fait de *« fabriquer, transporter ou de diffuser »* un message ayant vocation à porter atteinte à la dignité humaine constitue un délit, l'article 433-5 considère que l'atteinte à la dignité humaine d'un agent *« chargé d'une mission de service public »* constitue un outrage.

En outre, de manière générale le Code pénal contient également un chapitre complet s'intitulant *« Des atteintes »* à la dignité de la personne aux articles 225-1 et suivants. Nous trouvons un ensemble d'infractions concernant *« la discrimination »*, *« la traite des êtres humains »*, *« de la dissimulation forcée du visage »*, *« du proxénétisme et des infractions qui en résultent »*, *« du recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables »*, *« de l'exploitation de la mendicité »*, *« de l'exploitation de la vente à la sauvette »*, *« des conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité de la personne, du travail forcé et de la réduction en servitude »*, *« du bizutage »*, *« des atteintes au respect dû aux morts »*.

De l'ensemble de ces infractions ressort plusieurs conséquences. Nous pouvons constater que la dignité due à la personne ne s'arrête pas avec la mort. Cela suppose

⁷⁰¹ Cour de cassation, Chambre criminelle du 4 mars 2003, n°02-82.194.

alors qu'il est nécessaire de respecter la dépouille de la personne, cette règle sacralisant le corps humain. Mais il serait bien réducteur de considérer que le « respect dû aux morts » ne constitue que le simple respect du corps de la personne décédée. Cela correspond également au respect de l'image que cette dernière a pu laisser. Le respect de la dignité humaine ne cessant pas avec la mort, il est alors possible d'envisager que ce dernier ne se limite pas à la simple protection de la vie ou au caractère vivant de la personne. Ainsi, qu'il s'agisse du professeur Viriot-Barrial⁷⁰² ou Mathieu⁷⁰³, tous deux considèrent qu'il est possible de reconnaître une certaine forme de dignité au cadavre. Il s'agit d'une valeur beaucoup plus profonde qui fait que l'Homme est Homme, non pas par sa seule qualité d'être vivant, constituant une branche de cette dignité humaine, mais par une considération de grande ampleur qui réside dans la considération de la personne, par le respect de cette qualité d'Homme.

De plus nous pouvons confirmer que les atteintes à la dignité humaine ne se résument pas simplement à une atteinte à l'intégrité physique. En premier lieu car la « simple atteinte » à l'intégrité physique ne constitue pas nécessairement une atteinte à la dignité humaine. Comme l'a affirmé la Chambre criminelle, cette atteinte doit soit procurer une souffrance aiguë chez la personne ou que l'auteur des faits ait une intention de nier la dignité de la personne. Deuxièmement, il existe des infractions portant atteinte à la dignité de la personne qui ne violent pas son intégrité physique comme par exemple la mise à disposition d'un logement contraire à la dignité humaine, le harcèlement moral ou encore, de manière plus nuancée, des conditions de travail qui relèveraient de l'exploitation.

Nous pouvons donc considérer que l'atteinte à la dignité humaine est constituée dès lors qu'une personne renie ce qu'il y a d'humain chez l'autre. La mise en place d'un sentiment de supériorité et corrélativement de diminution de l'autre constitue l'atteinte à la dignité humaine. Cela implique *de facto*, que la constitution de l'atteinte à la dignité humaine s'opère par l'asservissement de la personne, par le non-respect de sa personne, de sa volonté ou son autonomie. La promotion de la dignité humaine passe nécessairement par le respect de la volonté de la personne, sa capacité à consentir, son autonomie. Si la dignité implique le respect de l'égalité et l'interdiction de la discrimination, alors il convient de conclure par le fait que la dignité humaine se traduit par le respect d'autrui, par la considération de ses qualités d'être humain, d'être sensible et capable et par le respect de sa personnalisation ainsi que de sa volonté, de son honneur. Dans le domaine de la santé, le respect de la dignité humaine devrait donc nécessairement passer par le respect du consentement, de la volonté et de l'autonomie de la personne. La contrainte médicale est-elle nécessairement contraire à la dignité humaine ? Si nous répondons à cette question plus tard, sur les seules considérations qui précèdent, nous pouvons supposer qu'à partir de l'instant où cette contrainte produit des douleurs aiguës chez la personne, nous avons l'élément matériel de

⁷⁰² D. Viriot-Barrial, « Dignité humaine », *op cit.*

⁷⁰³ B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *op. cit.*

constitué. Néanmoins, quid de l'élément moral selon lequel, existerait une certaine négation de la qualité humaine chez la personne ? Peut-on envisager que vouloir sauver la vie d'autrui équivaut à négliger le caractère « humain » qui réside en elle ?

B) Les considérations du droit européen en matière de dignité humaine

1) La Convention européenne des droits de l'homme

Selon le droit européen et de prime abord, selon la Convention, certains articles peuvent, indirectement, consacrer le principe de la dignité humaine. Il s'agit selon le professeur Viriot-Barrial⁷⁰⁴, des articles 2, 3, 6 et 14.

Concernant l'article 2, ce premier tend à protéger le droit à la vie humaine. Cette considération n'est pas éloignée de nos précédents propos. Effectivement, lorsque nous évoquons la question de l'euthanasie, nous considérons qu'il ne pouvait exister de véritable droit à mourir. Effectivement, nous pensons, de manière visiblement légitime, que le droit de mourir n'est qu'une négation de la dignité humaine car il tend à anéantir ce qu'il y a d'humain, de vivant chez l'Homme. Cet auteur⁷⁰⁵ vient donc confirmer, en estimant que l'article 2 CEDH est relatif à la dignité humaine, que le droit de mourir est incompatible avec ce dernier. Dans la mesure où le droit à la vie, compatible avec le respect de la dignité humaine, n'entraîne aucun droit à mourir, celui-ci est donc incompatible avec la dignité de la personne.

L'article 2 peut également être rattaché à la dignité humaine car le fait d'attenter à la vie d'autrui implique une certaine contrainte et une certaine banalisation de la vie d'autrui comme nous l'avons mentionné concernant le droit pénal français.

Concernant l'article 3 de la Convention, comme nous l'avons vu préalablement, il protège la dignité humaine en interdisant « *la torture* ». Selon ce texte, « *Nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Il est clair que le texte se rattache à la dignité humaine car il évoque les notions d'inhumanité et de dégradation de la nature humaine. Nous pouvons d'ailleurs faire un parallèle avec la législation française relative aux actes de torture et de barbarie qui protège le même intérêt. Si la dignité est la qualité intrinsèque des individus fondant leur appartenance au genre humain, alors l'atteinte à cette qualité porte corrélativement atteinte à la dignité de la personne. En ce qui concerne l'application dudit article, la Cour a toujours considéré que pour retenir la qualification de « *torture ou traitement inhumain* » il était nécessaire que les atteintes portées à la personne lui procurent une douleur physique ou morale très importante. Contrairement au texte de la Convention qui ne semble concerner que les atteintes à l'intégrité physique, la Cour, elle, estime que cette dernière peut relever d'un préjudice tant physique que moral.

⁷⁰⁴ D. Viriot-Barrial, « Dignité humaine », *op cit.*

⁷⁰⁵ *Ibidem.*

Ainsi, s'agissant de l'article 3 de la Convention, la Cour a pu considérer que les conditions de vie dans une cellule de prison peuvent porter atteinte à la dignité humaine. Elle déclare, par exemple, que « *l'effet cumulé de la promiscuité et des manquements relevés aux règles d'hygiène ont provoqué chez le requérant des sentiments de désespoir et d'infériorité propre à l'humilier et à le rabaisser. Dès lors, la Cour estime que ces conditions de détention s'analysent en un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention...* »⁷⁰⁶. Outre le fait de rappeler que l'hébergement indécent constitue une atteinte à la dignité humaine, la Cour réitère la règle selon laquelle le fait de rabaisser une personne constitue une atteinte à la dignité de la personne. Dans un arrêt de 2007⁷⁰⁷, la Cour affirme qu'il existe une graduation dans les atteintes portées à ce droit. Si la « torture » semble constituer le point culminant de l'atteinte à la dignité le seul « traitement inhumain » remplit les conditions de l'atteinte malgré le degré inférieur des souffrances physiques ou morales subies par la victime. La Cour réaffirme enfin, de manière plus traditionnelle, que « *lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine...* »⁷⁰⁸. La condition, alors évoquée afin que ne soit pas constituée l'atteinte à la dignité de la personne, est la nécessité de l'utilisation de « *la force physique* ». Ainsi, la personne agissant en état de légitime défense ne pourra nullement être considérée comme l'auteur d'une atteinte à la dignité humaine.

De manière moins explicite mais d'importance égale, l'article 4 de la Convention qui interdit l'esclavage et la servitude de la personne consacre indirectement l'interdiction des atteintes à la dignité humaine. Selon les deux premiers paragraphes dudit article, « *Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude* » et « *Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire* ». La soumission de la personne, sa servitude constitue nécessairement une atteinte à la dignité humaine dans la mesure où asservir une personne porte nécessairement atteinte à l'égalité supposée par le principe de dignité humaine. Le principe de dignité humaine est fondé sur le respect de la nature humaine d'autrui. Ainsi, la servitude ou l'esclavage qui tendent à considérer l'individu comme un « objet » rompt toute égalité entre les individus en dénigrant le caractère humain de la personne. Si cet article n'est pas cité par l'auteur, nous pouvons cependant considérer qu'il se réfère également au principe du respect de la dignité humaine.

Concernant cet article 4 de la Convention, la Cour a eu à se prononcer à propos d'une espèce liée à la prostitution. Elle rappelle tout d'abord que malgré l'incompatibilité de cette pratique avec le principe de la dignité humaine, elle demeure néanmoins tolérée et ce en dépit de la « *Convention des Nations Unies pour la répression*

⁷⁰⁶ CEDH n°40119/09 du 25 avril 2013, « *Affaire Canali c/ France* ».

⁷⁰⁷ CEDH n°56760/00 du 27 février 2007, « *Affaire Akpinar et Altun c/ Turquie* » où la Cour considère que les menaces d'atteintes à l'intégrité physique d'une personne proférée par des agents de l'Etat alors qu'une personne était sous leur garde, menottée et donc dans une situation de vulnérabilité constitue une « *méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant a été soumis dans les circonstances de la présente affaire a été suffisamment grave pour être qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3, mais n'a pas eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de la torture* ».

⁷⁰⁸ Cour européenne des droits de l'Homme n°42716/02 du 24 février 2009, « *Affaire Toma c/ Roumanie* ».

de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949», dont la France est signataire. Pour la jurisprudence européenne, « la prostitution » est « incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte »⁷⁰⁹. La Cour rappelle de manière plus générale que la contrainte et le travail forcé sont atteints lorsqu' « un travail est exigé sous la menace d'une peine quelconque et, de plus, contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci ne s'est pas offert de son plein gré »⁷¹⁰. La Cour européenne rappelle donc que la contrainte est contraire au respect de la dignité humaine lorsqu'elle a pour objectif d'asservir la personne et la forcer à exécuter une tâche, à utiliser son corps et soumettre son intégrité physique à l'accomplissement d'une tâche à laquelle elle n'a pas consenti. De ce fait, il est naturel d'opérer le parallèle entre la contrainte physique exercée par l'employeur sur son salarié et la contrainte du recours aux soins en France. Si la dignité humaine est pleinement consacrée, son application est alors soumise à des dérogations. Il en est ainsi de l'obligation vaccinale. Le fait d'instaurer une obligation vaccinale portant atteinte à son intégrité physique, susceptible de procurer des troubles importants au titre des effets secondaires constitue une négation de son consentement au point que cette dernière est contrainte d'y avoir recours pour exercer une activité professionnelle donnée, placer un enfant dans le système éducatif et pouvoir circuler librement.

Pour l'article 14 et l'article 6, respectivement relatifs à l'interdiction de la discrimination et au procès équitable. Nous pouvons considérer qu'ils se rattachent à la dignité humaine en ce qui concerne l'égalité. Comme nous l'avons énoncé préalablement, cette notion de dignité, suppose une certaine égalité entre les personnes. Considérer inégalement une personne ou la discriminer constitue une atteinte à ce principe dans la mesure où l'individu discriminé ou dépourvu d'équité voit sa considération négligée. Néanmoins, ces deux dispositions semblent plus éloignées de notre propos concernant l'exercice d'une contrainte médicale.

2) La Convention d'Oviedo

Concernant la Convention d'Oviedo du 04 avril 1997, elle concerne davantage notre propos car elle énonce les principes tendant à la protection de la personne face « aux applications de la biologie et de la médecine ». Son titre évoque déjà le principe de la dignité qui s'oppose à ceux deux disciplines. Ladite Convention envisage la notion de dignité de manière large dans son Préambule. A cet effet, elle déclare comme « nécessaire » de « respecter l'être humain à la fois comme un individu et dans son appartenance à l'espèce humaine », elle reconnaît, en outre, que ces deux domaines peuvent constituer une menace pour l'espèce humaine en négligeant la dignité des

⁷⁰⁹ CEDH n°37194/02 du 11 septembre 2007, « Affaire V.T. c/ France ».

⁷¹⁰ CEDH n°67724/09 du 11 octobre 2012, « Affaire C.N. et V. c/ France ».

individus. Le Préambule ajoute que l'ensemble des mesures envisagées dans cette Convention n'a pour seule vocation que de protéger « *la dignité de l'Homme* ».

Nous retrouvons ensuite cette référence à l'article premier de la Convention qui dispose que « *Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité...* ». Pour le professeur Champeil-Desplats, cette référence à la dignité transcende toute la Convention d'Oviedo⁷¹¹. Ainsi, pour l'auteur, l'énoncé de ce principe permet « d'assurer » l'ensemble des autres principes inscrits dans la Convention, notamment celui du Consentement aux soins prévu à l'article 5. Il s'agit alors d'un véritable rattachement du droit au consentement, en matière médicale, à la dignité humaine. Effectivement, nous n'en doutons pas, le principe de la dignité humaine se réifie par l'autonomie, la liberté de recourir aux soins. La question qui reste en suspens, comme nous l'avons déclaré à propos du droit à l'information ou du droit au refus de soins, est l'applicabilité et l'effectivité d'un tel texte devant les juridictions nationales.

3) La conception subjective de la dignité humaine par le droit européen est-elle applicable en France ?

Le droit à la dignité humaine est-il un droit subjectif ? La question mérite d'être posée dans la mesure où elle suscite un vrai débat doctrinal. Ainsi, le professeur Viriot-Barrial⁷¹² fait état de l'ensemble des auteurs dont les points de vue s'opposent à ce sujet. Il y a ceux qui, comme le professeur Molfessis⁷¹³, estiment qu'il ne s'agit pas d'un droit subjectif dans la mesure où il est difficile d'engager une procédure judiciaire sur ce fondement. Si le droit subjectif implique la reconnaissance d'un droit et l'élaboration d'une législation protectrice, il n'existe pas dans la législation française de dispositions protégeant directement la dignité humaine. Si ce principe les transcende, il est difficile pour des justiciables de fonder leur demande de réparation sur une atteinte à la dignité humaine sur une norme propre. En outre, comme l'estime l'auteur, ce droit ne pourrait être considéré comme tel dans la mesure où son application est impossible en ce qui concerne l'enfant à naître ou encore la personne décédée⁷¹⁴ qui disposent d'un droit à la dignité. Alors, le droit à la dignité humaine est-il un droit subjectif ? Nous nous apercevons qu'en réalité, il peut valablement recevoir cette qualification.

D'autres, comme le professeur Cornu⁷¹⁵, ont également pensé qu'il ne pouvait être considéré comme un droit objectif, comme un « droit-créance » impliquant une action positive de l'Etat. Effectivement, il est inimaginable d'envisager la dignité humaine comme un « droit-créance » pur, même si, comme nous le verrons plus loin, il peut se servir d'eux pour s'exprimer. Il est impossible pour l'Etat de fournir une action

⁷¹¹ V. Champeil-Desplats, « Dignité de la personne », *op. cit.*

⁷¹² D. Viriot-Barrial, « Dignité de la personne humaine », *op. cit.*

⁷¹³ N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in M-L. Pavia et T. Revet, « *La dignité de la personne humaine* », *op. cit.*, p. 107.

⁷¹⁴ *Ibidem.*

⁷¹⁵ G. Cornu, « *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens* », Montchrestien, 11^{ième} édition, 2003, p. 189.

positive afin de « distribuer » de la dignité humaine. En revanche, il incombe à l'Etat, comme nous le verrons, par une action positive et l'établissement d'une législation protectrice de protéger des droits qui se fondent sur la dignité humaine. Comme l'est, par exemple, le Droit au Logement Opposable (*DALO*). Le rattachement des droits sociaux au concept de dignité humaine paraît alors comme une évidence même si qualifier ainsi un tel principe serait, au contraire, plutôt hasardeux.

Enfin, certains auteurs, à l'image du professeur Jean-Pierre Gridel, considéreront que la dignité humaine dépend d'un mélange des deux conceptions classiques⁷¹⁶.

Concernant, le professeur Saint-James⁷¹⁷, elle considère que la dignité humaine telle qu'envisagée par les « textes internationaux » répond plus d'un droit subjectif. Elle estime que ce droit est abordé « le plus souvent sous l'angle de la prohibition des atteintes à la dignité »⁷¹⁸. Pour l'auteur, il ressort de l'article 3 de la Convention relatif aux « *actes inhumains et dégradant* » un véritable « concept de la dignité »⁷¹⁹. Ainsi, la Cour européenne va considérer l'article 3 de la Convention plus comme un véritable droit à la dignité déguisé qu'une protection contre les atteintes physiques procurant à la personne une souffrance aigue et une situation d'asservissement. Ainsi, dans l'affaire « *Tomasi c/ France* »⁷²⁰, le juge Meyer a considéré que l'atteinte à la dignité emporte automatiquement la violation de l'article 3 de la Convention.

Virginie Saint-James, tente alors de confronter cette conception à la conception française de la dignité humaine⁷²¹. Notamment en posant la question de savoir quelle aurait été la solution de l'arrêt « *Commune de Morsang-sur-Orge* »⁷²² si l'article 8 de la CEDH avait été opposé à la liberté de commerce par les autorités ? Nous pouvons alors imaginer que la pratique aurait subsisté. Le Conseil d'Etat, s'il avait suivi la conception de la Cour européenne, aurait considéré que le consentement des individus à une telle pratique fait obstacle à toute atteinte à la dignité humaine, faisant de ce dernier un véritable droit subjectif.

Alors qu'en est-il réellement aujourd'hui ? Nous constatons et constaterons une nouvelle fois, plus loin, que le droit à la dignité humaine, en France, s'attache au développement des droits sociaux, des « droits-créances ». En tant que principe régulateur, composant de l'ordre public, il s'oppose au développement des libertés. Il ne peut donc être considéré comme un droit subjectif pur.

Néanmoins, son abstraction l'empêche d'être considéré, lui-même, comme un véritable « droit-créance ». Imaginons le justiciable réclamant que l'Etat lui délivre sa dignité humaine. La situation paraît même inénarrable. En revanche, son aspect

⁷¹⁶ J.-P. Gridel, « L'individu juridiquement mort », *Dalloz* 2000, Chronique n°266.

⁷¹⁷ V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Dalloz* 1997, p. 61.

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ *Ibidem*.

⁷²⁰ CEDH n°12850/87 du 27 août 1992, « *Affaire Tomasi c/ France* ».

⁷²¹ V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *op. cit.*

⁷²² Conseil d'Etat, Assemblée du 27 octobre 1995, n°136727, « *Commune de Morsang-sur-Orge* ».

protecteur des droits le rapproche de la conception retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme. Effectivement, la législation relative à la protection du corps humain interdit que toute atteinte lui soit portée sous l'égide de la dignité humaine. Ainsi, lorsque l'on nuit à l'intégrité physique de la personne, l'on porte atteinte à la dignité humaine. Cette règle semble être reconnue et dispose d'une législation ample permettant sa protection. Alors quid du régime juridique de la dignité humaine ? Qualifié de principe « matriciel » par la doctrine, notamment par le maître de conférence Nicolas⁷²³, ce « super-droit fondamental » semble aujourd'hui supérieur à toute autre valeur pourtant sacrée comme le droit à « l'égalité », comme l'a admis le professeur Saint-James⁷²⁴. Pourquoi ne pas le considérer alors comme un « droit chapeau », un peu à l'image de sa force dans la Convention d'Oviedo ? S'il n'est nullement envisageable ou souhaitable d'établir une hiérarchie des droits fondamentaux, force est de constater que ce dernier a une grande influence sur les autres. Il s'agit donc d'un « droit chapeau » ou d'un « droit pivot », un droit à partir duquel découlerait tous les autres et ainsi considérer son régime comme étant hybride, inspirant autant les « droits-créances » que les « droits subjectifs » ? Nous constaterons qu'en matière de santé, la qualité « matricielle » dudit droit est effectivement présente, opérant premièrement une protection de l'individu mais également, comme nous le verrons plus tard une régulation de ses droits.

C) La dignité humaine dans le système sanitaire français

Le droit national établit un lien entre la notion de dignité humaine et dans le cadre de la loi (1) et de la jurisprudence (2).

1) Le principe de dignité humaine dans les lois à caractère médico-social

Préalablement évoquée, la loi 02 janvier 2002 « *renovant l'action sociale et médico-sociale* » consacre le principe du respect de la dignité humaine. Ainsi les articles 3 et 7 évoquent respectivement, de manière expresse, la notion de respect de dignité humaine. Ce principe constitue une condition de la « *conduite* » de « *l'action sociale et médico-sociale* » ainsi qu'une garantie vis-à-vis de l'administration. Si la dignité de l'individu est garantie par l'administration sanitaire, alors l'Homme dans sa relation intime avec sa santé doit être seul maître, le seul moteur de décision. Son consentement, son autonomie doivent être considérés comme les axes cardinaux de la relation patient-médecin. Si la loi du 04 mars 2002, elle, a permis d'équilibrer cette relation, il reste aujourd'hui des points à renforcer afin que ce principe de dignité, dans sa vision subjective, soit intégralement protégé. Pour être effectivement opératoire et garanti, la relation patient-médecin doit se trouver en parfait équilibre, les deux acteurs doivent se

⁷²³ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 191.

⁷²⁴ V. Saint-James, « *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français* », op. cit.

trouver sur un pied d'égalité. Si cet équilibre passe parfois par une pratique consciencieuse des soins et la recherche de la volonté de l'individu, elle passe surtout par une modification en profondeur de certains domaines du Code de la Santé publique à l'instar de l'obligation vaccinale, de l'hospitalisation d'office ou encore du don d'organe, du renforcement des garanties pour les personnes n'étant pas en mesure d'exprimer leur consentement ou encore d'ouvrir un plein accès à des pratiques encore trop restreintes.

a) La symbolique du respect de la dignité humaine par l'article L. 1110-2 CSP

Le Code de la santé publique n'échappe pas à son lot de références concernant la dignité de la personne humaine. Ainsi l'article L. 1110-2 CSP exprime de manière générale le principe selon lequel « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* ». Cette disposition relève néanmoins plus de la « symbolique » que d'une réelle révolution. Sa portée générale soulève son caractère introductif. Sa signification n'est néanmoins pas dépourvue d'intérêt. Selon cette règle, l'ensemble de la loi sanitaire reconnaît l'impératif d'agir dans le respect de ce principe. Il s'agit d'un rappel à l'égard de l'administration médicale mais également de l'ensemble des professionnels de santé, dans son acception la plus large, de toujours traiter avec dignité la personne face à eux, quel que soit son état de santé. Si le principe de dignité ne cesse pas avec la mort, s'il concerne le respect de la dépouille mais également le respect de la personne décédée pour ce qu'elle était, alors il va de soi, *a fortiori*, que le principe de la dignité s'applique à la personne malade. Il s'agit en réalité d'un rappel afin que le respect de la dignité de la personne malade soit accru par rapport à la personne dont l'état de santé est sain. Se trouvant dans une situation de faiblesse et vulnérabilité, l'ensemble des acteurs de la vie médico-sociale doivent redoubler de vigilance afin que ce principe soit préservé.

b) Les autres références à la dignité humaine dans le Code de la santé publique

Il ne faut pas attendre longtemps pour retrouver une référence au principe de sauvegarde de la dignité humaine dans le Code de la santé publique. En effet, l'article L. 1110-5 CSP, alinéa second, prévoit que concernant les mourants, les professionnels de santé doivent mettre en œuvre certains actes afin de préserver la dignité de la personne. Si de manière générale le principe de sauvegarde de la dignité humaine implique une abstention, une attitude passive vis-à-vis de la personne en n'exerçant sur elle aucun comportement de nature à compromettre son droit à la dignité, en droit de la santé le respect de ce principe implique parfois une action positive de la part de l'administration médicale. Ainsi, selon ledit article, lorsque la personne malade est mourante, est opposable aux professionnels de santé, une interdiction assortie d'une obligation. D'une part, il est interdit au médecin de pratiquer des soins qui pourraient constituer une « *obstination déraisonnable* ». Cette perspective reste néanmoins quelque peu critiquable dans la mesure où le législateur « interdit » toute pratique des soins qui aurait pour but de sauver la vie de la personne ou de sauvegarder sa santé. Or, comme

nous l'avons évoqué, le droit à la vie (et donc le droit à la santé qui constitue un corollaire) est un droit connexe à celui de la sauvegarde de la dignité humaine. Il est alors choquant de se passer de soins qui auraient vocation à préserver la personne et sa dignité humaine. Nous envisageons néanmoins une nuance en soulevant deux conditions supplémentaires à l'arrêt des soins. Outre les conditions déjà évoquées par le Code de la santé publique en son article L. 1110-5 CSP⁷²⁵, deux autres conditions cumulatives doivent être ajoutées afin d'éviter les dérives. Tel que conçu par la loi du 22 avril 2005, ledit article laisse une marge d'appréciation trop importante du corps médical qui, lorsqu'il se retrouve face à une personne incapable d'exprimer sa volonté, dépourvue de famille ou de proche, reste à la merci du professionnel de santé. Ces deux conditions supplémentaires sont celles de la pratique de soins indolores et le respect exclusif du consentement de la personne.

Selon nous, l'article L. 1110-5 devrait être rédigé ainsi « *Lorsque les soins pratiqués ne procurent plus d'effet sur l'état de santé de la personne, ces derniers peuvent être interrompus à la condition que cette inefficacité soit médicalement prouvée ou qu'elle n'ait d'autre effet que de maintenir la personne dans une vie artificielle à la condition que lesdits soins, outre leur inefficacité, procurent à la personnes des douleurs physiques ou psychiques et surtout si la personne a clairement exprimé son consentement à cette interruption de manière libre et éclairée, lorsque celle-ci se trouve en pleine possession de ses facultés intellectuelles afin que sa dignité soit préservée. A défaut, lorsque la personne se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté la consultation des directives anticipées, de la personne de confiance, du responsable légal, de la famille ou des proches est nécessaire afin que soit établi un faisceau d'indices permettant de reconstituer la volonté du malade. Si le médecin se retrouve dans l'impossibilité de constituer un tel faisceau d'indices, ce dernier, s'il constate que les autres conditions sont remplies, peut demander au juge la mise en place des soins palliatifs et l'arrêts des soins qui peuvent constituer un acharnement thérapeutique* ».

Une telle rédaction permettrait d'une part de fonder le respect de la dignité de la personne sur son consentement. Le respect de ce dernier constituerait la réification de la sauvegarde du principe de dignité, mais elle permettrait également de ne pas laisser un droit de vie ou de mort à l'exclusivité du médecin dans les cas où la personne inconsciente serait dépourvue de proches permettant de constituer des informations nécessaires à l'établissement à la présomption de consentement. La référence à la douleur est également indispensable car elle constitue, selon la jurisprudence de la Cour européenne, le fondement de la dignité humaine. Si la dispense d'un traitement permettant de sauver la vie de la personne ou d'un traitement maintenant une personne en vie fusse-t-elle artificielle, ne lui procure aucune douleur, alors il est nécessaire de privilégier le droit à la vie sur toutes autres considérations. Alors, s'il est médicalement constaté que la personne se trouve dans une situation de souffrance et que le traitement

⁷²⁵ Article L.1110-5, alinéa 2, CSP selon lequel pour que l'interdiction de soins constituant une « *obstination thérapeutique* » soit retenue, il est nécessaire que ledit traitement soit « *inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie* ». Ainsi rédigé, la personne reste soumise à la décision du médecin. Or il est nécessaire que la décision appartienne exclusivement à la personne.

à vocation curative n'est d'aucun effet sur elle, le principe de la dignité impose aux professionnels de santé de dispenser à la personne des soins palliatifs qui garantiront le respect de la dignité de la personne en la privant de toute douleur.

Comme l'indique l'article L. 1110-10 CSP, les soins palliatifs ont vocation « à *sauvegarder la dignité de la personne malade* » en la privant de toute « *douleur* » ou « *souffrance psychique* ». Cette disposition vient confirmer l'ensemble des dispositions préalablement étudiées qui dégagent le principe selon lequel la douleur et la souffrance de la personne constituent une atteinte à la dignité de cette dernière. En matière de fin de vie, le principe de sauvegarde de la dignité humaine n'est pas seulement opposable au malade mais également aux « association qui organisent l'intervention des bénévoles » selon l'article L. 1110-11 CSP. Les articles L. 1111-4, L. 1111-10, L. 1111-13 CSP font une nouvelle fois référence à la dispense de soins palliatifs afin que la dignité de la personne soit « assurée ».

En ce qui concerne les soins psychiatriques sans consentement, qu'il s'agisse de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ou de l'hospitalisation d'office, l'article L. 3211-3 CSP exige que « *la dignité de la personne doit être respectée...* ». Cette disposition est nécessaire afin de respecter la nature humaine déjà malmenée avec la contrainte d'enfermement. Lorsque la personne, malade mentale, fait l'objet de mesures contraignantes telles que les hospitalisations psychiatriques sans leur consentement, il est nécessaire de veiller à ce qu'un tel droit leur soit garanti. Cela passe par la considération de la personne, par l'administration des soins nécessaires à son rétablissement ou au maintien de son état. Le principe de dignité s'intéressant de près aux personnes faisant l'objet d'une particulière vulnérabilité, il était dès lors nécessaire d'insérer un tel article dans le Code de la santé publique en ce qui concerne les personnes privées de leur liberté d'aller et venir.

Afin que cette sauvegarde de la dignité humaine des personnes internées soit effective, l'article L. 3222-5 CSP prévoit le contrôle de la situation desdites personnes par une « *commission départementale des soins psychiatriques* ».

Le dernier article de la partie législative à évoquer le principe de dignité humaine est l'article L. 2211-1 CSP qui prévoit la protection de l'individu dès le « *commencement de sa vie* » en ce qui concerne l'interruption volontaire de grossesse. L'article reprend *stricto sensu* l'article 16 du Code civil qui dispose que « *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* ». Une telle disposition devrait se trouver en préambule du Code de la santé publique. L'insertion de cette règle à cette place limite son application et sa compréhension à l'interruption volontaire de grossesse alors qu'il s'agit d'un principe fondamental instauré par les lois bioéthiques de 1994.

La partie réglementaire du Code de la Santé publique fait également largement référence au principe de la dignité humaine. Ils est envisagé par des règles qui concernent l'état de l'hébergement des malades qui doit respecter l'« *intimité et la*

dignité de la personne » (article D. 6124-302 ou D. 6322-31 CSP), la dispense de soins auprès de détenus ou de manière plus générale des personnes « *privées de liberté* » et qui font dont l'objet d'une situation d'une particulière vulnérabilité (article R. 4127-10 CSP), concernant la qualité de la dispense des soins de la sage-femme qui doivent être conforme à la « *dignité* » (article R.4127-327 CSP), tout comme le « *conseiller en génétique* » (article R. 1132-7), de manière plus générale, il est prévu que « *la direction générale de l'offre de soins participe (...) au respect de la dignité et des droits des usagers de l'offre de soins* » (article D. 14421-2).

En ce qui concerne les devoirs du médecin, celui-ci est soumis au principe du respect de la dignité de la personne en raison de l'article R. 4127-2 CSP. Ce principe a une vocation générale dans la mesure où il s'intègre dans le Code de déontologie médicale opposable à l'ensemble des professionnels de santé. Plus particulièrement, l'article R. 4312-2 CSP rappelle que ce principe de respect de la dignité humaine est également opposable aux infirmiers et infirmières, tout comme pour les kinésithérapeutes selon l'article R. 4321-53 CSP, au pédicure-podologue selon l'article R. 4322-33 CSP ou R. 4322-51 CSP, « *le prestataire de services et le distributeur de matériels* » sont également soumis à cette obligation selon l'article D. 5232-4,

Le Code de la santé publique est empreint de cette fameuse règle relative au respect de la dignité humaine. Néanmoins cette règle est insuffisamment présente dans ledit Code, notamment en matière de protection du consentement. Si la portée de l'article L. 1110-2 CSP peut être qualifiée de disposition générale ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des aspects de la relation médicale, qu'il s'agisse de la formation de la convention ou de son exécution, il semble néanmoins nécessaire de rappeler que le consentement de la personne contribue à la sauvegarde d'un tel principe dans la mesure où il limite la contrainte et permet d'optimiser l'indépendance et l'autonomie de la personne face au pouvoir du corpus médical. Même justifiées par le respect de certains impératifs, il est tout de même nécessaire que cette modification soit accompagnée par une transformation substantielle des règles du Code de la santé publique, la question se situant dès lors sur la conciliation et cohabitation de principes connexes mais pourtant, sur certains aspects, incompatibles.

2) Le principe de dignité dans la jurisprudence médicale

a) *Le juge administratif et le lien entre les notions de consentement et de dignité humaine*

Le Conseil d'Etat a déjà eu à se prononcer sur la notion de dignité de la personne humaine dans le domaine de la santé et notamment à propos de l'obligation vaccinale. Dans un arrêt du 26 novembre 2001⁷²⁶. Il va considérer que les dispositions qui « *rendent obligatoires un certain nombre de vaccinations ou donnent la possibilité à*

⁷²⁶ Conseil d'Etat, ½ SSR, du 26 novembre 2001, n°222741.

l'autorité administrative d'instituer par voie réglementaire de telles obligations ; que si ces dispositions ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, et sont proportionnées à cet objectif ; que, dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine... ».

Le raisonnement du Conseil d'Etat est celui est de considérer que dans la mesure où l'atteinte à l'intégrité du corps humain constitue une contrainte minime par rapport à l'objectif poursuivi, il est nécessaire que l'impératif servant l'intérêt général prime celui qui tente de sauvegarder l'intérêt individuel de la personne. Néanmoins, ce raisonnement ne tient qu'à l'égard de la seule injection et non vis-à-vis des risques liés à l'administration dudit vaccin. Le seul risque de pouvoir développer des affections telles que la sclérose en plaque constitue une disproportion de manière à justifier un refus de vaccination. Néanmoins, le Conseil d'Etat ne reconnaît qu'au cas par cas et dans des circonstances strictes la contraction de la sclérose en plaque liée à une vaccination. Dès lors, l'obligation vaccinale ne peut être justifiée dans la mesure où la raison qui tient à la préservation de la santé peut en réalité en constituer une menace. Cela nécessite néanmoins une reconnaissance générale et absolue du risque de contraction de la sclérose en plaque pour les personnes ayant recours à certains vaccins comme celui lié à l'hépatite B.

En outre, nous pouvons considérer de cette solution que la contrainte médicale porte bien atteinte à la dignité humaine. Contrairement à la loi qui, malgré la reconnaissance du droit au consentement et de la protection de la vie privée ne lie pas les deux notions, la jurisprudence semble cependant prête à considérer que la pratique médicale sans le consentement de la personne peut porter atteinte à la dignité de cette dernière, dès lors que l'atteinte est disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Dans un autre domaine que la santé, le juge administratif a admis une nouvelle fois que les notions de consentement et de dignité humaine étaient liées. Effectivement, concernant la captation d'image d'une personne dévêtue, le Cour administrative d'appel de Douai⁷²⁷ a considéré que « *compte tenu de ses fonctions au titre desquelles il a été invité à poser lors du vernissage, M. A, qui ne saurait sérieusement soutenir que son consentement aurait été surpris, doit être regardé comme ayant tacitement mais nécessairement consenti à la captation de son image ; qu'eu égard à sa nature, et alors surtout que l'activité de modèle vivant impliquait des poses dévêtues, la photographie qui a été prise n'a pas porté atteinte à la dignité de l'intéressé* ». Le fait de consentir, même tacitement empêche de porter atteinte à la dignité de la personne. Nous pouvons alors considérer que la personne se rendant chez un médecin transcrit un consentement

⁷²⁷ Cour administrative d'appel de Douai, Première Chambre du 24 novembre 2011, n°10DA01057.

tacite, que dès lors il ne peut être porté atteinte à la dignité par la pratique des soins. *A contrario*, lorsque les soins sont subis, l'atteinte à la dignité humaine peut être retenue.

Cette position selon laquelle les atteintes non-consenties aux droits de la personne méconnaissent automatiquement le respect de la dignité de la personne est confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Marseille⁷²⁸. Le juge admet que « *sauf cas d'urgence, d'impossibilité, ou de refus du patient d'être informé, ce dernier doit être éclairé dans les conditions qui permettent de recueillir son consentement sur les caractéristiques, l'étendue et les conséquences du traitement qu'il va subir, les risques connus de décès ou d'invalidité, et les éventuelles alternatives thérapeutiques ; que cette obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine...* ». Dès lors, il n'est plus contestable de considérer qu'en matière médicale, le fait de ne pas dispenser une information aux patients, étant nécessaire au libre consentement éclairé, constitue par syllogisme une atteinte au respect de la dignité de la personne.

Plus récemment, le juge administratif de Paris a considéré que « *la contention physique des malades qui consiste à les maintenir alités membres supérieurs et inférieurs attachés par des sangles n'est utilisée, du fait de l'atteinte à la dignité du patient, qu'en dernier recours, après que le personnel soignant a d'abord usé des pouvoirs de la parole, de la pharmacopée à doses suffisantes et du placement en chambre d'isolement* »⁷²⁹. Cette décision a plusieurs portées. D'une part, que les patients qui sont hospitalisés sans leur consentement du fait de leur maladie mentale n'en sont pas moins privés du droit à la dignité humaine malgré la forte limitation de leur liberté. En second lieu, l'arrêt vient confirmer le lien qui existe entre la contrainte physique, la négation du consentement de la personne et le principe de respect de la dignité humaine.

Un dernier arrêt de la Cour d'appel de Nantes⁷³⁰ vient confirmer que le défaut d'information qui altère le consentement libre et éclairé donné par la personne constitue *de facto* une atteinte à la dignité humaine. Que dès lors que l'obligation d'information s'éteint par la mise en place des dispositions légales, il ne peut être porté atteinte à la dignité de la personne. La Cour administrative a dès lors souligné qu'« *à supposer que Mme B... n'ait pas, comme elle le soutient, été informée des risques délétères pour son enfant des produits sédatifs qui lui ont été injectés au cours de l'accouchement et n'ait pas été mise à même de donner son consentement, il est constant que dans le contexte d'urgence dans lequel ces choix thérapeutiques ont été décidés, alors qu'il n'existait aucune alternative thérapeutique, aucun défaut d'information ne peut, en tout état de cause, être retenu à... ; que, par ailleurs, aucun des éléments produits du dossier et notamment la*

⁷²⁸ Cour administrative d'appel de Marseille, Deuxième Chambre du 17 septembre 2012, n°10MA01803.

⁷²⁹ Cour administrative d'appel de Paris, Troisième Chambre du 6 mars 2014, n°13PA02584.

⁷³⁰ Cour administrative d'appel de Nantes, Troisième Chambre du 16 octobre 2014, n°13NT02049.

remise d'images et d'une empreinte de Flore à ses parents ne permet d'établir une atteinte à la dignité de l'enfant en fin de vie... ».

b) Le juge judiciaire et les notions de consentement et dignité

La Chambre criminelle a rappelé, concernant une personne faisant l'objet d'une recherche biomédicale sans son consentement, que l'article 223-8 du Code pénal, réprimant un tel comportement, avait pour objectif de « *protéger l'intégrité physique et la dignité des personnes* »⁷³¹.

La première Chambre civile du 22 octobre 2009 retient que le fait de ne pas délivrer l'information nécessaire afin d'obtenir un consentement libre et éclairé constitue une atteinte au droit à la dignité humaine⁷³².

Le 12 juin 2012⁷³³ la Cour de cassation rendit une décision selon laquelle « *le traitement prescrit, quoique pratiqué couramment et sans risque connu, n'était pas conforme aux indications prévues par l'autorisation de mise sur le marché, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations, desquelles il résultait que M.Y..., ainsi privé de la faculté de donner un consentement éclairé, avait nécessairement subi un préjudice, les conséquences légales qui en découlaient* ». Cette décision fût rendue sous le visa du principe de la dignité humaine.

La Cour de cassation avait alors été très explicite sur cette situation dans un arrêt du 03 juin 2010⁷³⁴ en retenant le moyen d'une partie selon lequel « *l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation* ».

Qu'il s'agisse du juge administratif ou judiciaire, l'ensemble des magistrats sont unanimes sur les conséquences d'une atteinte à l'intégrité physique sans le consentement de la personne. Si l'atteinte à l'intégrité physique n'est pas en soi un droit fondamental, il constitue néanmoins un « droit satellite », un « pare-feu » qui permet de protéger d'autres droits fondamentaux tels que le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'Homme ou la dignité humaine selon le Conseil constitutionnel et les juridictions nationales. L'intégrité physique, si l'Homme peut décider d'y contrevenir pour des motifs impérieux, elle, n'est cependant pas sans limite. Le droit de la personne sur son propre corps est ainsi limité afin d'éviter toutes dérives, alors imaginons le droits des tiers sur notre propre corps. Hormis les cas où l'urgence ou l'impossibilité de recueillir le consentement de la personne l'exigent, nul ne peut porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui sous peine de porter atteinte à sa vie privée, son

⁷³¹ Cour de cassation, Chambre criminelle du 24 février 2009, n°08-84.436.

⁷³² Cour de cassation, Première Chambre civile du 22 octobre 2009, n°08-15.442.

⁷³³ Cour de cassation, Première Chambre civile du 12 juin 2012, n°11-18.327.

⁷³⁴ Cour de cassation, Première Chambre civile du 3 juin 2010, n°09-13.591.

intimité et sa dignité humaine, que cette personne soit un individu lambda ou un professionnel de santé. La loi du 04 mars 2002 qui rééquilibre les relations entre le patient et le médecin a permis de développer une jurisprudence uniforme, considérant que le temps de la toute-puissance médicale était révolu. Désormais, dans les limites de la loi, il est nécessaire que la personne consente de manière expresse mais également de manière libre et éclairée à toute intervention médicale.

En outre, si la loi du 04 mars 2002 consacre le droit au consentement du patient c'est certainement grâce à la décision du 27 juillet 1994 du Conseil constitutionnel et la reconnaissance du principe de dignité qu'un tel raisonnement est survenu. Ainsi, nous pouvons alors considérer qu'il n'est nullement nécessaire qu'un tel droit soit inscrit textuellement dans la Constitution dans la mesure où tant le législateur que la jurisprudence se sont imprégnés de cette mouvance protectrice de la personne humaine. La législation actuelle semble alors équilibrée entre les impératifs sociaux comme le droit à la santé et à la vie et la liberté individuelle de la protection du corps humain, de son inviolabilité. Le seul point noir dans le paysage réside en la législation vaccinale qui semble, elle disproportionnée par rapport au but recherché.

Enfin, concernant les perspectives d'évolution dudit droit, nous pouvons être optimistes. Effectivement, le droit à la protection de la dignité humaine a été élargi par la loi et par la jurisprudence qui considèrent désormais, outre la protection de l'intégrité physique *stricto sensu*, que le principe concerne également le consentement et l'information du malade. En effet, l'art médical contrevenant à l'intégrité physique de chacun, les magistrats ont jugé nécessaire d'appliquer ledit principe à ce domaine. Ainsi, cet élargissement du droit à la protection de la dignité humaine constitue, aujourd'hui un « droit acquis » pour lequel il serait difficile d'envisager un retour en arrière.

Privé de fondement constitutionnel, le principe de la dignité humaine peut-il pour autant voir sa teneur amoindrie ? Peut-on vider de sa substance le principe de dignité par la loi ? Comme pour les lois de bioéthique de 1994 et les décisions qui ont suivi, une loi contraire à la dignité humaine pourrait faire l'objet d'un recours devant le juge constitutionnel en vertu des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Face à la liberté du législateur pour organiser les droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel a dégagé un principe dans sa jurisprudence dite « *du cliquet* ». Selon le professeur Vincent Tchen⁷³⁵, cette jurisprudence est propre aux droits fondamentaux. Le professeur Guillaume Drago considère cette technique comme un « refus d'abrogation » imposé au législateur par le Conseil constitutionnel⁷³⁶. Il considère cette jurisprudence comme un moyen pour le juge de la loi de « déclarer une disposition législative nouvelle inconstitutionnelle au motif qu'elle ne maintient pas les garanties issues de règles constitutionnelles, qui existaient dans le texte ancien que la loi nouvelle est censée modifier ou remplacer. On parle d'« effet-cliquet » parce que le Conseil constitutionnel

⁷³⁵ V. Tchen, « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *JurisClasseur Administratif*, 20 mai 2013, Fascicule n°1440.

⁷³⁶ G. Drago, « Procédure du contrôle de constitutionnalité », *JurisClasseur Administratif*, 05 novembre 1999, Fascicule n° 1414.

n'admet des modifications à ces garanties constitutionnelles que dans le sens d'une plus grande protection. Le législateur ne peut donc les modifier que pour accroître les droits et libertés constitutionnellement protégés et non pour les restreindre »⁷³⁷. Il ajoute que « Le seul aménagement possible de cette conception réside dans la réalisation d'un objectif constitutionnel poursuivi par le législateur qui peut conduire à la remise en cause de situations existantes intéressant une liberté publique »⁷³⁸. Ainsi, dans sa décision du 11 octobre 1984⁷³⁹, le Conseil constitutionnel a déclaré que « *s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant des situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations aurait été illégalement acquise ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi* ».

De ce fait, il est impossible pour le législateur de revenir sur un tel droit. S'il est loisible au législateur de rendre ce droit plus effectif selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 13 août 1993⁷⁴⁰, il ne peut, en revanche, le restreindre, le « concilier » qu' « avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ». Pour le professeur Dominique Turpin, cette règle est le constat que « l'âge d'or » des droits fondamentaux est derrière nous. Il déclare que cette technique tend « à brider la volonté du législateur d'aujourd'hui au nom de celle du législateur d'hier ou d'avant-hier (...) en vertu d'une conception conservatrice et pessimiste selon laquelle « l'âge d'or » des libertés serait derrière nous et non devant, de même que ces dernières seraient à préserver plutôt qu'à conquérir »⁷⁴¹. Nous ne pouvons qu'être en accord avec ces propos, le « cliquet » joue inévitablement un rôle conservateur en matière de libertés fondamentales.

En se fondant sur la décision du 29 décembre 2012⁷⁴², le professeur Vincent Tchen estime⁷⁴³ que désormais, le Conseil constitutionnel n'exige plus du législateur qu'il préserve un certain « niveau de garanties » mais que la loi nouvelle ne vide pas, de manière substantielle, le droit fondamental garanti par la loi ancienne. Dans une décision du 16 mai 2013⁷⁴⁴, le Conseil constitutionnel déclare que « *la loi fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées locales ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce*

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ *Ibidem*.

⁷³⁹ Conseil constitutionnel, n°84-181 DC du 11 octobre 1984, « *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* ».

⁷⁴⁰ Conseil constitutionnel, n°93-325 DC du 13 août 1993, « *Maitrise de l'immigration* ».

⁷⁴¹ D. Turpin, « *Contentieux constitutionnel* », Gualino, 2000, p. 114.

⁷⁴² Conseil constitutionnel, n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, « *Loi de finances pour 2013* ».

⁷⁴³ V. Tchen, « *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux* », *op. cit.*

⁷⁴⁴ Conseil constitutionnel, n°2013-667 DC du 16 mai 2013, « *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral* ».

faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ». Nous pouvons alors valablement considérer, d'après cette décision, que le législateur peut dorénavant abroger des dispositions légales mettant en œuvre des principes constitutionnels dans les cas où ces principes ne se retrouvent pas dépourvus de garanties. Concernant la dignité humaine, il faudrait au législateur un travail titanesque afin de priver un pareil droit de garanties légales.

En conclusion, nous pouvons considérer que les droits de la personne, les droits protecteurs de la personne constituent, aujourd'hui, un véritable bouclier contre les atteintes au consentement aux soins. Effectivement, l'ensemble des principes énoncés par les articles 16 et suivants du Code civil trouvent deux fondements constitutionnels de la plus haute importance. D'une part, la protection du corps humain s'inspire du respect de la vie privée. Comme nous l'avons indiqué, la CEDH a toujours établi un lien évident entre l'atteinte au corps humain et l'atteinte à la vie privée. Cette dernière constitue en France, depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un véritable droit fondamental se rattachant à l'article 2 de la DDHC. Cette conception européenne de la vie privée doit néanmoins être importée devant les juridictions françaises qui ne l'appliquent, pour l'heure, qu'aux préjudices moraux.

Ces atteintes à l'intégrité physique bénéficient, de plus, d'un rattachement constitutionnel majeur. Celui de la dignité humaine. Le Conseil constitutionnel a rattaché les principes de protection du corps humain à la dignité humaine dans sa décision du 27 juillet 1994⁷⁴⁵. Ainsi, le principe de la dignité humaine s'est ouvert au subjectivisme des droits fondamentaux. Si nous ne pouvons admettre qu'il s'agit d'un véritable droit subjectif, nous admettrons qu'il bénéficie d'un régime spécial lui permettant d'irriguer tous les pans du droit. « A droit spécial, régime spécial » dirons-nous. La logique est pourtant simpliste. Si l'atteinte à l'intégrité physique constitue automatiquement une atteinte à la dignité humaine, alors, en raison du préjudice subi, l'individu dispose d'un recours devant une juridiction afin d'indemniser ce préjudice subi au nom de la dignité humaine, malgré l'absence d'une référence légale ou constitutionnelle propre audit droit. De ce fait, il existe un lien évident entre la notion de dignité humaine et de droit au consentement en matière médicale dans la mesure où ladite matière porte atteinte à l'intégrité physique. D'ailleurs les jurisprudences récentes du juge administratif ou judiciaire notent et mentionnent ce lien finalement logique entre respect de la qualité humaine de la personne et consentement. Cette tendance démontre alors le développement d'une telle notion de la dignité ainsi que son autorité. Madame Nicolas⁷⁴⁶ ne se trompe pas lorsqu'elle cite le professeur Noëlle Lenoir qui considère ce droit comme « indérogeable »⁷⁴⁷. Le patient dont le consentement a été banalisé dispose alors d'une véritable arme à l'encontre du corps médical, un adjuvant constitutionnel incommensurable.

⁷⁴⁵ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « *Lois de bioéthique* ».

⁷⁴⁶ G. Nicolas, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », op. cit., p. 191.

⁷⁴⁷ N. Lenoir, « *Bioéthique, Constitution et droits de l'homme* », Diogène, 1996, n°172, p. 29.

CHAPITRE SECOND – L’ADJUVANT SPÉCIFIQUE À LA RELATION MÉDICALE PRIVÉE : LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE COMME RENFORT DU CONSENTEMENT DU PATIENT

La liberté qui découle des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l’Homme de 1789 dont le premier prescrit que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturel et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la sûreté, et la résistance à l’oppression* ». Cet article est le fondement naturel de la liberté individuelle qu’elle partage avec la protection de la liberté personnelle d’après la construction prétorienne qu’a opérée le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2003-484 du 20 novembre 2003⁷⁴⁸.

La liberté telle qu’elle peut être entendue par le profane permet à chaque individu de pouvoir décider des actes, actions qu’il désire entreprendre. Dans le cadre de sa relation avec les tiers, la liberté de l’individu ne peut, par essence, être absolue. Trop de liberté nuirait irrémédiablement à la liberté des autres. Ainsi, l’article 4 de la Déclaration limite l’exercice de ladite liberté au respect des droits des autres.

L’autodétermination de la personne constitue l’essence même de la liberté. Chaque individu est libre de ses choix, de ses actions selon sa volonté, son consentement.

En ce qui concerne le droit des contrats, la relation contractuelle est *a priori* empreinte de cette liberté, de ce libéralisme. D’une part, car il existe une réelle liberté théorique pour les individu de pouvoir contracter ou non, de pouvoir choisir son cocontractant ou de pouvoir choisir les éléments qui constitueront le contrat. Selon l’article 1101 du Code civil « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Selon cette disposition, si du contrat découle des obligations réciproques, ou non, elles existent seulement par l’expression de la volonté des parties. C’est donc par la liberté que les parties se soumettent à la contrainte. Il en va ainsi de la relation médicale privée, si le patient accepte qu’il soit porté atteinte à son intégrité physique c’est principalement sur le fondement de l’expression d’une volonté dont le formalisme n’est pas toujours exigé et dépend de la nature de l’intervention. Ainsi, les notions de consentement et de liberté contractuelle sont connexes. Selon l’article 1108 dudit Code, le consentement de la personne est une condition indispensable afin de déclarer la validité d’une convention, qui, à défaut serait sanctionnée de nullité.

Alors, le contrat médical existe-t-il toujours ? Est-il « universellement » applicable à toutes les relations médicales ? Comment cette liberté contractuelle s’exprime-t-elle à travers la relation patient-médecin ? Comment cette liberté contractuelle est-elle réifiée en droit de la santé ?

⁷⁴⁸ Conseil constitutionnel, n°2003-484 DC du 20 novembre 2003, « *Maitrise de l’immigration II* ».

Nous pouvons d'emblée répondre que si liberté contractuelle il y a, cette dernière ne pourra s'appliquer qu'à la relation médicale privée. Ainsi, seuls les patients ayant recours à la médecine libérale pourront s'arguer devant les juridictions judiciaires d'une violation de la liberté contractuelle. En ce qui concerne les usagers du service public hospitalier, ils devront, eux, recourir à la loi du 04 mars 2002 instaurant une « liberté publique » du droit au consentement. Cette liberté publique est d'ailleurs suffisante pour apporter des garanties à l'individu contre les agissements de l'administration sanitaire.

Dans cette étude de la relation médicale privée et de la liberté contractuelle, nous constaterons que cette notion entretient un lien étroit avec celle du consentement (SECTION I). Ce consentement, expression de la liberté des parties au contrat médical ne pose aucune difficulté lorsqu'il représente un accord du recours aux soins. Il est cependant problématique lorsqu'il relève d'un refus de soins, que ce dernier émane du patient ou du professionnel de santé (SECTION II).

SECTION I – LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET CONSENTEMENT DES NOTIONS INDISSOCIABLES DANS LA RELATION MÉDICALE PRIVÉE

Le Code civil organise les règles relatives au consentement dans son chapitre relatif aux règles générales en matière de droit des contrats. Le mot consentement vient du latin « *cum sentire* » qui désigne « l'accord », « le concours de deux volontés » selon le civiliste François Terré⁷⁴⁹. S'il existe deux volontés, celles-ci doivent respectivement émaner de la personne qui incarne l'offre, et de celle qui incarne la demande. Ce consentement constitue l'élément essentiel de la relation contractuelle et de la liberté qui s'y affère. Pour cela, nous nous poserons la question de savoir si la relation médicale privée est un contrat afin de pouvoir y appliquer la liberté contractuelle (Paragraphe 1). Une fois que nous aurons apporté une réponse à cette question, nous envisagerons d'étudier le consentement du droit général des contrats, qui découle de cette liberté, afin de le comparer au consentement aux soins (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La dimension constitutionnelle de la liberté contractuelle et la détermination du « contrat médical »

La reconnaissance de la liberté contractuelle comme étant un droit fondamental s'est faite de manière progressive (A). Ainsi, ce qui n'était qu'un principe longtemps rejeté par le Conseil constitutionnel fût progressivement consacré. Une fois exposé le caractère fondamental d'une telle liberté, pour l'appliquer à la relation patient-médecin il sera nécessaire de trancher une question déjà évoquée lors de première partie mais laissée volontairement en suspens. La relation médicale privée est-elle régie par un contrat ? (B).

⁷⁴⁹ F.Terré, « *Les obligations* », Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ième} édition, 2005, p. 107.

A) La consécration progressive et le régime de la liberté contractuelle

Pour le professeur Dominique Rousseau, la liberté contractuelle ne se trouve pas dans l'ensemble des règles relatives aux contrats mais « dans l'octroi « d'une dimension que la liberté contractuelle n'avait pas jusqu'alors, celle de norme servant à la préservation des conventions face au législateur », autrement dit une dimension fondamentale »⁷⁵⁰. Pour cet auteur, la liberté contractuelle permet de strictement limiter l'intervention du législateur en matière de droit des contrats afin de laisser aux parties contractantes une certaine autonomie. Nous envisagerons premièrement de définir la liberté contractuelle (1), avant d'affirmer son caractère de liberté fondamentale (2) et d'en observer l'application au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation (3) dans la mesure où aucune norme du Code civil ne l'envisage expressément.

1) La définition de la liberté contractuelle, un exercice compliqué

a) *La définition générale de la liberté contractuelle*

Pour le professeur Pierre-Yves Gahdoun, la liberté contractuelle est « l'abandon d'une certaine liberté en vue de la création d'un rapport contraignant jugé acceptable en raison des conséquences profitables qui en émergeront... »⁷⁵¹. Effectivement comment envisager le contrat comme autre chose que la manifestation de la volonté unilatérale, réciproque ou collective de s'obliger afin de tirer profit de cette solution. Il y a donc, comme le souligne l'auteur, une certaine forme de paradoxe dans l'expression même de « liberté contractuelle », un oxymore consacrant envers l'individu la liberté de pouvoir se contraindre. Il n'en demeure pas moins que la contrainte n'est légitime, en principe, que lorsqu'elle est consentie par son auteur.

Kelsen s'est justement exprimé sur cette notion indiquant qu'à travers elle « l'individu est libre de conclure ou non une convention qui le lie et, par conséquent, diminue sa liberté ; de plus, l'individu est libre de décider avec qui il conclura ou ne conclura pas une telle convention, et il est également libre de décider ce que la convention contiendra »⁷⁵².

La liberté contractuelle est la liberté pour chaque individu de pouvoir contracter mais également de pouvoir ne pas contracter, de décider du cocontractant ainsi que du contenu du contrat. Dans la relation médicale, cette liberté est pourtant parfois largement atteinte. Ainsi, certaines situations imposent aux individus de contracter (comme en matière vaccinale), imposent le choix du cocontractant (avec l'instauration

⁷⁵⁰ D.Rousseau, in « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Millau, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, préface.

⁷⁵¹ P.-Y. Gahdoun, « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Millau, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p.2.

⁷⁵² H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », Archives philosophiques du droit, 1940, p.33.

du parcours de soins coordonnés et l'institution de médecin traitant). En ce qui concerne la liberté de choix du contenu du contrat, il n'est en général jamais librement consenti, s'analysant le plus souvent comme un contrat d'adhésion⁷⁵³.

Pour Valérie Bernaud, maître de conférence, il s'agit d'une « expression fourre-tout »⁷⁵⁴. Si nous convenons, comme l'auteur, que cette notion recouvre une réalité plutôt abstraite. Il n'en demeure pas moins qu'elle représente certaines réalités justement évoquées préalablement qu'il s'agira de développer.

Pour l'auteur, la liberté contractuelle c'est la liberté pour l'individu de pouvoir contracter, de pouvoir choisir son cocontractant et, enfin, de choisir le contenu du contrat. Cette définition correspond à la conception « kelsénienne » de la liberté contractuelle.

a1) La liberté de contracter ou de ne pas contracter

La liberté de contracter implique donc un versant négatif se nomme « la liberté de ne pas contracter ». Pour les professeurs Jacques Mestre et Bertrand Fages, il s'agit de l'« expression la plus remarquable de la liberté contractuelle »⁷⁵⁵. Pour ces auteurs, il existe une matière manifestement marquante de cette liberté, la liberté d'association. Les auteurs se basent sur une décision de la Cour de cassation du 09 février 2001⁷⁵⁶ qui déclare qu'« *hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901* ».

La liberté de ne pas contracter est-elle empreinte d'une telle autorité dans les autres domaines du droit ? Pour Madame Bernaud, la réponse n'est pas évidente⁷⁵⁷. Notamment en matière de droit du travail. Si la théorie veut que la liberté soit tout autant effective qu'en matière de liberté d'association, la réalité demeure différente. Ainsi, une personne se trouvant en nécessité de revenus est-elle en mesure de refuser un contrat de travail ? Comme l'auteur, nous considérerons que l'état de dépendance économique de certaines personnes les prive de toute liberté en la matière, créant de ce fait un déséquilibre entre les parties contractantes. Notons également, qu'en matière d'assurance, tout individu est obligé de souscrire à un contrat d'assurance permettant de couvrir les risques liés à l'utilisation d'un véhicule terrestre à moteur ou de son habitation.

⁷⁵³ Le contrat d'adhésion est celui où « le contenu du contrat n'est pas le résultat de la libre discussion de deux parties placées sur un pied d'égalité ; il a été rédigé à l'avance et *ne varietur* par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants ». Cette définition est donnée par le professeur F. Terré, « Droit des obligations », op. cit., p. 202.

⁷⁵⁴ V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », Droit social 2015, p. 4.

⁷⁵⁵ J. Mestre et B. Fages, « De la liberté de ne pas contracter », RTD Civ. 2004, p. 280.

⁷⁵⁶ Cour de cassation, Assemblée plénière du 09 février 2001, n°99-17.642.

⁷⁵⁷ V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », op. cit.

a2) Le libre choix du co-contractant

Pour Aurélie Duffy, maître de conférence, le libre choix du cocontractant est une prérogative préexistante à la liberté contractuelle *stricto sensu*⁷⁵⁸. Pour elle, cette prérogative découle d'une décision du Conseil constitutionnel datant du 20 juillet 1988⁷⁵⁹. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel estime qu'il découle de la liberté d'entreprendre, la faculté pour l'employeur de « *choisir ses collaborateurs* ». Dans sa décision du 19 décembre 2000⁷⁶⁰, si le Conseil constitutionnel reconnaît une telle liberté, il refuse de censurer la loi qui impose aux pharmaciens de conclure une convention avec « *le comité économique des produits de santé* ». En outre, il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel rattache une telle faculté à la liberté contractuelle.

Pour Madame Bernaud⁷⁶¹, même si cet enthousiasme est à tempérer, c'est dans la décision du 13 juin 2013⁷⁶² que le libre choix du cocontractant est garanti. Le Conseil considère qu'« *il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre* ». Si nous pouvons nous réjouir de l'association expresse du libre choix du contractant et de la liberté contractuelle, pour l'auteur⁷⁶³, cette décision manque de « panache ». Le Conseil constitutionnel s'est effectivement refusé de dégager une règle générale permettant de censurer toutes les dispositions à venir qui méconnaîtraient un tel principe.

a3) La libre détermination du contenu du contrat

Pour Madame Bernaud⁷⁶⁴, donc, la décision du Conseil constitutionnel précitée, consacre également cette règle. Pour le professeur Hugo Barbier⁷⁶⁵, à propos de cette même décision, il considère que « Cette protection constitutionnelle directe de la liberté contractuelle s'ajoute à celles indirectes nées de son voisinage avec d'autres libertés fondamentales, d'où elle retire une protection « collatérale » ». Pour Yann Aubrée, maître de conférence, « Libres de conclure ou de ne pas conclure de contrat de travail entre eux, l'employeur et, dans une moindre mesure, le candidat sont également libres de le conclure aux conditions de leur choix, en déterminant, non seulement le type de contrat devant régir leur relation de travail, mais aussi la nature et l'objet des clauses

⁷⁵⁸ A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* du 01 novembre 2006, n°6, p. 1569.

⁷⁵⁹ Conseil constitutionnel, n°88-244 DC du 20 juillet 1988, « *Amnistie* ».

⁷⁶⁰ Conseil constitutionnel, n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, « *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* ».

⁷⁶¹ V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *op. cit.*

⁷⁶² Conseil constitutionnel, n°2013-672 DC du 13 juin 2013, « *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* ».

⁷⁶³ V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *op. cit.*

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

⁷⁶⁵ H. Barbier, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD Civ.* 2013, p. 832.

précisant les modalités d'exécution de celles-ci »⁷⁶⁶. Cette vision utopiste des textes se confronte à la triste réalité du déséquilibre économique qui peut découler du contrat. Ainsi, il est véritablement difficile, pour la partie la plus « faible » de pouvoir réellement négocier son contrat. Le développement des contrats d'adhésion, renforce le statut de la partie dominante. Nous pouvons alors le constater en droit du travail, en droit de la consommation par exemple. En droit de la santé, la place à la négociation est inexistante. Il s'agit bien d'un contrat d'adhésion.

b) La définition fonctionnelle de la liberté contractuelle

Pour le professeur Mathieu, la liberté contractuelle revêt, au-delà d'un simple droit subjectif, une véritable définition fonctionnelle. Ainsi, il considère que « la liberté contractuelle est à la fois un principe autonome et un principe garant de l'exercice d'autres fondamentaux »⁷⁶⁷.

Ainsi pour le professeur Mathieu, outre la loi, le contrat constitue une garantie pour la préservation des droits fondamentaux. Il considère que « le législateur voit sa compétence concurrencée par la liberté qu'il convient de laisser à la construction des rapports contractuels et limitée par le respect des dispositions conventionnelles existantes »⁷⁶⁸. Ainsi, la liberté contractuelle permettrait de véhiculer, à l'image de la loi, la protection des droits fondamentaux. Sans être péremptoire, nous pouvons essayer d'adapter cette définition au droit de la santé. A supposer qu'un contrat médical existe pour que la liberté contractuelle puisse s'y appliquer, nous pouvons confirmer la définition donnée par le professeur Mathieu. Le contrat médical, régi par la liberté contractuelle, permettrait effectivement de véhiculer le droit subjectif à la santé, par l'expression du consentement.

Confirmée par Madame Bernaud, c'est sous l'égide de la sécurité juridique que cette définition peut être établie⁷⁶⁹. En référence à la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 2003⁷⁷⁰, les auteurs précités considèrent que la « stabilité contractuelle » exige que le législateur ne puisse porter atteinte aux contrats en cours. De ce fait, en matière de droit du travail, les conventions collectives ne peuvent être remises en cause par une loi nouvelle. C'est dans cette optique que la définition fonctionnelle de la liberté contractuelle prend tout son sens.

⁷⁶⁶ Y. Aubrée, « Libre choix des clauses du contrat, par les parties contractantes », Répertoire de droit du travail, septembre 2006.

⁷⁶⁷ B. Mathieu, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », Dalloz 2003, p. 638.

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

⁷⁶⁹ V. Ogier-Bernaud, « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », Dalloz 2004, p. 1280.

⁷⁷⁰ Conseil constitutionnel, n°2002-465 DC du 13 janvier 2003, « Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ».

c) Une absence de définition légale mais des projets de définition officielle

Si de nombreuses définitions existent de la liberté contractuelle, il n'est pourtant pas aisé d'en trouver une référence dans notre droit positif. Ainsi, le Code civil qui fonde le droit des contrats est dépourvu de toute référence à ladite liberté. Gérard Cornu a considéré que la liberté contractuelle doit « compter avec les aspirations de la justice contractuelle »⁷⁷¹ dans le projet de réforme du Code civil en matière de droit des obligations.

La définition que propose la Chancellerie s'apparente à celle précitée de Kelsen selon laquelle la liberté contractuelle ne constitue pas simplement la possibilité de contracter ou de ne pas contracter mais s'opère également sur le contenu de la convention et sur le choix du partenaire. Cela démontre alors une certaine forme d'autonomie qui se traduit dans la conception même de la liberté contractuelle. Gény considérait effectivement que les notions d'« autonomie de la volonté » et de « liberté de conventions » étaient associées⁷⁷² de sorte à les rattacher, depuis longtemps, à l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Effectivement, à la lecture dudit article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme nous pouvons légitimement convenir que cet article a servi de base de réflexion à la Chancellerie afin de concevoir la liberté contractuelle telle qu'envisagée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

Ainsi, de nombreux membres de la doctrine ont considéré qu'il existait une interconnexion entre les notions de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté comme le professeur Léon Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel*⁷⁷³ ou encore Mme Chardin qui déclare que « la liberté peut être considérée comme une faculté de conduite rationnelle (...) La liberté c'est pouvoir se servir d'une raison qui est aidée par le législateur ou pouvoir ne pas s'en servir »⁷⁷⁴.

En tout état de cause, M. Gahdoun considère qu'il est « vain » de rechercher « une représentation fidèle » du principe de liberté contractuelle dans ce qu'il appelle le « droit savant » mais qu'il serait bien plus habile de rechercher une trace de son existence et de sa réification dans le « droit vivant »⁷⁷⁵.

Notons qu'un projet de « modernisation » du droit des contrats est à l'étude. En effet, une loi du 16 février 2015⁷⁷⁶ a autorisé, après avis du Conseil constitutionnel, le Gouvernement de modifier le Code civil en ce sens par voie d'ordonnance. La loi dispose

⁷⁷¹ G. Cornu, in « Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », remis à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005.

⁷⁷² F. Gény, « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », Essai critique, A. Chevallier-Maresq & Cie, 1899, p.525.

⁷⁷³ L. Duguit, « *Traité de droit constitutionnel* », T.I : La règle de droit – Le problème de l'Etat, Fontemoing & Cie, 1921.

⁷⁷⁴ N.Chardin, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », LGDJ, 1988, p.236 et p.237.

⁷⁷⁵ P-Y. Gahdoun, « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Millau, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, p.37.

⁷⁷⁶ Loi n°2015-177 du 16 février 2015 « relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ».

que la modernisation devra « *Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle* »⁷⁷⁷. Cette phrase a été reprise par le Conseil constitutionnel⁷⁷⁸, dans sa décision du 12 février 2015, validant la loi.

Concernant le projet d'ordonnance⁷⁷⁹, ce dernier fait expressément référence à la liberté contractuelle. Nous aurons donc une définition légale de ce principe constitutionnellement garanti. L'article 1102 du Code civil sera alors rédigé ainsi « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Il ajoutera, dans un alinéa second, que « *Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ».

La définition donnée par le projet d'ordonnance fait rejaillir le « triptyque » de la liberté contractuelle. Nous retrouverons donc dans cette définition, la référence à la possibilité de contracter ou non, de choisir son cocontractant, ainsi que le contenu du contrat. En ce qui concerne le contrat médical, l'ensemble de ces éléments sont limités. Concernant la liberté de contracter, nous avons pu constater que cette liberté était peut être clairement inexistante. Effectivement lorsque le médecin applique les soins sans le consentement de la personne, la liberté contractuelle n'est ainsi nullement respectée. Pour le libre choix du cocontractant, le patient dispose, selon la conception subjective de la santé, d'une totale autonomie. Le choix du médecin, découlant de ce droit fondamental comme nous le verrons plus loin, cette liberté a été légèrement limitée avec l'instauration du parcours de soins coordonnés. Enfin, le contenu du contrat n'est pas librement négocié par les parties. Nous prendrons le seul exemple de la tarification imposée par l'Assurance maladie ou imposée par le médecin selon le type de conventionnement choisi avec ledit organisme.

Pour l'alinéa second, il est intéressant de noter que selon cette disposition la « *liberté contractuelle* » semble être reléguée au « rang inférieur » des droits fondamentaux. Cette dernière devant ainsi respecter, outre l'ordre public, « *les droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées* ». Il nous tarde que la jurisprudence de la Cour de cassation nous détaille ces dispositions. Notons que l'application de ce texte aux relations médicales privées priverait alors le droit au consentement, émanant de la liberté contractuelle, de toute efficacité et de toute efficience. Le droit à la santé et le recours aux soins serait, dès lors, systématiquement privilégié.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, Article 8.

⁷⁷⁸ Conseil constitutionnel, n°2015-710 du 12 février 2015, « *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* ».

⁷⁷⁹ Projet d'ordonnance du 25 février 2015 « *portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations* ».

Cette définition n'est, pour l'heure, que supputation. Il est alors davantage intéressant de se préoccuper de la reconnaissance de la liberté contractuelle comme étant une liberté fondamentale par le Conseil constitutionnel.

2) La lente reconnaissance de la liberté fondamentale contractuelle

Comme le rappelle M. Gahdoun, il ne suffit pas de dire qu'un droit d'ordre général a une autorité suffisante pour faire de lui un droit constitutionnel, un droit fondamental⁷⁸⁰. Il faut pour cela pouvoir le rattacher à une norme ayant, elle-même, valeur constitutionnelle. L'auteur envisage à juste titre l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 précité. Effectivement, si ce texte proclame d'une manière générale « le droit à la liberté » cette dernière peut s'entendre de multiples manières⁷⁸¹.

a) La « fondamentalisation » de la liberté contractuelle, une amorce difficile

Or cette considération semblait mal partie après la décision du Conseil constitutionnel du 20 mars 1997⁷⁸², qui malgré une minime avancée sur la décision du 03 août 1994⁷⁸³, refuse de nouveau de considérer la liberté contractuelle comme une liberté fondamentale. En effet, le Conseil déclare dans un premier temps que « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* » mais qu'il peut être invocable devant lui seulement lorsque sa « *méconnaissance* » porte atteinte à un autre principe « *constitutionnellement garanti* ». Dès lors, la liberté contractuelle peut constituer un pare-feu à l'atteinte d'autres droits fondamentaux à l'identique de la protection de l'intégrité physique avec le principe de la dignité humaine. Le Conseil constitutionnel va plus loin en expulsant ce principe, et celui dont il découle à savoir l'autonomie de la volonté, du champ d'application de l'article 4 de la Déclaration.

Puis, pas à pas, le Conseil constitutionnel va tisser des liens étroits entre la liberté contractuelle et l'article 4 de la Déclaration. Le premier pas est amorcé par la jurisprudence du 9 novembre 1999 relative au PACS. Dans cette décision, si le Conseil constitutionnel ne qualifie pas cette notion de liberté contractuelle, il considère que l'engagement d'un cocontractant pour une période indéterminée peut librement être rompu en raison dudit article 4 et donc de la liberté. Nous sommes loin de la reconnaissance d'une liberté de contracter mais nous avons cependant une liberté de

⁷⁸⁰ P-Y. Gahdoun, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸¹ P-Y. Gahdoun, *op. cit.*, p. 84 où il déclare « A ce jour, plus d'un trentaine de décisions du Conseil constitutionnel ont fait état de l'article 4 de la Déclaration. A la lecture de ces décisions, une tendance globale semble se dégager : l'article 4 est progressivement interprété par le Conseil comme un article ayant vocation à être un fondement général de la liberté. Cette tendance ne s'opposerait donc pas à un rattachement de la liberté contractuelle contrairement à l'idée qu'une telle liaison aurait pour conséquence fâcheuse d'élargir trop largement l'article 4 au point de lui faire perdre toute signification et toute légitimité ».

⁷⁸² Conseil constitutionnel, n°97-388 DC du 20 mars 1997.

⁷⁸³ Conseil constitutionnel, n°94-348 DC du 03 août 1994.

« décontracter », une liberté de rompre un contrat librement⁷⁸⁴. C'est donc par timidité que le Conseil constitutionnel lie le contrat à la Déclaration des droits de l'Homme dans une logique semble-t-il autre que celle relevant de la liberté contractuelle. Les contrats à durée indéterminée pouvant être la source d'une certaine servitude de la personne, c'est sous cet angle que le Conseil constitutionnel a tenu à rappeler que la rupture d'un tel contrat doit être facilitée par le législateur, tout en accordant des garanties à la partie cocontractante.

Pourtant dès 1998, le Conseil constitutionnel aurait pu entériner la solution selon laquelle la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration et qu'à ce titre elle constitue une liberté fondamentale. En effet, le Conseil a considéré en l'espèce que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration...* »⁷⁸⁵. Sans pour autant préciser qu'il s'agit du principe du libre recours et de la libre administration du contrat par les parties, le Conseil constitutionnel va considérer que lorsque le législateur porte atteinte de manière substantielle à l'« économie » du contrat, il porte atteinte d'une manière générale à la « liberté ».

b) La consécration d'une « fondamentalisation ambiguë »

Il faudra alors attendre la décision du 19 décembre 2000⁷⁸⁶ pour qu'enfin le Conseil constitutionnel proclame la liberté contractuelle comme « découlant » de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme. Cette proclamation laisse cependant un goût amer sachant que si la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel ne la considère pas expressément comme une liberté fondamentale. Si par des considérations « kelséniennes » il est à supposer que les droits et libertés qui s'imposent au législateur sont des droits fondamentaux, la solution apportée par le Conseil constitutionnel peut laisser perplexe. Pour Thomas Meindl, docteur en droit, « si une partie de la doctrine (...) déduit de cette jurisprudence une constitutionnalisation de la liberté contractuelle, il n'en demeure pas moins que celle-ci reste ambiguë »⁷⁸⁷.

Quelle est la différence entre cette décision qui, *a priori*, constitutionnalise la « liberté contractuelle » et celle de 1994 qui malgré la protection de l'intégrité physique de la personne ne lui accorde, implicitement, que le rang de liberté publique ? Comme

⁷⁸⁴ Conseil constitutionnel, n°99-419 DC du 9 novembre 1999. Dans son considérant n°61, le Conseil déclare que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du contractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ;* ».

⁷⁸⁵ Conseil constitutionnel, n°98-401 DC du 10 juin 1998.

⁷⁸⁶ Conseil constitutionnel, n°2000-437 DC du 19 décembre 2000.

⁷⁸⁷ T.Meindl, « *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes* », thèse Montpellier, 2001, p.163.

nous l'avons préalablement évoqué, lors de la décision du 27 juillet 1994⁷⁸⁸, le Conseil constitutionnel, en examinant les lois de bioéthiques, considère malgré l'importance que l'on peut accorder à la protection du corps humain et le caractère sacré de ce dernier qu'il n'en demeure pas moins que ce principe d'ordre public n'a pas valeur constitutionnelle et ne recouvre pas une réalité fondamentale. En effet, la liberté contractuelle ne pourrait, au regard de cette décision, n'être qu'un droit satellite à la protection de la « Liberté » issue de l'article 4 DDHC.

Le juge constitutionnel, au mois de décembre 2000, dédaigne la qualité constitutionnelle de la liberté contractuelle, il a du moins du mal à l'avouer. Le Conseil constitutionnel qui considère que la loi examinée par lui « *n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution* ». Il ne fait alors aucun doute que la liberté contractuelle est un principe constitutionnel, il n'en demeure pas moins que nous ne pouvons qu'être déçu de la manière dans laquelle elle a opéré son entrée dans l'ordre fondamental du droit positif. Le spectre du doute planant alors sur une réelle volonté de constitutionnalisation d'une liberté contractuelle en pleine émergence. Le professeur Franck Moderne considéra d'ailleurs que « Sur l'existence même de la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle authentique, pleinement reconnue et garantie, un certain doute persiste et il est récurrent »⁷⁸⁹.

c) La liberté contractuelle et la protection de l'accès au contrat et des contrats en cours

Par la suite, la jurisprudence a distingué entre la liberté contractuelle relative à l'économie du contrat, donc à l'exécution du contrat et la jurisprudence relative au recours au contrat, donc une approche *ante* contractuelle. C'est cette dernière approche que nous retiendrons pour notre analyse dans la mesure où l'information médicale constitue une obligation précontractuelle. Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur la protection d'un contrat en cours cela laisse présager un déséquilibre manifeste dans le contrat, portant atteinte à l'une des parties. Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur des contrats non encore conclus, il protège la « liberté contractuelle » *per se*, la volonté ou le refus de la personne de contracter. Pour la doctrine, notamment Pierre-Yves Gahdoun la jurisprudence du 13 janvier 2003⁷⁹⁰ tend à protéger « l'impulsion »⁷⁹¹ de la liberté contractuelle.

La liberté contractuelle suppose donc que l'intéressé s'incère librement dans le contrat mais qu'il puisse également librement se délier dudit contrat. En matière de médicale, l'article L. 1111-4 prévoit en ses alinéas premier et troisième ladite liberté

⁷⁸⁸ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁷⁸⁹ F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006, p.2.

⁷⁹⁰ Conseil Constitutionnel, n°2002-465 DC du 13 janvier 2003.

⁷⁹¹ P-Y. Gahdoun, op. cit., p.143.

d'entrer ou non dans le contrat médical. D'une part, car il énonce bien que « *Toute personne prend, (...), les décisions concernant sa santé* » et qu' « *aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne...* ». Le consentement constitue l'indispensable clé pour l'accès au contrat garanti par le principe de la liberté contractuelle. Une décision récente du Conseil constitutionnel vient consacrer la dichotomie entre les deux acceptions de la liberté contractuelle⁷⁹². Il va considérer que si la liberté contractuelle, dans le sens de la liberté de contracter, découle de l'article 4 de la DDHC seul, la protection de la liberté contractuelle concernant la protection des contrats en cours découle de la combinaison des articles 4 et 16 de la DDHC. La liberté de recourir ou non au contrat médical découle de l'article 4 de la DDHC, la violation du consentement du patient découle de l'article 4 de la DDHC et la violation de l'obligation d'information du patient permettant de recueillir son consentement découle également du même article. Dans cette décision de « rupture », le Conseil constitutionnel redore le blason de ladite liberté en censurant une loi au nom de ce principe, chose assez rare pour être soulignée. Cécile Pérès⁷⁹³ considère que cette décision « donne réellement vie à la liberté contractuelle sur le plan constitutionnel et semble ouvrir de riches perspectives compte tenu des multiples dispositions législatives qui, en droit des contrats, restreignent sensiblement cette liberté à des fins de direction ou de protection ».

d) La sortie du contrat et la liberté « décontractuelle » pour le Conseil constitutionnel

Comme nous l'avons précédemment énoncé, la sortie du contrat concerne la liberté contractuelle, c'est d'ailleurs par une décision de 1999⁷⁹⁴ relative au Pacs que la première approche du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la liberté contractuelle a été établie. La logique est donc de considérer que si une personne peut librement conclure une convention, elle peut tout aussi librement s'en défaire. Il n'en demeure pas moins que la réalité reste beaucoup plus subtile. La libre volonté de se contraindre crée une réelle obligation à l'égard des parties, obligation qui doit nécessairement être exécutée en raison de l'article 1134 du Code civil qui apparente les règles issues du contrat à la loi.

Plusieurs conditions découlaient de cette décision, dont celle des contrats à durée indéterminée ainsi que le caractère de droit privé des conventions. Ce libre désistement de la personne ne peut alors, *a priori*, pas intervenir en matière de contrats administratifs.

D'une manière générale, le contrat ne semble pas se résoudre de manière unilatérale à en croire l'article 1184 du Code civil qui déclare que « *le contrat n'est point résolu de plein droit (...) la résolution doit être demandée en justice* ». Ainsi, les prétentions du Conseil constitutionnel et du Code civil ne semblent pas pour autant

⁷⁹² Conseil constitutionnel, n°2013-672 DC du 13 juin 2013.

⁷⁹³ C. Pérès, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *Revue des contrats* du 01 octobre 2013, n°4, p.1285.

⁷⁹⁴ Conseil constitutionnel, n°99-419 DC du 9 novembre 1999.

contradictoires. En effet, si le Code civil énonce un principe, le Conseil, lui, n'en a soumis qu'une exception en visant spécialement les contrats à durée indéterminés pour les raisons évoquées préalablement. En ce qui concerne le « contrat médical », il s'agit d'un contrat à durée déterminée dans la mesure où ce dernier s'éteint de plein droit lorsque les obligations réciproques des parties sont remplies. Il est donc, a priori, impossible pour l'une des parties, hormis pour l'administration en raison de ses prérogatives exorbitantes du droit commun, de pouvoir librement se résigner.

e) De nouveaux fondements pour la liberté contractuelle ?

Pour M. Gahdoun, mais pas seulement, la liberté contractuelle, telle que dégagée par la jurisprudence du Haut Conseil découle de l'article 4 DDHC⁷⁹⁵. Pour le professeur Philippe Terneyre, il ne fait nul doute que la liberté contractuelle puisse découler, tout comme la liberté d'entreprendre, de l'article 4 de la DDHC⁷⁹⁶. Se fiant sur la logique dudit article, la liberté contractuelle consiste à pouvoir passer des conventions pour toute chose hormis les cas où la convention outrepasserait les libertés d'autrui et le respect de la loi. Nous retombons alors sur l'interdit légal de l'impossible contractualisation du corps humain. Peut-on mettre en jeu notre corps humain dans un contrat ? Comme nous l'évoquons préalablement, le corps humain ne peut faire l'objet de convention en raison de l'article 1128 du Code civil ou des principes des articles 16 et suivants. Il s'agit de principes qui, heureusement, trouvent de nombreuses exceptions. Le contrat de travail en est l'exemple type. Si la question a été à de nombreuses reprises tranchée, un simple rappel suffira pour considérer que le corps humain est le moteur du contrat de travail. Ainsi, toutes les limitations instaurées par la loi, en raison de l'article 4 DDHC, ne sont pas pour autant pourvues d'efficacité. Ce fondement est pour Madame Bernaud, empreint d'une « fragilité manifeste »⁷⁹⁷. Comme le démontre l'auteur, rares sont les décisions du Conseil constitutionnel se servant uniquement de ladite disposition. Le Conseil constitutionnel a donc souvent utilisé l'alinéa 8⁷⁹⁸ du Préambule de la Constitution de 1956 ou, plus récemment, sur l'article 16 DDHC⁷⁹⁹ venant ainsi conforter le principe de la « sécurité juridique »⁸⁰⁰.

La liberté contractuelle constitue donc un fondement constitutionnel supplémentaire pour le patient qui recourt au « contrat » médical, c'est-à-dire à la médecine privée. Si ce droit fondamental participe au librement consentement, donc au droit subjectif à la santé, il est pour l'heure dépourvu de toute référence textuelle. La Cour de cassation a, en revanche, employé ce terme de « liberté contractuelle » à de nombreuses reprises.

⁷⁹⁵ P-Y, Gahdoun, « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », op. cit., p.88.

⁷⁹⁶ P. Terneyre, « *La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel* », AJDA 1998, p.667.

⁷⁹⁷ V. Bernaud, « *Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail* », op. cit.

⁷⁹⁸ Conseil constitutionnel, n°99-423 DC du 13 janvier 2000, « *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail* ».

⁷⁹⁹ Conseil constitutionnel, n°2013-672 DC du 13 juin 2013, « *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* ».

⁸⁰⁰ V. Bernaud, « *Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail* », op. cit.

3) La liberté contractuelle dans la jurisprudence de la Cour de Cassation

Si le principe de la liberté contractuelle, *stricto sensu*, n'apparaît pas dans la loi et notamment dans le Code civil, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, dans une bien moindre mesure, l'ont pourtant règlementé.

Ainsi, comme le démontre parfaitement J.Y. Gahdoun la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation peut se montrer tant ostentatoire que protectrice vis-à-vis de la « liberté contractuelle ». Ainsi, comme l'auteur le souligne, l'arrêt « *Chronopost* »⁸⁰¹ en est la parfaite illustration. Dans cette espèce, qui relève plus du litige commercial que du droit de la consommation dans la mesure où le litige oppose deux professionnels, le juge intervient directement dans le contrat ce qui limite fortement la liberté contractuelle. Ainsi le juge a librement et légitimement déterminé le caractère abusif d'une clause dans une optique de protection. Alors que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi* » entre les parties selon l'article 1134 du Code civil, le juge peut visiblement intervenir dans la « loi » réciproque des cocontractants mettant alors à mal la liberté contractuelle. Si la liberté contractuelle correspond à la liberté de se contraindre cette contrainte connaît visiblement des limites autres que celles imposées par la loi.

Cette vision « pessimiste »⁸⁰² oscille selon les espèces. En réalité, plus qu'une doctrine tendant à reconnaître les décisions qui soutiennent ou contreviennent à la liberté contractuelle, nous pouvons considérer que ladite liberté constitue un principe auquel des exceptions sont portées. Pourtant, les décisions relatives à la liberté contractuelle et sa protection sont nombreuses même si les magistrats restent souvent implicites. Le fameux arrêt « *Canal de Craponne* »⁸⁰³ qui considère que « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

La jurisprudence et les considérations politico-juridiques de la Cour de cassation ont quelque peu évoluées. En effet, si en 1876, la Cour adopte une vision plutôt libérale de la relation contractuelle en privilégiant la volonté des parties sur une quelconque « équité » résultant de ce celui-ci, l'évolution de la loi a lancé un courant socio-libéral permettant de protéger la partie la plus « faible » au détriment d'une privation d'une certaine liberté. L'intervention du juge au sein du contrat caractérise manifestement un amoindrissement de la liberté contractuelle, fondatrice du principe de l'article 1134 du Code civil relatif à l'effet obligatoire du contrat.

⁸⁰¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale du 22 octobre 1996, n°93-18.632.

⁸⁰² P.-Y. Gahdoun distingue dans son ouvrage, précité, les jurisprudences qui s'attachent à l'angle pessimiste de la liberté contractuelle avant d'en dégager les décisions qui la soutiennent. Il nous suffira simplement d'évoquer ces deux angles.

⁸⁰³ Cour de cassation, Première Chambre civile du 06 mars 1876, D.76.1.193, Note Giboulot.

Pourtant tout semble sujet à interprétation et selon les théories, la liberté contractuelle, elle-même, ne semble jamais atteinte. Ainsi, le professeur Christophe Jamin considéra qu'en réalité l'arrêt « *Chronopost* » et l'intervention du juge dans le contrat ne va pas à l'encontre de la liberté contractuelle, bien au contraire. Il considère effectivement que le soulèvement du juge d'une clause abusive, en ce qu'elle est limitatrice de liberté et qu'elle anule la cause du contrat, constitue en soi une protection de la liberté contractuelle⁸⁰⁴. Si une clause de la convention prive tout intérêt pour une partie de contracter, il y a alors atteinte à sa réelle volonté, à son autonomie et à son libre consentement. L'intervention du juge dans le contrat est donc nécessaire et ne peut résulter d'une totale liberté. En ce qui concerne la convention médicale, l'intervention du juge est nécessaire afin que ce dernier vérifie si le consentement de la personne a été délivré en toute autonomie.

L'intervention des magistrats est donc nécessaire afin de préserver une telle liberté. Le libéralisme tel qu'envisagé dans la décision « *Canal de Craponne* » étant révolu. Ainsi, certaines décisions prévoient explicitement la protection d'un tel droit, comme la Chambre commerciale qui considéra que « *le pacte de préférence litigieux ne prive pas totalement les parties de leur liberté contractuelle, le cédant n'étant pas forcé de vendre, ni le bénéficiaire du pacte d'acquiescer...* »⁸⁰⁵ ; « *il n'apparaît pas susceptible de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété et aux principes de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre ;* »⁸⁰⁶. Ainsi, dans cette dernière décision, la Cour de cassation n'opère aucune distinction entre « *la liberté contractuelle* » et « *la liberté d'entreprendre* », principes fondamentaux.

Notons simplement que la jurisprudence du Conseil d'Etat fait également mention d'un tel principe, les personnes publiques n'étant pas dépourvues d'un tel principe. Le juge administratif reste également enclin à protéger ladite liberté contre les atteintes qui sont susceptibles d'être portées par le pouvoir réglementaire. Il en est ainsi de l'arrêt du 3 octobre 1980 dit « *Fédération française des professionnels immobiliers* »⁸⁰⁷ où le Conseil d'Etat va considérer que la limitation de la liberté contractuelle ne peut intervenir du pouvoir réglementaire seulement lorsque ce dernier y est invité par la loi. Une solution identique peut être apportée concernant l'Ordre des médecins qui rendrait obligatoire le déménagement d'un médecin en raison de son activité professionnelle⁸⁰⁸. Tout comme son homologue de l'ordre judiciaire, le Conseil d'Etat tend à protéger la liberté contractuelle en plaçant le principe au même rang que d'autres libertés à valeur constitutionnelle comme la droit à la propriété ou la liberté d'entreprendre⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ C. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction » in « *La nouvelle crise du contrat* », Dalloz, 2003, p.7.

⁸⁰⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale du 4 novembre 2014, n°12-25.419.

⁸⁰⁶ Cour de cassation, Troisième Chambre civile du 3 avril 2014, n°14-40.006.

⁸⁰⁷ Conseil d'Etat, Section du 3 octobre 1980, n°12955, « *Fédération française des professionnels immobiliers* ».

⁸⁰⁸ Conseil d'Etat, ¼ SSR du 13 mai 1987, n°13751, « *Syndicat national professionnel des médecins du travail* ».

⁸⁰⁹ Conseil d'Etat, 10^{ième} SSR du 21 novembre 2014, n°384353.

En plus d'être reconnue par les deux ordres de juridiction, la liberté contractuelle constitue un principe phare de l'ordre juridique interne. Révélateur de l'autonomie de la personne, il permet à l'ensemble des parties au contrat de le rendre contraignant lorsque celui-ci est valable. S'appuyant sur l'article 1134 du Code civil, la jurisprudence considère valablement que la seule condition d'un consentement libre permet de le considérer comme ayant valeur de loi entre les parties. La liberté contractuelle, si elle demeure soumise à des conditions légales strictes, permet néanmoins de protéger les parties, leur volonté et leur consentement.

B) La relation patient-médecin répond-t-elle toujours des critères dégagés par l'arrêt « *Mercier* » du 20 mai 1936 ?

Développer ainsi le principe de la liberté contractuelle est intéressant pour le patient, encore faut-il que la relation qui unit le professionnel de santé et le malade puisse être qualifiée de contractuelle. Nous excluons donc, comme convenu, toutes les relations que peut entretenir une personne avec l'administration hospitalière. En ce qui concerne la relation établie entre des personnes privées, nous avons laissé en suspens la réponse à cette question lorsque nous évoquions le droit à l'information du patient. La relation patient-médecin est-elle régie par le droit des contrats ? Et si le « contrat médical » avait subsisté à la jurisprudence du 03 juin 2010⁸¹⁰ ?

Aujourd'hui le flou demeure. Ainsi la règle découlant de l'arrêt selon laquelle « *L'obligation de soins découlant du contrat médical et mise à la charge du médecin est une obligation de moyens...* » et permettant d'établir le principe selon lequel la relation entre le patient et le professionnel de santé exerçant dans le cadre du droit privé est une relation contractuelle se fondant sur l'article 1147 du Code civil semble déçue. Semble seulement. Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'arrêt de la Cour de cassation du 03 juin 2010 a semé le doute au sein de la doctrine laissant dériver l'ombre de la responsabilité contractuelle, et par là même du contrat médical, dans son sillage. Comme nous l'avons également évoqué, cet apparent changement de régime tend à l'application de la loi du 04 mars 2002 et en son opération d'une uniformisation des règles en matière de relations médicales privées et celles relevant du droit administratif. Il n'en demeure pas moins que la loi du 04 mars 2002, en opérant une uniformisation des régimes, peut valablement maintenir la distinction établie depuis l'arrêt « *Mercier* ».

Si l'arrêt du 03 juin 2010⁸¹¹ opère effectivement une démarcation avec le droit précédent, certains auteurs restent sceptiques sur la réelle portée pour l'avenir. Les magistrats avaient pourtant considéré que « le non-respect du devoir d'information (...) cause à celui auquel l'information était légalement due » un préjudice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et donc de la responsabilité délictuelle. Nous pouvons

⁸¹⁰ Cour de cassation, Première Chambre civile du 03 juin 2010, n°09-13.591.

⁸¹¹ Cour de cassation, Première Chambre civile du 03 juin 2010, n°09-13.591.

donc estimer que la relation du médecin avec son patient était purement et exclusivement régit par la loi de manière à considérer que les fautes du premier pouvaient être réparées sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Marion Girer avait d'ailleurs considéré que « le model contractuel n'intervient qu'en second lieu et seulement dans certaines situations spécifiques du droit privé, puisque l'exercice de la médecine en secteur hospitalier exclut toute relation contractuelle alors même que le médecin est tenu d'une obligation identique »⁸¹².

Si nous ne contestons pas le fait que la relation contractuelle, en matière médicale, n'existe qu'exclusivement pour les relations de droit privé, il n'en demeure pas moins que nous pouvons être en désaccord avec l'auteur concernant la marginalisation de ladite application de l'article 1147 du Code civil en la matière. Le professeur Philippe Pierre considérant, effectivement, que « Plus qu'une improbable généralisation de la solution adoptée à propos du devoir d'information, c'est en réalité l'épreuve du temps qui menace, à terme, la jurisprudence *Mercier* »⁸¹³. Il ne faut effectivement pas considérer que le contrat médical comme mort. La jurisprudence du 03 juin 2010 revêt en réalité une logique qui se base sur le droit commun des contrats en sanctionnant une obligation précontractuelle.

Pour le doyen Terré, l'obligation d'information peut être de deux natures⁸¹⁴. L'obligation d'information peut être qualifiée de précontractuelle lorsqu'elle permet d'obtenir un consentement « éclairé » et de contractuelle lorsque cette dernière découle du contrat conclu. Dès lors, il est nécessaire de distinguer le régime des deux obligations d'information. La responsabilité relèvera de l'article 1382 du Code civil lorsque l'obligation sera précontractuelle et de l'article 1147 lorsque cette dernière découlera de l'obligation même du contrat.

En ce sens, l'arrêt du 03 juin 2010 ne résulte ni d'une erreur d'appréciation de la part des magistrats ni d'une volonté de généraliser cette responsabilité au détriment de la liberté contractuelle. L'information médicale prescrite par l'article L. 1111-2 CSP qui a donc vocation à obtenir le « *consentement libre et éclairé* » exigé par l'article L.1111-4 CSP et constitue donc une obligation précontractuelle dont le défaut abouti à une indemnisation se fondant sur l'article 1382 du Code civil.

Néanmoins, l'article L. 1111-2 CSP distingue deux sortes d'informations lorsque l'alinéa premier dispose que « *postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou action de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* ». Cette information n'ayant pas pour objectif premier d'éclairer la personne afin que cette dernière contracte mais caractérisant une obligation d'information découlant du contrat

⁸¹² M. Girer, in « *Consentement et santé* », *op. cit.*, p. 61.

⁸¹³ P. Pierre, « Feu l'arrêt *Mercier* ! Feu l'arrêt *Mercier* ? », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1, p.357.

⁸¹⁴ F. Terré, *op. cit.*, p.261.

médical, alors le défaut devra se fonder sur l'article 1147 du Code civil et donc l'obligation être considérée comme une obligation contractuelle. Cette hypothèse est consacrée par la jurisprudence, dans un arrêt du 12 janvier 2012⁸¹⁵. Lorsque le patient n'a pas reçu d'information « *lors des intervention litigieuses* », les magistrats ont considéré que ce défaut d'information découlait d'une obligation contractuelle dans la mesure où le contrat était déjà formé. Ils ont déclaré que « *le manquement d'un médecin à son obligation légale et contractuelle d'information de son patient sur les risques et les conséquences d'une intervention chirurgicale cause nécessairement à celui-ci un préjudice que le juge est tenu de réparer...* ».

La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas abandonné ce fondement. Dans un arrêt du 05 mars 2015⁸¹⁶, elle se base sur l'article 1147 du Code civil pour rappeler l'obligation de « *soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science* » qui incombe au médecin. Cela révèle qu'aujourd'hui encore l'arrêt « *Mercier* » perdure. Si le défaut d'information du patient se fonde sur l'article 1382 du Code civil c'est en raison de son caractère précontractuel.

Cette analyse démontre véritablement que l'obligation d'information du médecin envers du patient se distingue selon le moment où elle est prescrite. Lorsque l'information se situe en amont de la conclusion du contrat, elle se fondera sur l'article 1382 du Code civil alors que lorsque son exigibilité se situe après la conclusion du contrat elle se fondera sur l'article 1147 du Code civil. Cela démontre véritablement que le contrat médical n'est pas mort et que la jurisprudence du 03 juin 2010 précitée ne rompt avec la tendance antérieure qu'avec une remise en ordre de l'obligation précontractuelle.

Dès lors, le patient pourra s'appuyer sur ce fondement constitutionnel pour contester des soins pratiquer sous la contrainte. Ainsi, il nous faudra analyser les règles du consentement selon le droit commun des contrats afin de vérifier si le consentement en matière de contrat médical présente les mêmes garanties.

Paragraphe 2: Le consentement, élément essentiel de la liberté contractuelle

François Terré considère que consentir ou « contracter » correspond à « vouloir »⁸¹⁷. Il s'agit de l'émanation de la volonté de la personne, de l'expression de son autonomie. « Le consentement ne pourra donner naissance à un contrat que s'il est extériorisé, de telle sorte que l'autre partie puisse en prendre connaissance »⁸¹⁸. Concernant la forme de cette manifestation de la volonté, elle peut revêtir plusieurs aspects de manière à être non équivoque. Si le principe exige la liberté du formalisme, il

⁸¹⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 12 janvier 2012, n°10-24.447.

⁸¹⁶ Cour de cassation, Première chambre civile du 05 mars 2015, n°14-13.292.

⁸¹⁷ F.Terré, *op. cit.* p.108.

⁸¹⁸ *Ibidem*.

est des matières où est prescrit le respect de règles concernant ledit formalisme. Ainsi, l'extériorisation du consentement procède de l'expression de la volonté que cette dernière soit libre ou non. Il existe donc une dualité de volonté selon l'auteur, une « *volonté réelle* » et une « *volonté déclarée* »⁸¹⁹. Si les deux volontés concordent cela ne soulève aucune difficulté, il n'en demeure pas moins que lorsque la volonté exprimée ne correspond pas à la « *volonté réelle* » cela peut poser des problèmes. A juste titre, l'auteur considère que toute la difficulté sera de savoir quelle volonté retenir en cas de conflit entre la « *volonté réelle* » du for intérieur de la personne et « *la volonté déclarée* » ou plutôt « *male déclarée* ». Privilégier la volonté du for intérieur de la personne reviendra à réfuter ou mettre à mal la relation de confiance et de loyauté qui doit normalement exister entre les parties alors que privilégier la volonté manifestée reviendra à privilégier la relation contractuelle alors que la volonté réelle de la personne sera remise en question. Cette situation peut largement s'entendre au niveau médical lorsqu'un médecin se fie à la volonté « *mal déclarée* » du patient qui en réalité n'avait pas l'intention de recourir aux soins. Il s'agira donc d'analyser le consentement selon une approche civiliste (A) avant de déterminer si le consentement médical (B) recouvre les mêmes garanties.

A) L'approche civiliste de la notion de consentement

Après avoir évoqué certaines généralités à propos du consentement (1), nous évoquerons la condition principale à sa validité (2), les notions qui composent cette notion (3) ainsi que sa protection (4).

1) Les généralités relatives au consentement, l'indispensable élément à la naissance d'actes juridiques

Le docteur Laurence Attuel-Mendes considère dans sa thèse qu'il ne peut y avoir de valable établissement d'actes juridiques sans le consentement de la personne⁸²⁰, du moins en principe. Indispensable ou non, il ne fait aucun doute sur son état de « *condition* » à l'acte juridique. Comme l'avons signalé, l'article 1108 du Code civil exige un consentement à la validité de l'ensemble des conventions, qui sont des actes juridiques. Pour le professeur Patrick Chauvel⁸²¹ « la doctrine de l'autonomie de la volonté conduit à considérer que le consentement est l'élément fondamental de tout acte juridique, partant, de toute convention ».

Le consentement exigé par l'article 1108 du Code civil fait de lui un impératif explicite pour l'ensemble des conventions mais ne suffit pas à caractériser l'ensemble des consentements existants dans notre ordre juridique. Ainsi, l'auteur soulève l'exemple de certaines présomptions de consentement comme l'article 372-2 du Code

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ L. Attuel-Mendes, « *Consentement et actes juridiques* », Mercuès, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

⁸²¹ P. Chauvel, « *Consentement* », Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2007.

civil⁸²² en matière d'exercice de l'autorité parentale. Au contraire des dires de l'auteur, le considérant comme un consentement implicitement exigé, il relève en réalité d'une simple présomption explicitement exigée. Le fait d'être une présomption n'en fait pas pour autant un consentement implicite dans la mesure où il est censé exister jusqu'à l'apport de la preuve contraire. « *L'accord de l'autre* » ainsi décrit par le Code civil existe bien, le législateur ayant voulu ici permettre aux personnes exerçant l'autorité parentale mais étant séparées de pouvoir commodément conclure des conventions pour l'enfant mineur sans qu'un frein ne soit instauré.

Le consentement de la personne est parfois « amoindri » par ce que l'on pourrait appeler les « exceptions de consentement ». Il en est ainsi du contrat d'assurance obligatoire à l'ensemble des personnes afin de couvrir les risques liés à leurs déplacements véhiculés, à l'exercice de leurs professions, l'utilisation de leurs habitations ou encore du contrat social permettant de couvrir les risques liés à notre santé et dont le consentement semble encore plus bridé qu'en d'autres matières. Effectivement, s'il est loisible pour chacun, en dépit de l'obligation de contracter, de pouvoir choisir son cocontractant, il n'en n'est pas de même pour l'assurance maladie nationale dont le prestataire est imposé. Comme l'indique Caroline Dechristé, la « France a fait le choix d'une sécurité sociale protégeant solidairement l'ensemble de la population et la contrepartie des droits reconnus à tous les résidents en France est l'obligation pour tous de cotiser à ce socle commun de protection sociale »⁸²³. Le sacrifice du libre consentement de la personne s'opère donc par l'établissement de principes d'intérêts supérieurs et généraux comme le principe de solidarité sur lequel repose le système de la sécurité sociale française.

2) La « capacité », l'élément déterminant de la validité du contrat

Selon le droit commun des contrats, pour pouvoir contracter, il faut être capable. C'est l'article 1123 du Code civil qui prévoit cette condition liée à la capacité de la personne. Il dispose que « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». La loi prévoit donc un régime de protection pour les personnes dites incapables, les personnes les plus fragiles afin que soit assuré un rempart contre l'abus du cocontractant de mauvaise foi. Selon l'article 1124 du Code civil, cette incapacité frappe « de plein droit » les « *mineurs non émancipés, les majeurs protégés* ». Ainsi, la décision du 14 janvier 2009 déclare que « *pour accueillir l'action en nullité de la vente du 10 juin 1967, l'arrêt retient, propres et adoptés, que M.B... Y... était mineur au moment de l'acte et, comme tel, incapable de conclure un contrat de vente d'immeuble* »⁸²⁴. Cette jurisprudence nous éclaire sur plusieurs points, d'une part la personne incapable n'est pas en mesure de conclure un contrat de vente d'un immeuble. Cela signifie que s'il

⁸²² Article 372-2 du Code civil selon lequel « *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* ».

⁸²³ C. Dechristé, « L'obligation d'affiliation à la sécurité sociale », Dalloz actualité du 5 février 2007.

⁸²⁴ Cour de cassation, Première Chambre civile, du 14 janvier 2009, n°07-16.451.

peut certainement conclure des conventions concernant de petites sommes pour ses besoins quotidiens, il n'est pas en mesure de conclure un contrat de vente concernant des sommes importantes. Qu'il s'agisse du mineur ou du majeur protégé ils ne sont pas en mesure de prendre, seuls, les décisions qui porteraient atteinte de manière substantielle à leur patrimoine ou qui se révéleraient dangereuses. En second lieu, la sanction liée à cette protection des incapables est la nullité, un mécanisme qui consiste en la remise en l'état situation *ante* contrat.

Il faut distinguer les incapacités « *d'exercice* » et les incapacités « *de jouissance* ». Selon cette première conception, l'individu est incapable de disposer des mêmes droits que les individus « sains d'esprit » mais reste néanmoins soumis à l'assistance, la représentation par une tierce personne alors que la seconde répond à une incapacité absolue de contracter, que la personne opère seule ou par l'assistance ou la représentation d'une tierce personne. Les incapacités absolues restent néanmoins des exceptions⁸²⁵. L'action en nullité n'appartenant qu'à la personne incapable, ou à son représentant légal, il s'agit d'une nullité relative dont le cocontractant ne peut se prévaloir d'avoir droit à des dommages-intérêts.

Cette incapacité peut être définitive ou temporaire. Effectivement, en ce qui concerne les mineurs, le régime de l'incapacité cesse avec la majorité. En outre, tout individu majeur, peut temporairement être incapable selon son état ou encore selon la situation. Ainsi, un arrêt de la Chambre sociale du 23 novembre 2011⁸²⁶ déclare que s' « *il n'était pas établi que le salarié, qui avait disposé d'un long délai pour prendre conseil avant de signer l'acte et éprouvait certes des difficultés pour écrire le français, ait été pour autant totalement illettré et dépourvu de compréhension de cette langue ; qu'elle en a déduit que son consentement à la transaction n'avait ni fait défaut ni été vicié...* ». L'illettrisme s'il est avéré et procure chez la personne une incompréhension totale qui tend à la rendre incapable si l'on s'attache à une lecture *a contrario* dudit arrêt.

Outre les qualités intrinsèques de la manifestation des volontés, qu'il s'agisse de l'offre ou de la demande, chaque partie doit être pourvue de la capacité juridique. « Pour que le contrat puisse valablement se former, il faut que le consentement émane d'une personne qui est en mesure d'émettre une volonté véritable »⁸²⁷. Pour cet auteur, il est donc nécessaire d'avoir la capacité juridique pour pouvoir contracter et donc pour pouvoir consentir.

Une thèse confirmée par le professeur Jean Carbonnier selon laquelle les « non-sujets de droit » ne peuvent qu'exprimer une volonté en vue de l'accomplissement d'une « obligation naturelle » et non d'un acte juridique. Il en est ainsi des « sociétés en formation » aujourd'hui ou des esclaves à l'époque romaine. Pour lui, l'expression de la

⁸²⁵ Par exemple, l'article 450, alinéa 3 du Code civil prévoit que le tuteur ne peut acquérir les biens de son pupille.

⁸²⁶ Cour de cassation, Chambre sociale du 23 novembre 2011, n°10-11.277.

⁸²⁷ S. Gjidara, « *L'endettement et le droit privé* », pref. A. Ghozi, L.G.D.J., 1999, n°214, p.174.

volonté ne représentait pas un consentement *stricto sensu* mais une simple manifestation de leur intention⁸²⁸. Cela implique donc que seules les personnes ayant la capacité juridique puissent consentir et donc *a fortiori* contracter. La personnalité juridique de l'individu est donc la qualité lui permettant de créer des règles de droit par l'expression de sa volonté. Il existe alors un lien étroit entre les notions de consentement et de personnalité juridique qui permet de qualifier l'acte issu de l'expression de consentements mutuels de convention.

3) Les éléments constitutifs et nécessaires du consentement

Le consentement est constitué d'une manière théorique par l'émanation d'une offre et son acceptation (a) et est retranscrit, d'un point de vue pratique, par un certain formalisme (c) dont le droit à l'information (b).

a) Les éléments théoriques du consentement

Le consentement est constitué d'une offre exprimée, et de son acceptation. La rencontre des deux volontés vaut consentement.

En ce qui concerne la première elle peut être définie comme l'extériorisation de la volonté de contracter s'adressant à la demande qui peut représenter tout un ensemble de personnes déterminées ou non. Appelée également « pollicitation », elle doit répondre à un certain nombre de règles. L'article 14-1 de la Convention de Vienne des Nations unies du 11 avril 1980 affirme qu'« une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »⁸²⁹.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation l'intention de contracter ne s'apparente à une offre que si elle contient les éléments qui déterminent sa nature et assure une certaine précision⁸³⁰. Le professeur Chauvel considère par exemple que « Lorsqu'il s'agit de contrat ayant pour objet un échange de biens ou de services, ce sont en principe les termes mêmes de l'échange qui sont essentiels. Ainsi ne conçoit-on pas une offre de vente sans que la chose et le prix y figurent »⁸³¹.

Pour Laurence Attuel-Mendes, « les formes d'extériorisation évoluent actuellement, notamment, du fait des nouvelles technologies de l'information et de la communication »⁸³². Face à cette nouvelle technologie, il est alors nécessaire de mettre

⁸²⁸ J. Carbonnier, « Etre ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit », in « *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur* », L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2001, p. 231 et suivantes.

⁸²⁹ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandise du 11 avril 1980.

⁸³⁰ Cour de cassation, Troisième Chambre civile du 27 juin 1973, n°72-12.321.

⁸³¹ P. Chauvel, « Le consentement », op. cit.

⁸³² L. Attuel-Mendes, « *Consentement et actes juridiques* », Mercuès, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p. 319.

en place un certain « formalisme de protection » qui demeure, au regret de l'auteur, l'exception au principe. Le formalisme s'il est effectivement nécessaire à la protection des parties, peut s'avérer selon les matières, d'une lourdeur telle qu'elle handicaperait la relation conventionnelle. Ainsi, en matière de santé, la simple consultation du médecin n'exige aucun formalisme afin de limiter les entraves à la relation médicale qui s'avère généralement bénigne.

Concernant l'acceptation, le professeur Chauvel indique que « l'acceptation est l'agrément de l'offre, telle que cette dernière a été formulée : tout comme l'offre, l'acceptation doit être ferme et précise »⁸³³. Selon la Cour de cassation, l'acceptation doit effectivement porter sur les « *mêmes termes* » que l'offre⁸³⁴. Il est effectivement nécessaire que les deux parties s'accordent sur les mêmes conditions afin qu'aucune d'entre elles ne puisse être lésée. Si nous appliquons une telle règle au contrat médical, elle se traduit par l'obligation d'information incombant au professionnel de santé. Ainsi, ce dernier ne pourra pas pratiquer, sur son patient, une opération à laquelle il n'aurait pas consenti. Néanmoins, selon M. Chauvel⁸³⁵, la formulation de l'acceptation peut être différente de celle de l'offre. Le principe reposant sur la « non-contrariété » des termes. L'acceptation qui ne ferait que préciser l'objet du contrat ne serait pas alors suffisante pour considérer une violation du consentement. Hormis les cas où un certain formalisme est exigé, l'expression de l'acceptation est libre. A partir du moment où elle n'est pas équivoque, elle constitue l'expression de la volonté de la partie au contrat. Selon l'article 18 de la Convention de Vienne précitée « *Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation* ». Cette règle ne semble pas admise en matière médicale, lorsque le patient est hors d'état de s'exprimer, ce silence n'empêche pas la pratique des soins. En raison de la préservation de la santé ou de la vie de l'individu, le professionnel de santé passera outre le silence de la personne, ce qui semble légitime. En effet, ce silence n'étant pas dû à un refus de s'exprimer ou à une indifférence face à l'offre de soins, il est nécessaire que l'émetteur de l'offre agisse en raison de l'intérêt de la personne.

b) L'alourdissement des conditions nécessaires à la validité du consentement, l'obligation d'information

Pour Laurence Attuel-Mendes, il existe un « alourdissement » indéniable « du procédé d'extériorisation du consentement » par la transmission d'une information relative à l'acte, mais de plus en plus les règles des contrats spéciaux tendent à augmenter ce formalisme par l'exigence d'un écrit, de « mentions spéciales », « manuscrites ou non »⁸³⁶.

⁸³³ P. Chauvel, « Le consentement », *op. cit.*

⁸³⁴ Cour de cassation, Deuxième Chambre civile du 16 mai 1990, n°89-13.941.

⁸³⁵ P. Chauvel, « Le consentement », *op. cit.*

⁸³⁶ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, p. 321.

La première de ces exigences est l'information. Il est effectivement nécessaire qu'afin que le consentement soit libre et éclairé selon les exigences légales que la personne dispose d'une information claire, appropriée, honnête sur les modalités concernant les modalités substantielles du contrat. En ce qui concerne le contrat médical, comme nous l'avons évoqué, l'information constitue indéniablement une obligation incombant aux professionnels de santé. Elle concerne les risques qui existent pour la personne qui a recours aux soins. En raison de la gravité de ces risques, dans la mesure où ils portent nécessairement atteinte à l'intégrité physique ou tout au moins psychique de la personne, il est nécessaire qu'ils lui soient révélés.

En comparaison avec d'autres domaines, notons que l'information est également requise. Ainsi, en matière de vente, l'article 1602 du Code civil dispose que « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ». L'alinéa second poursuit sur le fait que toute ambiguïté s'« interprète » au bénéfice de l'acheteur. Il existe donc une démarche du législateur qui tend à protéger la partie la plus faible au contrat, comme l'est l'acheteur dans le cadre du contrat de vente ou encore, de manière plus importante le consommateur lorsque la vente s'opère dans le cadre d'une activité commerciale. De ce fait, l'obligation d'information du vendeur n'est pas transposable à l'acheteur qui peut opérer « une bonne affaire » en taisant la valeur d'un produit acheté. La Cour de cassation a alors refusé de qualifier de « *réticence dolosive* » le fait pour l'acheteur de taire au vendeur la réelle valeur du bien vendu largement en dessous de sa réelle valeur⁸³⁷. Cette règle ne semble, néanmoins, pas fonctionner concernant la vente d'immeuble où le vendeur dispose d'un recours contre la réticence dolosive de l'acheteur. L'article 1674 du Code civil prévoit en matière immobilière une action à l'égard du vendeur qu'est la rescision pour lésion.

De manière plus spécifique, l'article L.111-1 du Code de la consommation, tel que rédigé depuis la loi du 17 mars 2014, indique que le vendeur « *professionnel* » doit informer le « *consommateur* » sur différents éléments. Il ressort alors une distinction nette entre le « *professionnel* » qui, en cette qualité, se trouve dans une position de supériorité vis-à-vis du « *consommateur* » profane. La loi vient donc établir un certain équilibre entre les parties en exigeant de la partie au contrat la « plus forte » un certain nombre d'obligations.

Selon Laurence Attuel-Mendes⁸³⁸, si l'information porte généralement sur les éléments essentiels du contrat, il existe également une « information due » qui « dépasse les éléments essentiels de l'acte projeté ». En matière de consommation, l'information porte sur les éléments essentiels du contrat à savoir « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service* », « *le prix* », « *l'absence d'exécution immédiate du contrat* », « *les informations relatives à son identité...* ».

Elle considère que cette obligation d'information spéciale concerne « *les professionnels* » et procède tend à la protection du consentement libre et éclairé de la personne, selon les réquisitions de la loi. Cette obligation précontractuelle n'a pas

⁸³⁷ Cour de cassation, Première Chambre civile du 3 mai 2000, n°98-11.381.

⁸³⁸ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, p.324.

vocation à convaincre la partie de contracter mais de l'éclairer afin d'établir une démarche loyale envers le cocontractant.

Nous pouvons néanmoins considérer qu'au-delà de la simple distinction entre les obligations générales ou spéciales d'information, il n'existe qu'un devoir d'information générale qui tend à considérer son cocontractant comme « son véritable frère ». Ainsi le rapport de la Cour de cassation concernant l'Avant-projet du professeur Catala fait mention de l'insertion du principe de « *bonne foi* » dans un chapitre préliminaire du Code civil qui aurait vocation à irriguer de manière abondante le droit des obligations dans le Code civil sans se borner à concerner seulement les conventions mais également les faits juridiques ou les quasi contrats. L'information opérant une corrélation entre ledit devoir de « *bonne foi* » ou de loyauté, la distinction entre les informations générales ou spéciales n'aurait pas lieu d'être dès lors qu'elles contribuent d'une manière générale à la protection du cocontractant.

c) L'alourdissement des conditions nécessaires à la validité du consentement, l'obligation du formalisme

Si le formalisme constitue une contrainte, un frein à la « *liberté contractuelle* » dans la mesure où il obstrue la liberté absolue de ladite liberté, il a néanmoins vocation à protéger l'expression du consentement des parties au contrat et notamment de la partie la plus faible. *Ad probatem* et *ad validitatem*, le formalisme constitue un rempart contre l'absolutisme de la liberté contractuelle de la partie disposant de moyens supérieurs.

Le formalisme va privilégier les intérêts de la partie la plus faible au contrat, au détriment de la partie la plus forte. Il s'agit d'une règle qui tend à rééquilibrer la situation des parties.

Laurence Attuel-Mendes considère que le formalisme, et plus spécialement, l'écrit permet de retranscrire l'information supplémentaire, issue des règles spéciales du consentement⁸³⁹. Or, si nous poursuivons notre raisonnement selon lequel tant les règles générales que spéciales n'ont qu'un objectif, celui de la protection du consentement du cocontractant, il n'est nullement nécessaire de les distinguer. Alors nous nous rapprochons de la thèse de Patrick Chauvel⁸⁴⁰ selon laquelle « l'unique finalité du formalisme contemporain est la protection du contractant faible ».

L'auteur note cependant que le renforcement du formalisme se retrouve en matière du droit « des personnes ». Cela n'est pas étonnant dans la mesure où ces deux disciplines touchent de près à la personne humaine. Il est donc nécessaire que la protection du consentement de la personne soit manifeste. Ainsi, en matière médicale, la

⁸³⁹ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, p.332.

⁸⁴⁰ P. Chauvel, « *Le vice du consentement* », thèse, Paris II, 1981, n°1574, p.520.

loi est venue prescrire un comportement « type » afin que la partie la plus faible soit protégée.

Enfin, concernant le droit du travail, l'auteur se dit « surprise » de l'absence d'une telle protection. Effectivement, le travailleur étant soumis à de nombreux risques, mettant en péril son intégrité physique de manière quotidienne, étant soumis à une contrainte consentie mais pouvant débouchée sur des abus pénalement répréhensibles, il est nécessaire que son consentement soit protégé. Laurence Attuel-Mendes compare, à juste titre, la relation du salarié avec son employeur avec celle du consommateur et du professionnel⁸⁴¹. Le salarié devrait bénéficier d'une certaine forme de protection du consentement notamment lorsqu'il s'agit de l'établissement d'un contrat dans le cadre d'un contrat en cours.

4) La protection du consentement et la nécessaire absence de vices

Pour être valable, le consentement doit nécessairement être dépourvu de vices. C'est ainsi, que l'article 1109 du Code civil déclare que le consentement exprimé n'est pas valable si ce dernier est issu d'une « erreur » ou s'il est issue d'une quelconque pression extérieure ou d'une tromperie. Effectivement, s'il constitue l'extériorisation de la volonté de la personne, il est alors nécessaire qu'il émane de la liberté la plus parfaite. Si le consentement était alors frappé par l'une de ces hypothèses, il serait alors vicié et la convention ainsi conclue serait elle, nulle.

L'ensemble de ces mesures tendant à protéger la personne qui consent sont d'« ordre public » et s'appliquent à l'ensemble des conventions, quel que soit leur régime ou leur nature. Le consentement, s'il constitue l'expression de la volonté de la personne et la réification de l'autonomie de cette dernière, ne doit subir effectivement aucune contrainte. Nous ne pourrions alors parler non pas de « liberté contractuelle » mais de « contrainte contractuelle ». Cette contrainte s'apparenterait alors à un asservissement de la personne et une atteinte à sa dignité, car rappelons-le, l'asservissement constitue une atteinte automatique au droit à la dignité car il nie, par essence, la qualité d'être humain de la personne. Ainsi, la pratique des soins sans le consentement de la personne ou par un consentement vicié, qui correspond à une absence de consentement, constituerait une atteinte à la dignité de la personne.

Concernant la violence, l'article 1112 du Code civil dispose qu'« *il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». L'alinéa second dudit article dégage des éléments qui permettent d'envisager la violence différemment selon « l'âge » de la personne, son « sexe » ou sa « condition ». Pour le professeur Chauvel, la disposition du Code civil exige une double condition pour retenir la violence en matière de consentement, s'agit du caractère « déterminant » dans la prise

⁸⁴¹ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, p.334.

de décision et son « *illégitimité* »⁸⁴². Si nous faisons un parallèle avec l'article L. 1111-4 du Code de santé publique, pouvons considérer que le rôle du médecin à faire recourir les soins lorsque lui est opposé un refus de soins est une violence ? Si son rôle est potentiellement déterminant dans la prise de décision du patient de recourir aux soins nous doutons de l'illégitimité d'une telle pratique. Sur cette question M. Chauvel considère que « L'illégitimité résultera simplement de l'abus, de l'avantage excessif obtenu par l'auteur de la menace, par rapport au préjudice effectivement subi »⁸⁴³. Le rôle du médecin demeure légitime. D'une part, ce dernier agit dans le cadre de la loi l'autorisant à tout mettre en œuvre pour convaincre le patient. D'autre part, le médecin ne recherche pas, *a priori*, un avantage d'une telle situation, l'intérêt étant, dans la relation médicale, de préserver la santé ou la vie de la personne. Nous pouvons alors considérer qu'une telle démarche ne s'apparente pas à une violence au sens de l'article 1112 du Code civil. La démarche du professionnel de santé poursuit donc un but légitime.

Concernant la « tromperie » ou le « *dol* », l'article 1116 du Code civil dispose que ce dernier « *est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont-elles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Le professeur Chauvel, à l'image de la « violence » considère que le rôle du médecin doit être « déterminant » et « illicite »⁸⁴⁴, donc contraire à la loi. Ce vice du consentement peut recouvrir un aspect négatif nommé, réticence dolosive. Ainsi, en matière médicale, le médecin qui tairait une partie de l'information en vue du recours aux soins pourrait constituer un dol. Comme nous l'avons vu, le professionnel de santé se doit d'informer son patient de manière complète et loyale. Ce défaut de loyauté, qui serait contraire aux dispositions légales et jurisprudentielles, pourrait conduire à la recherche de la responsabilité du médecin au cas où la personne aurait recours aux soins.

Enfin, concernant l'erreur, l'article 1110 du Code civil dispose qu'elle « *n'est cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ». Selon l'article du Code civil l'erreur doit nécessairement porter sur la qualité même de la convention. En matière de santé, peu de chance qu'un vice du consentement sur ce fondement soit retenu hormis en matière d'erreur de diagnostic. En la matière la jurisprudence de la Cour de cassation semble d'ailleurs bien clément⁸⁴⁵. Le professeur Yves Mayaud considère que « c'est de manière circonstanciée que l'erreur du médecin doit être appréciée, pour juger de son caractère fautif ou non »⁸⁴⁶.

⁸⁴² P. Chauvel, « Transaction », Répertoire de droit civil, Dalloz, septembre 2011.

⁸⁴³ *Ibidem*.

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle du 29 juin 1999, n°98-83.517.

⁸⁴⁶ Y. Mayaud, « L'erreur de diagnostic, ou le droit à l'erreur médicale », RSC 2000, p. 204.

Après avoir dégagé l'ensemble des principes s'appliquant aux convention de droit commun, il est nécessaire d'appréhender la notion de consentement en matière médicale.

B) L'approche médicale de la notion de consentement

Quelle est la nature du régime du consentement en matière médicale ? Dans la mesure où il demeure un contrat, nous nous apercevrons qu'il recouvre des similitudes avec le régime général des obligations (1). Nonobstant, il semble, en réalité, qu'il soit mieux protégé qu'en droit commun (2). Si certaines règles ont déjà été évoquées au préalable, il s'agira donc ici d'une confirmation que le domaine médical procède de règles spéciales plus contraignantes en raison de l'objet du contrat qu'est le corps humain.

1) Les similitudes et la juste application des règles du consentement civil à la relation médicale

Le Code de la santé publique prévoit des règles en matière de consentement qui semblent se calquer sur les règles du Code civil. Pourtant cela semblait mal parti lorsqu'au XIVème le chirurgien français Guy de Chauliac disposait que le malade avait pour devoir d'obéir au médecin « comme un serf à son seigneur »⁸⁴⁷. Alors qu'aujourd'hui l'article L. 1111-4 CSP dispose en son alinéa 3 qu' « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ». Cette liberté et cet éclairage du consentement renvoient inéluctablement à l'application des règles relatives aux vices du consentement applicables en matière médicale. D'une part, la liberté renvoie à l'idée selon laquelle le patient consent de son plein gré et n'est soumis, en principe, à aucune pression extérieure. De plus, l'idée d'éclairage du consentement permet de considérer que le dol est exclu, le consentement ne peut être surpris ou extorqué *via* la tromperie.

a) *Les atteintes au consentement médical, les justifications doctrinales*

Les cas majoritaires, où l'atteinte au consentement médical est caractérisée, concernent principalement le cas de la personne hors d'état d'exprimer son consentement, l'obligation vaccinale ou encore l'hospitalisation sans le consentement de la personne, notamment les soins psychiatriques.

Laurence Attuel-Mendes⁸⁴⁸, considère que les atteintes au consentement de la personne sont, d'une manière générale, justifiées par une « dérogation compensée par l'intervention d'un tiers » ou par « la protection d'un intérêt supérieur ».

⁸⁴⁷ G. de Chauliac (v. 1300-1368), cité par B. Hoerni et R. Saury, « *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine* », Masson, 1998, p.10.

⁸⁴⁸ L.Attuel-Mendes, *op. cit.*, p. 25 et suivantes.

a1) Les atteintes justifiées par l'intervention d'un tiers

En ce qui concerne la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, il existe bel et bien l'intervention d'un tiers lorsque la personne n'est pas à même de pouvoir consentir. Il en est ainsi de la personne de confiance prévue par l'article L. 1111-6 CSP qui permettra au médecin de pouvoir « présumer » la volonté du patient inconscient. Comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'un transfert du pouvoir de consentir comme le prévoient par exemple les articles 11, alinéa 2 et 12 du Code civil québécois. L'intervention de ce tiers permet néanmoins d'établir un consentement indirect. Il s'agit d'une atteinte à « moindre coût » au consentement de la personne dans la mesure où ce dernier est retranscrit par un intermédiaire. Il est donc nécessaire que le consentement de la personne soit clairement et valablement retranscrit par la personne de confiance. Ce mécanisme s'apparente au mécanisme de la stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil⁸⁴⁹, une stipulation pour autrui spécialement prévue en matière du droit de la santé et de la protection du consentement de la personne.

A défaut d'avoir désigné une personne de confiance, le juge requiert que soit établi une présomption de consentement par le médecin afin que soit établi le consentement de la personne. Il en va ainsi de la jurisprudence du Conseil d'Etat 24 juin 2014⁸⁵⁰ où la décision de l'arrêt des soins s'est basée sur une reconstruction de la volonté de la personne. Il s'agit donc d'une atteinte indirecte au consentement dans la mesure où ladite volonté de la personne est recherchée. L'atteinte indirecte demeure néanmoins une atteinte dans la mesure où la volonté exprimée n'émane pas directement du malade. L'expression de sa volonté peut alors être mal comprise, déformée ou biaisée. La meilleure solution reste donc l'établissement de directives anticipées, permettant d'avoir une réelle trace de la volonté de la personne. Comme nous l'avons énoncé à plusieurs reprises, ces directives anticipées, instaurées par la loi « Léonetti » de 2005 doivent primer l'ensemble des autres outils permettant de révéler la volonté du patient. Ces directives anticipées doivent néanmoins voir leur vitalité renforcée, il est nécessaire qu'elles recouvrent une force de décision. Pour cela, et pour être certain qu'elles représentent réellement la volonté de la personne, il est nécessaire d'instaurer un formalisme contraignant afin que la volonté exprimée à travers elles soit la plus sincère possible. A l'instar des règles relatives aux directives anticipées en Espagne, il est nécessaire d'établir une obligation de directives anticipées, centralisées dans un fichier national, afin de permettre à chacun la matérialisation de son autonomie. Il est par contre indispensable que ces directives anticipées soient confirmées chaque année par la personne. Si elles peuvent être révoquées ou modifiées à tout instant, la personne doit impérativement les confirmer une fois par an. Selon l'accomplissement plus ou

⁸⁴⁹ Article 1121 du Code civil « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

⁸⁵⁰ Conseil d'Etat, Assemblée du 24 juin 2014, n°375081.

moins assidu de ce formalisme le médecin pourra alors corrélativement plus ou moins se détacher du caractère contraignant desdites volontés.

Pour les hospitalisations sans le consentement de la personne, elles peuvent être demandées par un tiers ou par un « *représentant de l'Etat* ». Pour Laurence Attuel-Mendes, nul doute que cela constitue une exception au principe selon lequel le consentement est nécessaire à l'établissement d'un acte juridique⁸⁵¹. En effet, malgré l'absence de consentement de la personne concernée, la qualité d'acte juridique se justifie par une dérogation légale basée sur des impératifs sociaux et individuels que sont la préservation de l'ordre public ou de la santé.

a2) Les atteintes justifiées par la protection d'un intérêt supérieur

Comme nous le verrons plus loin, la contrainte médicale est parfois soutenue par la protection d'intérêts à caractère fondamentaux qui s'inscrivent dans une démarche de protection collective voire individuelle. Il en va ainsi du « droit-crédence » de la préservation de la santé publique, ou de la sauvegarde de l'ordre public, de la préservation du droit à la vie ou à la santé de la personne. En tout état de cause, cette contrainte ne saurait être sans limite et ne doit se borner qu'aux interventions strictement nécessaires comme peut l'être la protection de la personne faisant l'objet d'un trouble mental ou se trouvant dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, alors que cette dernière pencherait, éventuellement, pour le recours aux soins s'il avait été à même de pouvoir recourir au « contrat médical ».

Ainsi, l'article L. 3213-1 CSP justifie la mise en place de la contrainte médicale et de la privation de consentement par la protection de la personne et par la protection de l'ordre public.

b) Les incapacités en matière de « contrat médical » et les protections de la personne

b1) De l'incapacité stricto sensu et de la protection du mineur et de la personne sous tutelle

Les règles du Code civil relatives à la capacité de la personne semblent subsister et s'appliquer en matière médicale. L'article L. 1111-4 CSP précédemment cité énonce les règles applicables en ce qui concerne les mineurs et les majeurs protégés. En ce qui concerne la personne majeure protégée, il est nécessaire de rappeler que seule la personne sous tutelle, donc faisant l'objet de la mesure de protection la plus complète, fait l'objet d'une limitation de son pouvoir de décision en matière médicale. De même que pour le mineur, ils participent à la prise de décision mais l'alinéa 6 dudit article prévoit néanmoins que la décision finale revient au représentant légal. Ce même alinéa prévoit que la décision du représentant légal doit toujours aller dans le sens de l'intérêt

⁸⁵¹ L.Attuel-Mendes, *op. cit.*, p. 25 et suivantes.

de la personne protégée, *in fine* dans le sens du recours aux soins dans la mesure où si la décision du représentant légal met en danger « *la santé du mineur ou du majeur sous tutelle* » alors « *le médecin délivre les soins indispensables* ».

La contrainte médicale est alors justifiée par la protection de la personne qui ne peut valablement décider pour elle, si elle nécessite ou pas d'avoir recours aux soins. Son incapacité à consentir met sa personne en danger et pousse le législateur et le corps médical à ce que des soins lui soient prodigués afin de préserver sa santé. L'intervention sur la personne hors d'état d'exprimer sa volonté ou sur la personne faisant l'objet d'un trouble mental suivent la même logique contrairement à la législation vaccinale qui, elle, constitue une contrainte sur la personne consciente et capable sans que son consentement ne puisse être donné concernant sa santé ou celle de la personne dont elle a la responsabilité. Ainsi, si l'article L.1111-4, alinéa 6, impose l'intervention du professionnel de santé lorsque la décision du responsable légal est susceptible « *d'entraîner des conséquences grave pour la santé* », il ne saurait être applicable en matière vaccinale car d'une part ladite disposition ne semble concerner que les traitements curatifs⁸⁵² et que l'abstention vaccinale ne semble pas constituer une menace « *grave pour la santé* ».

b2) De l'incapacité et de la nullité du contrat médical

En tout état de cause, se distingue des règles du Code civil celles du Code de la santé publique car ce dernier n'opère pas de dichotomie entre les incapacités d'exercice ou les incapacités de jouissance. Il est d'ailleurs impossible de concevoir une incapacité de jouissance en matière médicale car cela reviendrait à considérer qu'une personne ne peut recourir aux soins de son fait ou même par l'intermédiaire d'un représentant légal. Selon le préambule de la Constitution de 1946, l'offre de soins est universelle et nul ne peut en être privé. Il s'agit d'un devoir de la « *Nation* » envers l'ensemble des êtres humains se trouvant sur le sol français.

La question se pose alors de savoir si le « *contrat médical* » peut faire l'objet d'une nullité dans l'hypothèse où l'une des personnes y aillant recours est incapable. En ce qui concerne les mineurs, nous pouvons trouver la réponse à l'article L. 1111-5 CSP, autorisant ce dernier à contracter sans que ses responsables légaux soient consultés. En effet, si le mineur maintient sa volonté d'avoir recours seul au contrat médical, alors il l'y est autorisé par la loi, le contrat demeure valable.

En ce qui concerne le majeur incapable il est nécessaire d'apporter la même réponse par analogie. D'une part car si la nullité se veut être une arme pour la sauvegarde des intérêts du cocontractant, le contrat médical se veut vertueux et n'agir exclusivement dans l'intérêt du malade. Si le patient faisait l'objet d'un abus de la part

⁸⁵² L'exégèse du texte semble effectivement concerner les seuls traitements curatifs contrairement à l'alinéa 3 du même article qui prend bien soin de préciser que tout acte médical est concerné. D'autre part, l'urgence soulevée par l'alinéa 6 renvoie inéluctablement aux soins curatifs en imposant l'intervention du médecin et en évoquant le caractère « *indispensable* » des soins.

du médecin, ce dernier serait susceptible de faire l'objet de poursuites pénales sur le fondement de l'escroquerie. De ce fait, la personne majeure protégée, ayant recours aux soins, contracte sans réel risque. D'autre part, la nullité est une sanction contractuelle difficilement applicable à la convention médicale en ce qu'elle opère des effets rétroactifs impossibles. Les règles issues du Code de déontologie médicale semblent constituer un rempart contre les abus du médecin.

2) Le consentement médical au-delà des règles de droit commun

Le consentement au contrat ou à la convention médicale va au-delà des règles du droit commun par sa spécificité ou encore sa connexité avec les intérêts fondamentaux de l'individu. Pour Marion Girer « le respect de la volonté du malade est lié à l'humanité de la personne, à la reconnaissance de sa qualité d'être humain et de sujet de droit »⁸⁵³. Effectivement, le contrat médical ne peut être considéré comme étant similaire aux autres contrats. De par sa nature et son objet, la convention médicale doit nécessairement faire l'objet d'une réglementation spéciale tendant à protéger le patient de manière encore plus accrue que ne l'opère le droit de la consommation à l'égard du consommateur ou le droit du travail à l'égard du salarié. La Conseil d'Etat a même considéré, dans un arrêt du 08 septembre 2005, que le consentement libre et éclairé en matière médicale constitue un « droit fondamental » de manière à légitimement fonder l'action de l'article L. 522-3 du Code de la justice administrative⁸⁵⁴.

a) *Le contrat médical et le devoir du consentement, la matérialisation des droits fondamentaux de la personne*

Si l'auteur considère que le consentement aux soins dépasse la relation contractuelle que peut entretenir le patient avec son médecin, nous ne pouvons néanmoins nier le lien contractuel qui unit les deux protagonistes de ladite relation.

Effectivement, le respect du consentement du patient procède du respect des droits de la personne, mais cette vision serait réductrice que de considérer qu'il s'agit là de son unique dessein. Dans ses relations médicales avec les professionnels de santé relevant du secteur privé, l'arrêt « *Mercier* »⁸⁵⁵ a toujours eu vocation à s'appliquer et consacrer le lien contractuel que peut exister entre le patient et son médecin. La loi du 04 mars 2002 a donc tenu à uniformiser les principes que le malade soit un contractant ou un usager du service public. Ainsi lorsque l'auteur déclare que « c'est parce que le patient est une personne humaine que ce droit fondamental lui est reconnu et non en

⁸⁵³ M. Girer, « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », in « *Consentement et santé* », Millau, Dalloz, Collection Thèmes et Commentaires, 2014, p.65.

⁸⁵⁴ Conseil d'Etat, Juge des référés du 08 septembre 2005, n°284803 selon lequel « *entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qui imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui...* ».

⁸⁵⁵ Cour de cassation, Chambre civile du 20 mai 1936, « *Mercier* ».

vertu de sa qualité de contractant », il ne soulève aucune problématique majeure. Qu'il s'agisse d'une relation médicale contractuelle ou non, le respect du consentement s'impose d'une part car il s'agit du respect de la personne et de l'autonomie de sa volonté mais surtout car le contractant et la personne humaine ne font qu'un. Ainsi, si la règle relative du respect au consentement permet la protection des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine, il n'en demeure pas moins que ledit respect du consentement permet de protéger les droits fondamentaux du contractant et notamment la liberté contractuelle lorsque la relation médicale est d'ordre privée. L'instauration légale d'une telle règle tend surtout à l'uniformité des régimes tant les juridictions administratives semblaient moins enclines à retenir la responsabilité concernant le non-respect du consentement que leurs homologues de l'ordre judiciaire⁸⁵⁶. Aujourd'hui, le respect du consentement procède du respect des droits fondamentaux tels que le respect de la dignité humaine devant les juridictions administratives⁸⁵⁷ mais procèderont, au surplus, du respect de la liberté contractuelle devant les juridictions judiciaires.

Le respect du consentement permet alors à la personne, de pouvoir agir sur « plusieurs tableaux » afin de permettre à la personne lésée, au justiciable de multiplier ses chances d'indemnisation notamment devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Néanmoins, pour permettre une indemnisation il est nécessaire de démontrer que ce consentement a été vicié.

b) Les vices du consentement médical, bref retour sur l'information et la contrainte

b1) Le « libre » consentement, une histoire de contrainte

Afin que le consentement soit « libre et éclairé » comme le prescrit l'article L. 1111-4 CSP, il est nécessaire que ce dernier ne soit pas vicié. En ce qui concerne le consentement « libre », cela renvoie nécessairement à la question de la contrainte. La contrainte peut s'opérer de différentes manières.

Premièrement, la contrainte peut être positive et directe. Elle consiste en l'application de soins sans le consentement de la personne. Par exemple, lorsque l'on pratique des soins sur la personne hors d'état d'exprimer son consentement alors qu'en état de conscience elle aurait refusé les soins, lorsque la personne est hospitalisée sans son consentement en raison d'un trouble mental, lorsque l'on oblige par le chantage une personne d'avoir recours aux vaccins ou encore lorsque l'on outrepassa le refus de soins exprimé par le patient. L'ensemble de ces cas de figure ont été préalablement évoqués mais il est nécessaire de rapidement les réexposer. Dans un premier temps, il est important de distinguer les actes médicaux contraignants préventifs et curatifs. Il semble logique qu'en matière de prévention, l'acte médical ne soit entrepris qu'en raison

⁸⁵⁶ M. Girer, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁵⁷ Cour administrative d'appel de Marseille, Deuxième chambre du 16 octobre 2014, n°12MA04804.

de la seule volonté de la personne. L'offre de soins préventifs s'adresse par essence à la personne consciente qui, à sa propre initiative y répondra. La contrainte en matière de prévention est donc moins forte qu'en matière curative mais elle est cependant moins compréhensive. La Cour administrative d'appel de Marseille a effectivement considéré que « *le fait d'imposer des soins à un patient dont la vie n'est pas en danger constitue une atteinte à une liberté fondamentale* »⁸⁵⁸. La condition « d'intérêt médical » est ici amoindrie

L'administration d'un vaccin, fruit de l'obligation légale fait découler une certaine forme de contrainte indirecte. Cette contrainte s'exprime par les lourdes conséquences encourues en cas de non-recours à la vaccination d'une manière personnelle ou vis-à-vis des responsables légaux du mineur. Cette contrainte positive indirecte oblige l'individu, afin de pouvoir exercer une profession, de recourir à la vaccination. Le mineur que le parent refuse de soumettre à la vaccination peut se voir refuser l'accès à l'éducation et ce dernier peut encourir des poursuites pénales. Cette pratique est donc particulièrement contestable. Elle est contestable dans le cadre de la jurisprudence de la Cour administrative de Marseille⁸⁵⁹ car la vaccination constitue un soin imposé alors que le patient n'est pas dans une situation de péril. Selon cette solution, l'administration du vaccin constitue « *une atteinte à une liberté fondamentale* » dans la mesure où ce soin s'applique à titre préventif. Cela démontre une certaine évolution des mentalités en matière de soins imposés, notamment lorsque ces derniers concernent un vaccin. C'est dans ce contexte qu'a été présentée devant le Conseil constitutionnel une QPC concernant l'obligation vaccinale sur laquelle nous reviendrons plus tard⁸⁶⁰. De cette pratique vaccinale découle effectivement de multiples considérations opposées. Si pour certains, la vaccination constitue une mesure s'inscrivant dans une logique de protection de la santé publique⁸⁶¹, pour d'autres, il s'agit clairement d'une atteinte aux libertés fondamentales de la personne comme la protection de l'intégrité physique ou du consentement comme le respect de la dignité humaine ou encore de la liberté contractuelle. La CEDH considère, en ce sens, que l'obligation vaccinale constitue « une ingérence » de la part de l'Etat de nature à contrevenir à l'article 8 de la Convention⁸⁶². Ainsi, la France et l'Italie font figure d'exception en matière d'obligation vaccinale en Europe, les autres pays considérant cette pratique comme étant une faculté pour la personne d'y recourir librement. La législation espagnole évoquée préalablement semble constituer un compromis adéquat entre l'ensemble des impératifs justement évoqués. Si le principe de la législation espagnole réside en la liberté vaccinale, laissant alors place au respect de l'autonomie de la volonté, du libre consentement et du règles relatives à la protection physique de l'individu, ces dernières restent soumises au

⁸⁵⁸ *Ibidem*.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

⁸⁶⁰ Conseil constitutionnel, n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, « *Obligation de vaccination* ».

⁸⁶¹ Pour la Ministre de la Santé, Marisol Touraine « La liberté s'arrête là où commence la santé publique et la sécurité de l'ensemble de population » in « Refus de faire vacciner son enfant : Le Conseil constitutionnel invité à trancher », source www.20minutes.fr du 9 octobre 2014.

⁸⁶² Cour européenne des droits de l'Homme n°42197/98 du 9 juillet 2002, « *Affaire Salvetti c/ Italie* ».

principe de la protection de la santé publique lorsqu'un réel danger d'épidémie ou de pandémie est constaté et menace gravement la santé des individus, de la collectivité. Le « droit-créance » de la protection de la santé prime alors les autres considérations individualistes.

Cette conception de la contrainte la conditionne à une stricte nécessité qui peut être observée dans la jurisprudence et la loi. La jurisprudence de la Cour de Marseille précitée semble largement retenir cette acception. L'exégèse de sa solution démontre facilement qu'une contrainte médicale peut être envisagée et que cette dernière n'est pas systématiquement condamnée ou condamnable⁸⁶³. La contrainte médicale peut effectivement recouvrir certaines vertus comme la protection de la santé ou de la vie de la personne, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être strictement encadrée afin d'éviter toutes dérives. Cette conception n'est pas nouvelle et la jurisprudence avait déjà penché pour un raisonnement similaire. Dans l'arrêt du Tribunal administratif de Lille du 25 août 2002⁸⁶⁴, les magistrats avaient considéré qu'« *alors qu'il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie, l'absence de respect de la volonté de Mme Carole G., personne majeure, par le centre hospitalier régional Hôtel-Dieu de Valenciennes constitue une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales* ».

Du côté de la loi, nous pouvons retrouver ce raisonnement. En effet, en l'article L.1111-4 CSP, alinéa sixième oblige le médecin à pratiquer les « soins indispensables » sur le mineur ou le majeur sous tutelle lorsque la décision, émanant de son responsable légal, de ne pas recourir aux soins « *risques d'entraîner des conséquences graves pour la santé...* ». De manière plus nuancée, l'article L. 1111-2, alinéa second CSP renvoie également à cette condition de « nécessité » pour décharger le professionnel de santé de sa responsabilité en matière d'information. Ce dernier est en effet « dispensé » de toute obligation d'information lorsque l'« *urgence ou l'impossibilité* » s'impose à lui. Cette notion d'« *urgence* » fait jaillir la thèse selon laquelle le professionnel de santé doit privilégier les soins et la préservation de la santé ou de la vie de la personne et donc laisser de côté l'information nécessaire au recueil du consentement.

Dernièrement, enfin, l'atteinte au consentement peut se faire par une atteinte négative. Cette atteinte négative résulte du refus de soins opposé au patient qui souhaite recourir à une pratique. Ce refus de soins peut avoir plusieurs origines, légales ou spontanée, licite ou illicite. Comme nous l'avons constaté par exemple, en matière de procréation médicalement assistée, la loi ne permet pas à l'ensemble des individus dans l'incapacité de procréer, d'avoir recours à cette pratique, tout comme la personne qui désire être euthanasiée ou la femme qui soit subir une interruption volontaire de grossesse au-delà de la douzième semaine de grossesse ou qui se heurte à la « clause de conscience » dont bénéficient les professionnels de santé à l'égard de cette pratique. Ces atteintes, lorsqu'elles résultent de la loi, lorsqu'elles sont licites, restent cependant plus

⁸⁶³ Cour administrative d'appel de Marseille, Deuxième chambre du 16 octobre 2014, n°12MA04804.

⁸⁶⁴ Tribunal administratif de Lille, ord. Référé du 25 août 2002, n°02-3138.

nuancées que les atteintes positives au consentement de la personne. Elles sont plus nuancées car, pour la plupart, elles ne constituent pas un refus de soins *stricto sensu*. Si les soins sont les « actes de thérapeutique qui visent à la santé de quelqu'un, de son corps »⁸⁶⁵, alors le refus de soins du professionnel s'entend du refus d'entreprendre les actes qui auraient pour objectif d'atteindre un parfait état de santé. En ce qui concerne le refus d'accès à la procréation médicalement assistée, comme nous l'avons évoqué, il ne s'agit pas d'un refus de soins dans la mesure où l'impossibilité de procréer des personnes concernées par ce refus n'est pas due à leur infertilité médicalement constatée mais à une incompatibilité d'ordre naturelle. Pareillement pour le refus de l'euthanasie, il ne s'agit nullement d'un refus de soins dans la mesure où ces derniers tendent à préserver la santé et la vie de la personne alors que, de manière opposée, l'euthanasie consiste à donner volontairement la mort.

b2) Le consentement « éclairé », une histoire d'information

Pour le professeur François Vialla « L'information puise sa source dans des impératifs pluriels, éthique, déontologique, juridique... »⁸⁶⁶ et n'hésite pas à citer Pierre Sargos pour qui « le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient a toujours été au cœur de l'éthique de tout praticien quelle que soit sa spécialité. Ce devoir est d'autant plus fort qu'il s'agit d'un médecin qui, tel un chirurgien, est appelé à porter atteinte, parfois très gravement (amputation), à l'intégrité physique d'autrui, ce qui ne peut être justifié que par un impératif thérapeutique et le consentement éclairé du patient »⁸⁶⁷.

Après notre étude, il ne fait nul doute que l'information due au patient par le professionnel de santé, prescrite par l'article L. 1111-2 CSP⁸⁶⁸, constitue une obligation phare du respect du consentement de la personne malade comme l'affirme les auteurs précités. Cette information doit être claire et « loyale » et constitue un élément « incontournable »⁸⁶⁹ de la relation médicale. La jurisprudence a toujours été attachée à cette obligation d'information du professionnel de santé au profit du patient. Une jurisprudence récente rappelle qu'« un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et il n'est pas dispensé de cette information par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement »⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ Définition de la notion de « soins » selon le dictionnaire Larousse (www.larousse.fr).

⁸⁶⁶ F. Vialla, « Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement », in « *Consentement et santé* », Millau, Dalloz, Collection Thèmes et Commentaires, 2014, p.37.

⁸⁶⁷ P. Sargos, « L'obligation d'informer le patient », Les Petites Affiches du 22 septembre 1999, n°189, p.9.

⁸⁶⁸ Article L. 1111-2 CSP, alinéa premier « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, 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 les conséquences prévisibles en cas de refus. 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 ».

⁸⁶⁹ F. Vialla, *op. cit.*, p.38

⁸⁷⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 13 novembre 2014, n°13-22.702.

En ce qui concerne la « *loyauté* » de l'information, cela nous renvoie au droit des contrats qui exige une information adaptée à l'individu. Ainsi l'avant-projet Catala fait de la loyauté un principe directeur du droit des contrats. La « *loyauté* » de l'information renferme donc un critère empreint de subjectivité qui exige que ladite information, au-delà d'être délivrée, soit compréhensible de son récepteur. Cette règle découle explicitement de l'article R. 4127-35 CSP qui dispose que le médecin « *Tout au long de la maladie tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ». Cette exigence procède d'une manière générale au respect du consentement de la personne. Pour librement consentir, il est nécessaire que l'information éclaire la personne sur la réalité des soins afin que ce dernier puisse librement y consentir. L'information doit donc être consciencieuse afin que le patient, profane, puisse appréhender correctement les dires du technicien, du professionnel. Pour le professeur Savatier, la relation médicale est logiquement déséquilibrée entre « l'ignorant envers le savant »⁸⁷¹. Cette situation s'apparente à celle du consommateur face au professionnel à qui il incombe d'informer valablement ce premier afin que le contrat conclu soit valable. S'ajoute à son obligation d'information une interdiction d'insérer dans le contrat des clauses dites « *abusives* » qui auraient vocation à déséquilibrer la relation contractuelle. En matière médicale, si le médecin a le devoir d'informer le patient, il a également pour mission de convaincre la personne d'avoir recours aux soins. L'information si elle doit être complète et sincère ne peut en aucun cas détourner les soins de leur objectif premier qu'est le soin de la personne et la préservation de sa santé et de sa vie.

Le consentement est donc un principe directeur de la relation médicale d'où découle nécessairement l'absence de contrainte de la personne et la dispense d'une information complète de la part du professionnel de santé. Ce dernier peut cependant constituer une liberté publique dont le respect incombe à l'administration médicale mais également à tout professionnel de santé de par son universalité. Ce droit au respect du consentement est un droit « satellite » permettant de consacrer le principe de la liberté contractuelle comme l'est le respect de l'intégrité physique vis-à-vis du droit au respect de la vie privée ou de la dignité humaine.

Nous avons donc pu constater dans cette question que malgré les turbulences rencontrées, la relation patient-médecin demeure, lorsqu'elle est privée, un contrat. Un contrat spécial qui, en certains points, est régi par le Code civil. Plusieurs conséquences donc, la première est de considérer que la liberté contractuelle est valablement applicable à la relation médicale. De ce fait, lorsque le patient recourt aux soins et conclut un contrat avec une personne privée, cette dernière peut se prévaloir de cet argument supplémentaire pour faire entendre sa cause. En raison de l'autonomie qui se dégage dudit principe constitutionnel, le droit au consentement est donc le pilier de la relation entre l'offre et la demande de soins respectivement incarnées par le

⁸⁷¹ R. Savatier, « Les Métaphores économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui » seconde série, Dalloz 1959, chap. VII, « Sociologie juridique des professions libérales », p.189-191.

professionnel et le malade. Ce consentement s'analyse en deux ambivalences que sont l'acceptation, qui ne pose aucun souci, ou le refus qui est le moteur de complications juridiques.

SECTION II – L'EXPRESSION DU REFUS DE SOINS, RÉIFICATION DU CONSENTEMENT ET MOTEUR DE CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Le refus de soins est donc l'expression du consentement de la personne. Qu'il s'agisse d'une relation contractuelle en raison des règles du Code civil ou de la loi du 04 mars 2002 ou d'une relation administrative en vertu de ce dernier fondement, le refus de soins est un outil du respect du consentement du patient. Concernant la première de ces deux situations, le refus de soins découle de la faculté de ne pas contracter. Ainsi le refus de soins constitue la manifestation la plus marquante et fondamentale de la liberté contractuelle médicale pour les professeur Mestre et Fages⁸⁷². Cette faculté de soins s'applique-t-elle de manière uniforme aux deux acteurs de la relation médicale privée ? En faisant un bref retour sur le refus de soins du patient (Paragraphe 1) nous constaterons que contrairement au professionnel de santé (Paragraphe 2) il s'agit pour le premier d'un véritable droit. En tout état de cause, ce refus de soins n'est pas dépourvu de conséquences juridiques.

Paragraphe 1 : Retour sur le refus de soins du patient, véritable prérogative de la relation contractuelle

Nous l'avons déjà amplement évoqué, le droit au refus de soins est largement consacré dans notre ordre juridique. Qu'il s'agisse de l'article L. 1111-4, alinéa trois du Code de la santé publique ou de l'article 16-3 du Code civil le refus de soins fait partie des principes fondamentaux du patient. Il repose sur l'expression du consentement et en est sa réification la plus parfaite. Il est surtout l'expression de l'autonomie de la volonté et du respect de la liberté contractuelle dans son acception d'« impulsion » contractuelle, à savoir la volonté ou non de recourir aux soins.

Si les principes directeurs relatifs à la protection de l'intégrité physique ont permis de déboucher sur une prise de conscience collective menant à l'édiction de règles tendant à protéger le patient et son autonomie, certains de ces principes revêtent une double facette qui leur permet de limiter le libéralisme médical tant du point de vue du professionnel de santé que de celui du patient. En effet, le patient n'est désormais plus totalement maître de son corps ou de sa santé. Le refus de soins bien que proclamé et consacré ne permet pas d'anéantir des règles impératives. Nous en revenons toujours à la problématique du vaccin. En l'occurrence, s'il est impossible du fait de l'âge de pouvoir juger pour nous même du bienfait de la vaccination, la loi impose aux responsables légaux l'injection de substances souvent nocives pour notre organisme

⁸⁷² J. Mestre et B. Fages, « De la liberté de ne pas contracter », op. cit.

pour un soi-disant principe de précaution. Pour des raisons de politiques de santé publique, la loi française reste aujourd'hui l'une des exceptions européennes à la liberté vaccinale de sorte que le refus de soin est en l'espèce inopérant. Dans les autres cas, l'impossibilité de refuser le traitement relève de souvent l'impossibilité matérielle, physique ou du mécanisme de l'incapacité, lorsque la personne est sous tutelle. Comme nous l'avons déjà mentionné, la seule façon de pouvoir consacrer le refus de soins de manière efficace est de consacrer des mesures de prises de décisions de manière anticipée car, aujourd'hui, comme le juge Roxani Fragkou, la décision médicale relève de la seule discrétion du médecin⁸⁷³.

Alors, la liberté contractuelle serait poussée à son paroxysme en matière médicale. Ladite matière sanitaire permet déjà au malade de pouvoir rompre à tout instant et sans aucune justification la relation contractuelle établie avec le médecin, elle permet à la personne de rompre brutalement sans qu'aucune indemnité ne puisse être exigée du professionnel de santé. La personne décide alors, de la manière la plus libérale possible, de son corps et des atteintes qu'elle accepte de subir. Mettre en place des mesures de retranscription de la volonté permettrait de pousser encore plus loin le principe.

Effectivement, en aucune matière une personne peut personnellement contracter ou ne pas contracter alors qu'elle se trouve dans un état d'inconscience. La mise en place de directives anticipées obligatoires permettrait donc d'instaurer un principe de liberté contractuelle renforcé à l'égard des établissements et professionnels de santé du secteur privé. En ce qui concerne les soins hospitaliers, nous pourrions parler d'un développement et d'un renforcement de l'autonomie de la volonté par la loi. Si la liberté contractuelle est un droit spécifique des personnes en pleine possession de leurs facultés juridiques et de leur capacité à consentir et créer du droit, la personne se trouvant dans une situation de coma, d'inconscience ou dans un état d'accident cérébral ne lui permettant pas de s'exprimer, serait alors sujet de droit en matière de l'application de l'article 4 de la Déclaration de 1789, elle pourrait, grâce à son intervention de son vivant, consentir ou refuser l'ensemble des soins s'offrant à elle.

De la même manière, la personne de confiance dont la décision serait contraignante permettrait à un individu pouvoir clairement et librement s'exprimer au sujet de sa volonté de recourir à des soins. De la même manière que la stipulation pour autrui prévue à l'article 1121 du Code civil, le consentement de la personne serait alors opérant.

La liberté contractuelle, qui est la liberté de pouvoir contracter ou de ne pas contracter se retrouve effectivement confrontée à la dure réalité des situations complexes que peut engendrer le droit de la santé. Il est difficile de pouvoir pleinement consacrer les intentions libérales de la personne sans une intervention du législateur ou des magistrats. Le total libéralisme mettrait alors en danger la personne contre elle-

⁸⁷³ R. Fragkou, « Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé », in « *Consentement et santé* », Millau, Dalloz, Collection Thèmes et Commentaires, 2014, p.147.

même mais placerait aussi les professionnels de santé dans une situation complexe, se retrouvant alors entre l'obligation de soins, prescrite par le code de déontologie médicale et les règles du Code de la santé publique, et l'obligation absolue du respect de la volonté de la personne. Notre système hybride permet justement de concilier les différents impératifs présents dans les relations médicales.

Ladite liberté, à l'instar de l'ensemble des autres droits et libertés ne peut être absolue. Son fondement constitutionnel fait d'ailleurs part de cette limite. « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui nuit pas à autrui* » dispose l'article 4 de la Déclaration de 1789. Ainsi, les limites qui sont d'ordre légal sont pour la plupart nécessaires afin d'éviter tout débordement de la personne d'un point de vue individuel ainsi que sur le plan collectif. Si les principes des articles 16 et suivants du Code civil ont été instaurés ce n'est pour aucune autre raison que de protéger l'individu contre les tiers mais également contre lui-même.

Paragraphe 2 : Le refus de soins du professionnel de santé et la violation du « droit-créance » à l'accès à la santé

Si dans le contrat médical les parties doivent être considérées, *a priori*, d'égal à égal alors le droit au refus de soins doit pouvoir émaner du professionnel de santé qui, alors rejeterait la demande de soins du patient. Ces situations de refus de soins du professionnel de santé se manifestent majoritairement dans la médecine libérale. Cette triste réalité permet de bafouer le respect du droit à la santé prescrit par le Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, l'article L. 1110-1 CSP dispose que « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* ». Alors quid de la liberté contractuelle du médecin ?

Pour Jean-Paul Delevoye⁸⁷⁴, homme politique français, le refus de soins peut autant émaner des « défaillances individuelles des professionnels » que de celles qui émanent du « système de soins » lui-même. Il s'agira donc de distinguer les situations où les refus de soins du médecin sont contraires à la loi (A) de celles qui sont tolérés (B) ou non répréhensibles.

⁸⁷⁴ J.-P. Delevoye, « *Refus de soins et actualités sur les droits des malades* », Paris, Presses de l'EHESP, 2012, préface, p.5.

A) Le refus de soins des professionnels de santé, une illicéité avérée, une restriction de la liberté contractuelle

Pour Stéphane Brissy, maître de conférence, Anne Laude et Didier Tabuteau, professeurs, il est clair que la loi du 04 mars 2002 a rééquilibré de manière conséquente les relations entre les professionnels de santé et le patient⁸⁷⁵. L'ère de la toute-puissance médicale est donc révolue, du moins en théorie. Subsistent des pratiques, bien que parfois illicites, qui dans les faits démontrent une volonté de certains professionnels de santé de vouloir bénéficier d'un « absolu » pouvoir à l'égard des patients. Si cet « absolu pouvoir » peine aujourd'hui à se matérialiser en matière de pratique des soins, il peut valablement se retrouver en matière de refus de soins. La liberté personnelle relative aux contrats se trouve alors atteinte par le refus de soins du professionnel de santé. L'offre de soins étant impersonnelle, le refus d'une demande de soins est alors en principe illicite.

Le droit ne reste néanmoins pas muet face aux refus de soins. Néanmoins la multiplicité des situations rend parfois difficile l'application des textes, d'autant que ces derniers résultent souvent de sources différentes. Les sanctions peuvent alors recouvrir différentes réalités, allant de la sanction disciplinaire par le Conseil de l'Ordre, pénale ou encore pécuniaire.

1) Présentation des situations de refus de soins du professionnel de santé

Les auteurs ont alors cité l'ensemble des situations pouvant s'analyser comme étant un refus de soins. Si certains comportements sont manifestes, d'autres restent plus subtiles. En ce qui concerne les refus manifestes existe par exemple le refus pour le professionnel de santé de se « déplacer » ou tout simplement d'agir. Lorsque la situation est qualifiée d'« urgente », alors le refus de soins opposé à la personne constitue une infraction pénale qu'est la non-assistance à personne en danger.

Dans un arrêt du 3 février 1993⁸⁷⁶, la Chambre criminelle a considéré que le médecin qui estime que « *pour retenir à l'encontre du prévenu le délit d'omission de porter secours, la cour d'appel, informant le jugement de relaxe, énonce que ce médecin devait mettre en œuvre les manœuvres habituelles de réanimation et que, la possibilité d'une réanimation ne pouvant être exclue, il importait peu que Roger Y... (la victime) puisse d'ores et déjà être considéré comme mort au sens où une ou plusieurs fonctions vitales avaient cessé...* ».

Ainsi, au regard de son obligation de moyen, le médecin doit tout mettre en œuvre afin de préserver la santé ou la vie de la victime, que la prétention de l'inutilité des soins ne permet pas d'écarter l'infraction. Néanmoins, la Cour de cassation

⁸⁷⁵ S.Brissy, A. Laude, D. Tabuteau, « *Refus de soins et actualités sur les droits des malades* », Paris, Presses de l'EHESP, 2012, p.7.

⁸⁷⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle du 03 février 1993, n°92-835.26.

reviendra sur la décision de la Cour d'appel considérant, en l'espèce, que l'erreur de diagnostic avait empêché le médecin de pouvoir pratiquer les diligences nécessaires à la préservation de sa vie. Pour pousser le raisonnement plus loin, la décision de la Cour est en l'espèce critiquable. Afin que le médecin puisse déclarer la pratique des soins comme inopérante et sans aucune utilité encore faut-il qu'une analyse soit pratiquée sur la personne. En tout état de cause, il est nécessaire pour le médecin de tout mettre en œuvre afin de préserver la vie ou la santé de la personne lorsque cette dernière n'a pas exprimé son refus de soins.

Le refus de soins peut également concerner les professions paramédicales et les distributeurs de médicaments. Les pharmaciens ont ainsi l'obligation de délivrer un médicament prescrit. Cette obligation résulte d'une part de l'interdiction du refus de vente issu de l'article L. 122-1 du Code de la consommation⁸⁷⁷ mais procède également, en matière médicale d'un refus de soins.

La CEDH a considéré que le refus de vendre des pilules contraceptives en raison de leur conviction religieuse était interdite. La Cour rappelle que *« dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle »*⁸⁷⁸.

Le refus de soins opéré par le professionnel de santé peut être plus « implicite ». Il n'en demeure pas moins qu'il reste illicite. Un arrêt de la Première Chambre civile révèle un nouvel exemple de refus de soins indirect. La Cour de cassation a considéré que le médecin *« aurait dû, compte tenu de ces circonstances, mettre en place une surveillance accrue de son patient ; que, par motifs propres et par motifs adoptés, elle a en outre relevé que Mme. Y..., qui suivait M.X... à deux reprises, postérieurement à cette consultation, des troubles visuels qu'il présentait, avait refusé d'avancer le rendez-vous fixé au mois de mai 2003, sans prendre la peine de diriger son patient vers un autre confrère, quand la surcharge des cabinets ne constituait pas une excuse, le médecin devant réserver les cas d'urgence... »*⁸⁷⁹.

Les magistrats ont donc considéré que le fait de ne pas traiter une urgence constitue un refus de soins implicite, du moins une faute. Dans l'espèce, le fait de ne pas renvoyer la personne vers un confrère ou de donner un rendez-vous dans un créneau réservé à l'urgence constitue une atteinte au consentement de la personne et à sa demande de prise en charge médicale. Cet arrêt démontre, en outre, qu'en réalité le

⁸⁷⁷ Article L.122-1, alinéa premier du Code de la Consommation *« Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre ou à l'achat d'un produit ».*

⁸⁷⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, n°49853/99 du 02 octobre 2001, *« Affaire Pichon et Sajous c/ France ».*

⁸⁷⁹ Cour de cassation, Première chambre civile du 06 octobre 2011, n°10-21.212.

refus de soins s'analyse en une défaillance dans l'obligation de pratiquer des soins consciencieux et conformes aux données actuelles de la science. Effectivement, d'une manière générale, le refus de pratiquer des soins consciencieux s'apparente à un refus de soins et, comme nous l'avons vu, à une privation d'un accès effectif aux soins. Si cela paraît moins brutal que le refus de soins spontané et direct, il n'empêche que l'oisiveté en matière de soins constitue une faute. Selon les prescriptions du Code de déontologie et de l'article R. 4127-32 CSP le médecin doit dispenser des soins « *consciencieux* » et « *dévoués* »⁸⁸⁰. Les auteurs Stéphanie Brissy, Anne Laude, Didier Tabuteau dressent alors une liste des comportements pouvant constituer un refus de soins susceptible de sanction pénale, civile ou disciplinaire. Outre le fait de ne pas vouloir renvoyer le patient vers un confrère compétent, de prendre la personne en rendez-vous dans un créneau réservé à l'urgence, peut être assimilé à un refus de soins le fait de prescrire un « traitement inefficace et illusoire », « de dispenser des soins de mauvaise qualité », « accepter un patient dans des conditions différentes du reste de la patientèle », « délai d'attente prohibitifs », « refus de moyen de paiement », « absence du dispositif carte Vitale conduisant à un renoncement aux soins du patient », « refus de coopérer à la permanence de l'accès aux soins et/ou aux médicaments », « offre de soins dissuasive », « insuffisance de l'offre de soins d'un établissement de santé », « refus par un établissement de santé d'accepter le patient dans le service adéquat », « refus de prendre la qualité de médecin traitant »⁸⁸¹.

L'ensemble de ces situations démontre un manque d'implication de la part du professionnel de santé qui contrevient à son obligation de moyens et dénigre un accès aux soins effectif.

2) L'obligation de moyen du professionnel de santé et le refus de soins

Comme nous l'avons préalablement évoqué, l'obligation du professionnel de santé est de nature contractuelle lorsqu'il exerce à titre libéral. Son obligation de moyen se fonde sur l'article 1147 du Code civil⁸⁸² ou, d'une manière générale sur la loi du 04 mars 2002. La responsabilité se fonde sur une inexécution ou une mauvaise exécution de l'acte de soin. La loi du 04 mars 2002 tend à uniformiser le régime de la responsabilité médicale. Qu'il s'agisse des professionnels de santé libéraux ou statutaires, leur responsabilité est fondée sur le I, alinéa premier de l'article L. 1142-1 CSP⁸⁸³.

⁸⁸⁰ Article R.4127-32 CSP « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ».

⁸⁸¹ S.Brissy, A. Laude, D. Tabuteau, *op. cit.*, p. 16, 17 et 18.

⁸⁸² Article 1147 du Code civil « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution d'une obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

⁸⁸³ Article L.1142-2 CSP, I, alinéa premier « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans*

A ce titre, malgré l'absence de résultat, le professionnel de santé est soumis à une obligation dite de moyens. Le patient devra alors prouver⁸⁸⁴ que le médecin n'a pas tout mis en œuvre afin de parvenir, en vain, au résultat. Ainsi, la Cour de cassation a déclaré que « *l'obligation de tout médecin de donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science emporte, lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou traitement de ce patient, l'obligation pour chacun d'eux, d'assurer un suivi de ses prescriptions afin d'assumer ses responsabilités personnelles au regard de ses compétences* »⁸⁸⁵.

Ainsi, comme l'évoque François Terré⁸⁸⁶, « Lorsque l'obligation est de moyens, il appartient au créancier de prouver que son débiteur n'a pas déployé la diligence inhérente à l'objet de son obligation... ». Si le refus de soins s'apparente à un défaut du professionnel de santé de vouloir mettre tout en œuvre afin d'arriver au résultat, il appartiendra donc à la victime de prouver ce refus de soins.

Le refus de soins, le refus de prendre en charge un patient s'analyse alors de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une infraction pénale et d'une non-assistance à personne en danger, d'une violation du Code de déontologie ou d'une faute aux prescriptions légales issues de l'article L. 1142-1 CSP. Le refus de prise en charge du patient peut être direct et se manifester avant toute prise en charge. Il peut également se manifester par une banalisation de l'acte médical ou d'un soin superflu, inopérant et inefficace. En tout état de cause, le refus de soins du professionnel de santé est fautif et prive la personne d'une réelle « liberté contractuelle » ou d'un valable accès aux soins. Le refus signalé avant le contrat prive la personne de toute possibilité de contracter malgré sa volonté et la manifestation, l'extériorisation de son consentement alors que le refus suggéré par la dispense de soins inefficaces prive la personne de l'objet et de la cause pour laquelle elle a manifesté et extériorisé son consentement. Lorsque la personne agit dans le cadre d'une relation médicale libérale, le principe de la liberté contractuelle constitue un fondement tout à fait recevable afin de motiver les considérations d'une action en justice. Dans le cadre d'une action devant les juridictions administratives, la relation entre le professionnel de santé et le patient ne relevant pas d'un contrat, il sera alors plus difficile, voire impossible, de faire admettre la violation d'une telle liberté. La personne devra alors se fonder sur les dispositions relatives au consentement issues de la loi du 04 mars 2002.

lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

⁸⁸⁴ I. Gallmeister, « Responsabilité du médecin qui blesse son patient à la suite d'une maladresse », Dalloz actualité du 25 septembre 2008.

⁸⁸⁵ Cour de cassation, Première chambre civile du 16 mai 2013, n°12-21.338.

⁸⁸⁶ F. Terré, *op. cit.*, p. 566.

B) Le droit au refus de soins du professionnel de santé et la consécration de la liberté contractuelle

Certains refus de soins exprimés par le professionnel de santé ne sont pourtant pas contraires à la loi (1). Des perspectives ou pistes ont pourtant été dégagées pour que ce droit au refus de soins ne puisse pas être admis (2).

1) Les refus de soins ne contrevenant pas à la loi

Le premier motif permettant au médecin de refuser un soin ou de prendre en charge un patient relève tout simplement de ladite « liberté contractuelle ». Si le patient peut valablement s'arguer d'avoir recours au fondement constitutionnel tiré de l'article 4 de la DDHC, nul doute que le professionnel de santé, à la condition qu'il exerce à titre libéral, puisse pareillement avoir recours à ladite liberté afin de manifester un refus de soins.

Des dispositions d'ordre légal ou réglementaire font état de cette possibilité afin de permettre également aux professionnels de santé hospitaliers de pouvoir aussi émettre un refus de prise en charge. D'une part, l'article R. 4127-32 CSP commence son énoncé par « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande...* ». Cette expression démontre véritablement la possibilité pour le professionnel de santé de répondre de manière positive ou négative, selon sa convenance, à une demande de soins. Ensuite, l'article R. 4127-47, alinéa second, dispose que « *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* ». Plus explicite que l'article précédent, ce dernier énonce expressément que le professionnel de santé a tout loisir pour décider de répondre favorablement ou non à une demande de soins. Ce refus de soins ne peut néanmoins intervenir en cas d'urgence où le professionnel de santé doit privilégier le droit à la protection de la santé ou le droit à la vie sur toute autre considération. Enfin, l'alinéa second de l'article L. 1110-3 CSP⁸⁸⁷ dispose que le refus de soins ne peut recouvrir un caractère discriminatoire. Ainsi, *a contrario*, lorsque le refus de soins n'est pas motivé par une discrimination, il est alors possible, pour le professionnel de santé, de le manifester.

« En France, la justification du droit de refuser de prendre en charge un malade ne relève pas d'un contrat mais de la déontologie : la même règle s'applique ainsi aux professionnels, libéraux ou non »⁸⁸⁸. En réalité, nous pourrions dire que le libre choix de prise en charge du médecin est issu du contrat qui lie le patient avec le professionnel de santé libéral, les règles de déontologie médicale ne sont intervenues qu'au motif d'une uniformisation des deux régimes. L'arrêt « *Mercier* » est antérieur aux règles de déontologie. Effectivement il est difficile de s'arguer de la liberté contractuelle à

⁸⁸⁷ Article L. 1110-3, alinéa second CSP « *Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 ou à l'article 225-1-1 du code pénal ou au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit d'aide prévus aux articles L. 861-1 et L.863-1 du code de la sécurité sociale ou droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles* ».

⁸⁸⁸ S. Brissy, A. Laude, D. Tabuteau, *op. cit.*, p.23.

l'exclusivité d'une seule partie au contrat. La réciprocité est ainsi de mise. Si la liberté de contracter ou de ne pas contracter bénéficie au patient, alors elle doit s'appliquer au professionnel de santé dès lors que ce refus de soins ne se fonde pas sur une discrimination ou une sur une norme contraire.

En outre, d'autres dispositions permettent aux professionnels de santé de ne pas pratiquer un soin. Il en va ainsi de la « la clause de conscience » en matière d'interruption volontaire de grossesse. Le dernier alinéa de l'article L. 2123-1 CSP dispose effectivement qu'en matière de « *ligature des trompes ou des canaux déférents* » le « *médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à visée contraceptive mais il doit informer l'intéressée de son refus dès la première consultation* ». La règle selon laquelle un professionnel de santé ne se trouve jamais dans l'obligation de pratiquer un acte contraceptif est rappelée à l'article L. 2212-8 CSP⁸⁸⁹. Cette règle est issue du Code de déontologie et se retrouve à l'article R. 4127-18 CSP.

Le refus de soins trouve donc une motivation dans la liberté de conscience du médecin. Si ce refus de soins est justifié par la loi, il n'en demeure pas moins que sa portée est limitée. En effet, ce refus ne doit avoir pour conséquence d'engendrer une impossibilité totale pour la personne d'avoir recours à la pratique souhaitée. A l'instar de la décision de la Cour de cassation du 06 octobre 2011⁸⁹⁰, le médecin doit néanmoins trouver une solution pour le patient en le guidant vers un confrère « *susceptible* » de pratiquer l'intervention souhaitée.

Parfois, le refus de soins est imposé par la loi. N'en découle pas alors une liberté pour le praticien mais une réelle obligation de ne pas faire. Cette obligation de refus de soins ressort alors dans plusieurs domaines. En matière d'acharnement thérapeutique, comme nous l'avons vu, l'article L. 1110-5, alinéa second du Code de la santé publique interdit toute « *obstination déraisonnable* », en matière de diagnostic prénatal avec l'article L. 2161-1 CSP, d'assistance médicale à la procréation aux articles L. 2162-1 et suivants, de recherches sur l'embryon ou les cellules embryonnaires aux articles L. 2163-1 et suivants, en matière d'interruption illégale de grossesse aux articles L. 2222-1 et suivants. Cette obligation de refus de soins se base, la plupart du temps, sur la volonté du législateur de ne pas laisser le pouvoir médical outrepasser certaines limites. C'est donc en vertu de la protection de la personne et des grands principes fondamentaux dont elle est titulaire que l'interdiction est justifiée. Encore une fois nous constatons que le débat entre « liberté » et « sécurité » n'est pas exclu de la relation médicale. Alors, la loi porte atteinte à la liberté contractuelle du patient qui ne peut recourir à l'offre illicite de soins malgré la manifestation de sa volonté mais elle porte également atteinte à la liberté contractuelle du professionnel de santé qui, malgré sa volonté de pratiquer les soins, ne peut intervenir en raison d'une crainte d'une sanction dont le caractère est

⁸⁸⁹ Article L. 2212-8, alinéa premier CSP (à propos des médecins) « *Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2* ».

⁸⁹⁰ Cour de cassation, Première chambre civile du 06 octobre 2011, n°10-21.212.

souvent pénal. Cette liberté contractuelle est ainsi limitée pour des raisons qui touchent au respect de l'ordre public traditionnel ou sanitaire, au principe de la dignité humaine en tant que principe régulateur ou simplement à l'application du « droit-crédence » à la protection de la santé.

Dans un autre registre, le praticien est également obligé de décliner une demande de soins lorsque cette dernière dépasse le cadre de ses compétences. En l'occurrence, l'article R. 4127-70 CSP prive celui-ci de pouvoir exercer son art lorsque la demande de soins outrepassa « *ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* »⁸⁹¹.

Nous considérons donc que le refus de soins du professionnel de santé constitue, en principe, un droit de ce dernier reconnu par la préexistence des règles relatives à la liberté contractuelle mais également par son extension à l'ensemble des praticiens *via* les règles de déontologie médicale ou de la loi. Ce refus de soins impacte donc également la liberté contractuelle du patient. Néanmoins, cette liberté n'étant pas absolue, elle demeure justifiée par l'intervention du législateur en vertu de l'article 4 de la DDHC et de l'article 34 de la Constitution de 1958. Le refus de soins est plus problématique lorsque ce dernier relève de motifs illicites comme la pratique de soins non consciencieux, la non-assistance à personne en danger ou encore par une motivation fondée sur la discrimination.

Ces motifs illicites privent la personnes d'une totale liberté contractuelle, d'un accès aux soins et donc de la protection de leur santé ou de leur vie. Dès lors, il est nécessaire de se positionner afin que ce genre de pratiques se raréfie.

2) Les perspectives et recommandations contre le refus de soins du professionnel de santé

Pour Christian Saout, Président de la Conférence nationale de santé, c'est « Parce que la France a fait du principe d'égalité une valeur cardinale de la République, les inégalités de traitement sont choquantes pour nos concitoyens et insupportables au plan de l'éthique politique. Les individus comme les institutions républicaines aimeraient tant que ces inégalités cessent pour que le vivre ensemble dans la communauté nationale soit plus aisé (...) S'il est un secteur où les inégalités de traitement paraissent encore plus inacceptables, c'est dans le domaine de la santé, car il en va, tout simplement, de la vie... »⁸⁹².

Nous l'avons affirmé à l'entame de notre étude, la santé recouvre un caractère universel. Ce caractère universel impose à l'ensemble des acteurs de santé de prendre en charge, du mieux possible, les personnes se présentant à eux. Se trouvant en état de faiblesse, ces personnes nécessitent une écoute attentive et la pratique de soins

⁸⁹¹ Article R. 4127-70 CSP « *Tout médecin est, en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose* ».

⁸⁹² Conférence nationale de santé, « Résoudre les refus de soins », septembre 2010, Droit et accueil des usagers, préface.

conscientieux. Délaisser une personne souffrante, c'est aggraver sa douleur, porter atteinte à sa dignité humaine, renier la qualité intrinsèque qui fait d'elle une personne humaine. L'égalité en matière de soins, au-delà de la loi, c'est faire que chaque personne incarnant l'offre de soins sur le marché d'accéder, au mieux, à la requête de la personne qui incarne la demande. La liberté contractuelle, dans le domaine libéral, procède de cette logique tendant à mettre sur un pied d'égalité chaque individu, du moins comme la loi le prévoit, de mettre tout en œuvre pour que la personne puisse être entendue. La santé se moque du sexe, de la nationalité, de la race, de la confession ou des convictions philosophiques ou politiques, de l'âge, de la capacité ou la condition sociale, elle ne s'attache qu'à une chose, la considération de l'être humain. La « *Nation (...) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé...* »⁸⁹³. Le refus de soins illicite contrevient donc aux exigences constitutionnelles et au « droit-créance » que la « *Nation* », elle-même, a mis en place.

Pour lutter contre cette pratique, il est nécessaire de pouvoir mettre en place des mesures spécifiques, d'autant que les personnes les plus concernées sont souvent les personnes les plus démunies, en particulier les personnes bénéficiant de la Couverture Médicale Universelle. Dans une enquête menée au début des années 2000, lors d'appels anonymes auprès de 230 dentistes libéraux, 35% refusaient de prendre en charge un bénéficiaire de la CMU. En 2003, lors d'une enquête menée auprès de 3000 bénéficiaires de la CMU, 15% affirment avoir déjà essuyé un refus. En 2004, lors d'un « *testing* » réalisé auprès de 287 médecins spécialistes, dans la région parisienne, 30% à 40% de refus sont constatés. En 2009, lors d'un nouveau « *testing* », on relevait un taux de refus approchant les 50% alors que la moyenne au niveau nationale est de 22%.

En ce qui concerne l'Aide médicale d'Etat, une étude menée par l'IGAS, en 2007, démontre que « l'accès à la médecine ambulatoire reste problématique pour ces patients, du fait de la réticence de certains médecin à les accueillir ». Pour Laurence Gay, il en va du respect de la dignité humaine que les étrangers en situation irrégulière puissent se voir « reconnaître un droit à l'assistance médicale »⁸⁹⁴. Outre le respect de la dignité humaine qui est certainement affectée en ces situations, il va simplement du respect de l'alinéa onze du Préambule de la Constitution de 1946 qui n'opère aucune différence entre l'ensemble des personnes résidant sur le territoire. Cet accès aux soins est d'autant plus difficile lorsque les personnes sont placées en centre de rétention administrative. Ainsi, le professeur Anne Galinier⁸⁹⁵ affirme que l'accès aux soins dans ces conditions était très inégalitaire avant l'entrée en vigueur de la circulaire du 07 décembre 1999.

L'ironie de ces situations démontre que la plupart du temps, il s'agit des personnes qui nécessitent le plus de soins qui sont victimes de cette pratique. La

⁸⁹³ Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁸⁹⁴ L. Gay, « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger », RDSS 2006, p. 1047.

⁸⁹⁵ A. Galinier, « L'accès aux soins des étrangers malades en situation irrégulière dans les centres de rétention administrative » RDSS 2012, p.125.

Conférence nationale de santé rappelle qu'il existe pourtant des solutions pour éviter ce genre de problèmes et certaines d'entre elles sont déjà « tracées ». Dans un rapport de 2006, Jean-François Chandelat énonce des pistes à suivre en la matière⁸⁹⁶. La Conférence nationale de santé préconise, elle, d'instaurer un dialogue entre les différents acteurs afin de les confronter à la dure réalité du refus de soins, d'attribuer des compétences exclusives en matière de détection et de sanction des refus de soins aux « agences régionales de santé », de « donner une valeur probante au *testing* », d'aménager la charge de la preuve qui incombe à la victime et qui, souvent démunie face à cette situation, abandonne sa démarche de dénonciation.

D'autres solutions peuvent être menées, comme l'instauration d'une obligation annuelle, pour les professionnels de santé du secteur privé d'établir un listing du nombre de personnes bénéficiant d'une aide médicale ayant consulté dans l'année, la mise en place d'un carnet de rendez-vous informatique transmis aux agences régionales de santé afin d'effacer le caractère discriminatoire du refus de soins. Si les professionnels de santé peuvent librement consentir ou refuser un rendez-vous, ce refus ne doit nullement être fondé sur un argument discriminatoire, il s'agit là, de la plus grande des difficultés.

Le recours à l'acte médical constituant un acte juridique, le consentement de la personne est alors nécessairement requis. Ce consentement, véritable manifestation de la volonté de la personne de son autonomie transcrit une condition indispensable à la préservation des droits de la personne. En effet, deux obligations incombant aux tiers découlent de ce consentement. D'une part, il est nécessaire de recueillir le consentement de la personne afin de recourir à l'objet de l'acte juridique qu'est le soin mais, d'autre part, il est nécessaire de le respecter lorsqu'il est exprimé. A l'image de l'article 1134 du Code civil qui permet de se contraindre librement, le consentement médical procède de cela. S'il n'est pas un droit fondamental, il en est le garde-fou et le rempart contre l'arbitraire du pouvoir médical. Qu'il soit contractant ou usager, le patient ne peut se contraindre qu'en exprimant sa volonté, retranscrite à travers le consentement qui en est alors le vecteur.

Au titre de rempart contre l'arbitraire médical il est alors démontré que d'imposer un soin sans l'expression du consentement porte atteinte aux droits de la personne et constitue une atteinte à l'intégrité physique, non-consentie. Ce non-consentement à l'acte et cette atteinte à l'intégrité physique porte atteinte au respect de la vie privée car elle touche à des éléments qui relèvent de l'intime de la personne, mais elle porte également atteinte à la dignité humaine de la personne. La contrainte médicale nie effectivement la qualité intrinsèque des individus qui réside dans leur autonomie et leur aptitude à consentir eux-mêmes ou par le biais de moyens tendant à les protéger. Si ces moyens demeurent encore trop peu évolués ou effectifs, il est impératif de les rendre opérants et contraignants tout en s'assurant que ces derniers ne se retournent pas contre la personne et transcrive une volonté erronée. Il appartiendra

⁸⁹⁶ J-F. Chandelat, « Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU », rapport de novembre 2006.

alors aux magistrats des deux ordres d'opérer un travail minutieux, de précision, digne d'un chirurgien afin de retranscrire par le meilleur moyen possible, la volonté réelle de la personne.

Le refus de soins est donc empreint de conséquences juridiques importantes. S'il est la matérialisation de la relation contractuelle médicale, il n'en demeure pas moins être pris en compte par la loi afin que les patients de l'administration hospitalière n'en soient pas privés. En conséquence de la réciprocité qui découle de la relation contractuelle, le refus de soins demeure être une prérogatives du patient ainsi que du médecin libéral. Force est cependant de constater que le refus de soins est bien plus encadré concernant le professionnel de santé que le patient. Nous l'avions évoqué en introduction de notre propos où nous constatons que la profession médicale libérale était aujourd'hui très encadrée. Effectivement, le premier de ces protagonistes voit cette sa liberté fortement réduite par la loi. Nous constatons cependant, qu'il s'agisse du professionnel de santé ou du patient, le refus de soins est vraisemblablement limité par la protection de la santé ou de la vie du patient, par l'obligation incombant à l'Etat de garantir à tous la protection de leur santé.

Si le refus de soins est encadré, le libre consentement du patient l'est tout autant malgré la préservation du contrat médical qui n'a, en réalité, jamais réellement disparu. Une bonne nouvelle donc pour le patient, partie au contrat médical, qui dispose alors d'un fondement constitutionnel supplémentaire par rapport à l'utilisateur du service hospitalier, celui de la liberté contractuelle. Cette liberté contractuelle s'ajoute, pour lui, aux autres principes fondamentaux considérés comme des adjuvants au droits subjectif à la santé. Rappelons qu'outre les principes visant le respect du corps humain des articles 16 et suivants du Code civil, la dignité humaine et le respect de la vie privée semble être les fondements les plus solides pour tenter d'« abolir » la contrainte médicale, qui dispose, elle de ses propres adjuvants.

TITRE II – LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS EN RELATION AVEC LE « DROIT-CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ, POTENTIELS OBSTACLES À LA RECONNAISSANCE DU CONSENTEMENT DU PATIENT

Ce n'est plus une surprise, nous avons pu constater tout au long de notre propos que deux conceptions de la santé découlent de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Le droit subjectif à la protection de la santé constitue donc le pan « libertaire » de la santé. Grâce à ses propres adjuvants, le droit subjectif à la santé permet donc à ce que l'individu ne soit pas exposé à une contrainte trop importante. Au demeurant, cette conception subjective de la santé est véritablement encadrée par la conception « droit-créance » du même droit. Cette conception qui tend à garantir l'accès aux soins et préserver la protection de la santé publique est effectivement contraignante pour les individus, pour les usagers.

Le souci du législateur et des autorités de préserver la santé publique semble donc être prioritaire sur les autres considérations. Ainsi, l'intérêt général est encore une fois privilégié par rapport à l'intérêt individuel. Où doit-on alors positionner le curseur entre respect du droit subjectif à la santé et son aspect « droit-créance » ? Il semblerait que la notion commune à ces considérations se trouve dans les notions de dignité humaine et d'« intérêt médical ». Ainsi, cette première notion qui peut protéger les intérêts personnels de la personne, peut également limiter sa liberté en vue de la protection de sa santé. C'est donc dans un souci d'autoprotection que le principe de dignité intervient dans notre ordre juridique. Il est alors possible d'envisager ce droit « matriciel » comme étant à l'origine de toutes les considérations juridiques en matière de santé. Ce droit « pivot » ou « chapeau » inspire, comme nous le verrons, tant le droit subjectif à la santé que le « droit-créance ».

Néanmoins, au-delà du principe de la dignité humaine, quels sont les adjuvants du « droit-créance » à la protection de la santé ? Ces adjuvants ne peuvent nullement être constitués par des droits subjectifs ou des libertés fondamentales. Effectivement, ces deux notions paraissent contradictoires avec celle du « droit-créance » qui s'inspire de la contrainte et de la conciliation des droits de la personne. Les adjuvants du droit à la protection de la santé résident alors plutôt dans des objectifs « à valeur constitutionnelle ». Effectivement, lesdits adjuvants vont alors recouvrir la même forme programmatique que le droit de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Il s'agit des « Ordres publics » (Chapitre 1) et du régime du « droit-créance » qui se veut lui-même et par nature contraignant (Chapitre 2). Nous avons employé volontairement la notion d'« ordres publics » au pluriel, car nous constaterons que l'ordre public traditionnel, tout comme l'ordre public sanitaire intéresse le « droit-créance » à la santé. Nous constaterons au surplus que si le législateur dispose d'une certaine liberté pour développer un droit « programmatique », la mise en place de mesures de protection dudit droit impliquent généralement une contrainte pour les usagers des services publics concernés.

CHAPITRE PREMIER – L'ORDRE PUBLIC ET LES MESURES RESTRICTIVES DE LIBERTE EN MATIERE DE CONSENTEMENT MÉDICAL

L'ordre public est transversal, il concerne l'ensemble des domaines du droit. Malgré l'accaparement des publicistes de cette notion et notamment du droit administratif, il n'en demeure pas moins que l'ordre public concerne autant le pouvoir réglementaire que législatif. Ainsi, que dire de la loi pénale qui n'est autre qu'un pan entier relatif à l'ordre public, des règles qui tendent à sanctionner des comportements contraires aux règles de bonnes conduites dictées par la loi et la volonté collective ? Que dire du droit civil empreint de cet ordre public, qu'il s'agisse des droits des personnes et de la famille (notamment par les articles 16 et suivants) ou du droit des contrats. Enfin que dire des pouvoirs de police administrative du maire en vue de la protection d'un tel ordre ?

Pour le professeur Geneviève Pignarre⁸⁹⁷, « L'ordre public ne peut être ramené à une règle formelle ; il ne peut non plus se résumer en un simple standard ». Elle le considère comme une « force normative » qui « peut se définir comme la « la vocation d'une norme à se déployer non seulement largement en fonction de son applicabilité aux destinataires et de sa finalité régulatrice, mais aussi fortement grâce à son opposabilité dans les relations sociales, à son respect et son application par le juge, jusqu'à sa possible sanction en cas de méconnaissance »⁸⁹⁸ ». Comme l'indique l'auteur, il n'existe effectivement aucune norme spécifique permettant de définir ou de synthétiser cette notion d'ordre public qui s'impose d'elle-même. Pour le professeur Jacquinot, « L'obscurité qui entoure la notion d'ordre public résulte pour partie de l'expression elle-même. L'étude des deux mots qui la composent n'apporte guère d'explication... »⁸⁹⁹.

Cette notion-cadre irrigue donc l'ensemble du droit, comme le confirme Nathalie Jacquinot⁹⁰⁰, et le droit de la santé ne figure pas au titre des exceptions. Néanmoins, il semble que le droit de la santé ait son propre ordre public. Une notion plus moderne que celle dont nous avons l'habitude de traiter, celle d'ordre public sanitaire peut être avancée afin de qualifier l'ensemble des règles contraignantes relatives à la protection ou à la prévention de la santé. Il n'en demeure pas moins que le droit de la santé demeure largement concerné par cet ordre public plus traditionnel qui se dégage des considérations étatiques tendant à la protection de la personne.

⁸⁹⁷ G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats* du 01 janvier 2013, n°1, p. 251.

⁸⁹⁸ L'auteur cite directement M. Moutonnet, « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit » in C. Thibierge et alii, « *La force normative. Naissance d'un concept* », p. 480.

⁸⁹⁹ N. Jacquinot, « *Ordre public et Constitution* », Thèse, Aix-en-Provence, du 09 décembre 2000, p. 12.

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

Se distinguent alors les règles de l'ordre public traditionnel s'appliquant au droit de la santé (SECTION I) et les règles nouvelles d'un nouvel ordre public sanitaire qui ont leur propre régime de fonctionnement (SECTION II).

SECTION I – L'ORDRE PUBLIC TRADITIONNEL ET LA PROTECTION IMPOSÉE DE LA SANTÉ

L'ordre public traditionnel, s'il est nécessaire d'en rappeler le contenu (Paragraphe 1), s'intéresse au droit de la santé par la privation de liberté et l'instauration de mesures de sûreté et la protection du principe de la dignité humaine qui peut être considéré comme étant un droit « pivot », un droit tantôt générateur de droits, tantôt liberticide (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'ordre public, un objectif à valeur constitutionnel véhiculant la contrainte des libertés

Par une décision du Conseil constitutionnel des 19 et 20 janvier 1981⁹⁰¹, il a été confirmé que l'ordre public avait une valeur constitutionnelle, ce dont nous ne pouvons pas douter. L'ordre public, qui constitue une notion d'encadrement concerne donc, en tant que notion transversale, le droit de la santé et repose sur une idée de limitation des libertés, notamment en matière psychiatrique. Nous nous attacherons donc à nous familiariser avec la notion d'ordre public (A) avant d'aborder la question de l'hospitalisation d'office fondée sur le maintien de cet ordre public (B).

A) La notion d'ordre public, une notion d'encadrement

1) L'ordre public et l'émergence des règles contraignantes d'origine étatique

Pour certains auteurs et notamment pour le professeur Sébastien Roland, l'ordre public est une notion liée à celle de l'Etat. Pour lui, s'établit un rapport entre ces deux notions qui peut être qualifié de « consubstantiel », allant même jusqu'à parler d'« osmose » entre elles⁹⁰². Si ces deux notions sont liées c'est pour lui car l'« ordre public » ou les règles qui en découlent expriment la volonté de l'Etat qui par nature est une entité publique. L'ordre public concerne donc les règles qui incarnent la volonté de l'Etat. Cette théorie se justifierait par l'application même du « contrat social » selon lequel l'Homme a délaissé une partie de sa liberté à un pouvoir omnipotent appelé Etat, seul titulaire de la contrainte, tout en instaurant certaines garanties pour l'Homme à travers l'établissement d'une Constitution et de la loi selon Carré de Malberg.

⁹⁰¹ Conseil constitutionnel, n°80-127 DC du 20 janvier 1981, « Sécurité et liberté ».

⁹⁰² S. Roland, « L'ordre public et l'Etat. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C-A. Dubreuil, « L'ordre public », Mercurès, Ed. Cujas, Coll. Actes & Etudes, 2013, p. 9.

L'idée est donc de considérer que la mise en place d'un pouvoir sur des fondements juridiques constitue un ensemble organisé, un ordre juridique se focalisant sur une entité qu'est l'Etat. Cette organisation ayant comme point central une personne publique, il est alors advenu l'apparition d'une notion toute trouvée qu'est l'ordre public. Cet ordre peut être qualifié de « public » pour Roland car « il est l'ordre voulu par la communauté politique au fondement de l'Etat (...) mais aussi parce qu'il dispose des moyens de son effectivité, c'est-à-dire des moyens de se maintenir en tant qu'ordre juridique grâce, notamment, à ses éléments qualifiés d'ordre public »⁹⁰³. En réalité, si dans l'esprit cette analyse est juste, il peut être préférable d'en revenir à la théorie du contrat social et de considérer que cet ordre est ainsi qualifié car il tient son énergie du rassemblement de la volonté commune de la société primitive permettant la mise en place d'un pouvoir central organisant la vie publique et privée des personnes en instaurant un cadre.

Si cet ordre juridique est l'expression de l'Etat, alors elle se retrouve dans toute matière du droit mais aussi à tout niveau du droit. Pour le professeur Etienne Picard, l'ordre public « peut surgir à peu près partout, à l'un ou l'autre de tous les degrés de la hiérarchie normative »⁹⁰⁴. L'auteur fait alors ici référence à la possibilité pour les collectivités territoriales d'édicter des règles tendant à préserver l'ordre public. L'expression de cet ordre étatique se fait donc à tous les échelons de l'Etat, qu'il s'agisse du point central ou de son organisation décentralisée. Dans tous les cas, selon l'article L. 1111-8-1 du Code général des collectivités territoriales, les compétences « déléguées » et « exercées » ne peuvent l'être qu'« au nom et pour le compte de l'Etat ». Ainsi, l'expression de la volonté d'une autorité territoriale s'exercera dans le cadre d'un pouvoir de police administrative pour le compte de l'Etat⁹⁰⁵. La loi du 14 décembre 1789 attribue les compétences de régulation qui manifeste la volonté de l'Etat de conférer aux communes un pouvoir de régulation. Cette délégation du pouvoir étatique aux communes est alors confirmée par la loi du 18 juillet 1837. Le maire ne demeure, cependant, pas la seule autorité à pouvoir préserver l'ordre public, cette fonction appartenant également au représentant de l'Etat dans le département qu'est le préfet.

Néanmoins comme le rappelle Sébastien Roland, cette expression renvoie, sans nul doute, à la mise en place de moyens qui tendent à parvenir à un objectif qu'est le respect de l'ordre public mais n'en constituent nullement l'expression même de l'ordre public⁹⁰⁶.

Si ces mesures tendent à préserver l'ordre public, cela signifie que ce dernier s'impose alors à l'Etat lui-même, constituant une fin et étant empreint d'une certaine

⁹⁰³ S. Roland, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁰⁴ E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor, « *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* », Bruylant, Coll « Droit et Justice », n°29, 2001, p. 32.

⁹⁰⁵ Voir par exemple Conseil d'Etat, Section du 18 décembre 1959, n°36385 et 36428, « *Société Les films Lutétia* » ou Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, n°136727, « *Commune de Morsang-sur-Orge* ».

⁹⁰⁶ S. Roland, *op. cit.*, p. 15.

« fondamentalité »⁹⁰⁷. Il constitue donc un frein au développement des libertés faisant alors primer « l'intérêt général » aux « intérêts privés »⁹⁰⁸.

2) Le régime de l'ordre public en France

a) Une notion modulable et empreinte de subjectivité

Pour le professeur Baptiste Bonnet, plus qu'une notion « fourre-tout », l'ordre public est plus « une notion d'époque, qui absorbe les réactions législatives, réglementaires ou de l'autorité administrative par rapport à un comportement donné »⁹⁰⁹. L'ordre public est donc une notion qui permet de réguler, d'appréhender certains comportements nouveaux sous l'égide d'un principe général permettant de privilégier l'intérêt général sur l'intérêt individuel de l'auteur du comportement. Ainsi, nous retrouvons évidemment la confrontation qu'il peut exister en matière médicale entre les intérêts individuels (protection de la santé personnelle) d'un côté et l'intérêt collectif de l'autre (protection de la santé publique). La représentation réelle d'une telle notion est tellement large qu'une définition stricte est quasi impossible. Nous pourrions, néanmoins, en dessiner les contours par les délimitations imposées lorsqu'un trouble est constaté. Il n'en demeure pas moins que le travail serait gargantuesque tant les atteintes sont diversifiées. Une définition stricte serait, alors, difficile et d'un intérêt limité tant ladite notion est capable de recouvrir des réalités différentes. Ainsi, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée, les pouvoirs du maire à l'interdiction de la diffusion d'un film sont maintenus en raison des circonstances locales⁹¹⁰. Dans la même logique, le Conseil constitutionnel a considéré que la loi pénale, malgré le principe d'égalité qui impose, selon l'article 6 de la DDHC, que « *La loi doit être la même pour tous...* », peut ne pas être applicable selon les circonstances locales. Il considère que l'« *exonération est toutefois limitée aux cas où une tradition locale ininterrompue peut être invoquée* »⁹¹¹. Ainsi, l'ordre public est notion modulable qui est empreinte de subjectivité et qui s'attache aux considérations spéciales de l'espèce. Il est alors difficile d'en dégager une définition précise, ce que nous pouvons cependant retenir est le fait que l'ordre public est un facteur de limitation de liberté, un régulateur dans l'application stricte des droits fondamentaux.

b) L'ordre public « matériel et extérieur » et l'ordre public « moral et républicain »

La doctrine, et notamment le professeur Baptiste Bonnet, n'hésite pas à distinguer deux catégories d'ordre public. Sachant que cet ordre public est par nature

⁹⁰⁷ *Ibidem*.

⁹⁰⁸ P-H. Prelot, « *Droit des libertés fondamentales* », Ed. Hachette, Coll. « HU Droit », 2010, p. 21.

⁹⁰⁹ B. Bonnet, « L'ordre public en France : De l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable », in C-A. Dubreuil, « *L'ordre public* », *op. cit.*, p. 118.

⁹¹⁰ Conseil d'Etat, Section du 18 décembre 1959, n°36385 et 36428, « *Société Les films Lutétia* ».

⁹¹¹ Conseil constitutionnel, n°2012-271 QPC du 21 septembre 2012.

transversal et s'attache à limiter les droits fondamentaux, il est alors évident qu'il s'intéresse également aux droits fondamentaux relatifs à la santé. La question est alors de savoir laquelle de ces distinctions s'attache à réguler le droit de la santé et les droits du patient.

Pour l'auteur, l'ordre public « matériel et extérieur » concerne la prévention des atteintes aux droits des individus dans la « rue »⁹¹². L'ordre public « matériel et extérieur » tend donc à « prévenir les atteintes à la sécurité publique, la salubrité publique et à la tranquillité publique ». Dans cette optique de protection, nous pouvons considérer que l'ordre public recouvre un régime hybride. D'une part, il tend à protéger les intérêts de la collectivité, de l'ensemble des individus. Il revêt donc une vertu protectrice des droits et libertés des individus dans leur ensemble. En second lieu, pour éviter ces dérives et atteintes à l'intérêt général, il régule les droits et libertés de chacun afin que la jouissance de tels droits ou libertés ne prive pas la collectivité de ladite jouissance. Il permet alors, en somme, de concilier les intérêts individuels avec les exigences collectives. Dans la relation médicale, cette approche tendrait donc à concilier les pouvoirs du médecin et l'indépendance de l'exercice de la profession avec les droits du patients. De ce fait, il était alors nécessaire pour le législateur d'élaborer, de définir lesdits droits afin qu'une limitation opérante puisse être envisagée.

L'ordre public « matériel et extérieur » se base sur un triple objectif : assurer le respect de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publique. C'est la loi du 04 avril 1884 relative à l'organisation communale qui consacre cette décomposition de l'ordre public. Cette triple exigence se retrouve aujourd'hui à l'article L. 2212-2 CGCT, qui, de manière plus subtile reprend ces objectifs. Selon cette disposition s'ajoute, au « triptyque » traditionnel, le respect du « *bon ordre* » et de la « *sureté* ». Cette largesse dans la désignation des termes composant l'ordre public est sans aucun doute volontaire. Elle permet, en effet, de laisser aux magistrats un large pouvoir d'appréciation, ces derniers constituant alors le rempart contre l'arbitraire du pouvoir réglementaire. Cette largesse permet également de pouvoir « imposer » l'ordre public. Un ordre public trop défini ou trop restreint serait dénaturé et perdrait de sa superbe face aux situations multiples et variées. Nous constatons donc que si l'ordre public « matériel et extérieur » relève de l'édition de normes qui peuvent émaner de l'Etat, la mise en application de ces règles s'opère au niveau local par des mesures de police administrative. En matière médicale, comme nous le verrons plus loin, il appartient aux autorités locales de traiter de certaines questions d'ordre public. Si l'arrêté municipal ou préfectoral met en œuvre des mesures spéciales ou permanentes contribuant au respect de l'ordre public, ces derniers sont évidemment motivés et justifiés par la norme supérieure qu'est la loi. La multiplicité des autorités administratives locales, qu'elles soient décentralisées ou déconcentrées, laisse donc place au subjectivisme qui comme le rappelle Sébastien Bonnet dépendra du « for intérieur de l'autorité administrative »⁹¹³.

⁹¹² B. Bonnet, *op. cit.*, p. 121.

⁹¹³ B. Bonnet, *op. cit.*, p. 127.

Cette subjectivité, si elle tend à créer des inégalités selon les circonstances locales, demeure néanmoins nécessaire car elle permet aux autorités administratives d'être le « tampon » entre les réalités comportementales de la société et les exigences abstraites du pouvoir central.

L'ordre public peut cependant être « moral et républicain ». Cette notion de moralité est pourtant retenue par l'ensemble des personnalités de la doctrine, qu'il s'agisse des professeurs Capitant ou Cornu pour qui l'ordre public est « une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux »⁹¹⁴.

D'ailleurs pour certains, cette intégration de la moralité dans l'ordre public semble contraire à la volonté libérale de l'Etat⁹¹⁵. Baptiste Bonnet s'oppose à cette idée selon laquelle une « police des mœurs » serait dangereuse pour l'expression des droits fondamentaux. Plus proche des considérations de J. Rivero et J. Waline, nous pouvons légitimement admettre qu'une telle considération de la moralité revient à pénétrer dans l'ordre intime de la personne et de porter atteinte de manière substantielle aux droits fondamentaux de la personne telle que le respect de la vie privée. La moralité ne peut alors être réprimée qu'à partir du moment où son extériorisation porte nécessairement atteinte à l'ordre public extérieur. Il en revient alors à considérer que la distinction entre l'ordre public « matériel et extérieur » et l'ordre public « moral » n'a pas lieu d'être si cette dernière scission relève en réalité de la première. Si Baptiste Bonnet se fonde sur l'idée que la moralité repose sur le respect de la « paix sociale », ladite « paix sociale » se manifeste par une extériorité qui relève de la sécurité, de la tranquillité, de la sûreté et de la salubrité publique. Le professeur Gilles Lebreton⁹¹⁶ explique que la moralité s'appuie sur un certain « conformisme » qui ne se manifeste que par la « conduite publique » et donc extérieure. Si l'auteur, Baptiste Bonnet fonde sa thèse sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, « *Société Les Films Lutétia* », il ne fait aucun doute que la moralité fait partie intégrante de l'ordre public. Néanmoins, la mesure prise par le maire repose sur un souci de diffusion d'une œuvre cinématographique. Cette diffusion, constitue donc l'extériorisation d'une atteinte à la moralité, qui elle-même repose sur un souci de maintien de la sécurité publique, de la tranquillité.

⁹¹⁴ Association H. Capitant, « *Vocabulaire juridique* », Paris, PUF, 1992. V. Ordre public.

⁹¹⁵ Ainsi, J. Rivero et J. Waline considéraient que « Par son caractère principalement matériel, il s'agit d'éviter les désordres visibles. Dans les régimes libéraux, distinct en cela des régimes totalitaires, l'ordre dans les esprits et dans les mœurs ne relèvent pas de la police ; seules justifient son intervention les manifestations extérieures du désordre. L'immoralité, notamment n'est pas en elle-même, objet de police tant qu'elle n'est pas en relation avec des désordres extérieurs, soit directement du fait des réactions que le scandale peut susciter... » in J. Rivero et J. Waline, « *Droit administratif* », Dalloz, 17^{ième} édition, Dalloz, n°435.

⁹¹⁶ G. Lebreton, « *Droit administratif général* », Dalloz, 6^{ième} édition, Coll. Cours, n°177, p. 187 où il déclare que « Le respect de la moralité publique impose (...) un certain conformisme. Il ne faut cependant pas trop s'en effrayer, car il s'agit d'un conformisme qui ne pèse que sur la conduite publique des individus, non sur leur conduite privée, encore moins sur leur pensée. La moralité publique n'a en effet pour fonction que de contribuer à maintenir la paix sociale, et non moraliser l'individu, qu'elle laisse maître absolu de ses convictions ».

Enfin, concernant l'ordre public républicain, Baptiste Bonnet⁹¹⁷ nous renvoie aux questions qui fondent les restrictions de liberté en raison des valeurs républicaines et notamment celle de la laïcité. Effectivement nous pouvons considérer que la laïcité impose des règles qui tendent à restreindre les libertés fondamentales et notamment concernant le port du voile dans la jurisprudence du Conseil d'Etat⁹¹⁸, ou par l'interdiction du port de voile intégral dans tout l'espace public par la loi du 12 octobre 2010⁹¹⁹. Mais qui, lui, ne s'intéresse pas spécialement au droit de la santé. Ce lien entre la liberté religieuse et l'ordre public n'est pas nouveau, il est issu de l'article 10 de la DDHC.

Nous avons donc vu que cet ordre public recouvre différentes réalités. Ces réalités sont pourtant abstraites afin que l'ordre public puisse détenir une certaine autorité et puisse être valablement appliqué. Si de prime abord il ne semble pas s'intéresser aux relations médicales que peut entretenir un patient avec son médecin, son caractère général ne fait pas du droit de la santé une exception à son application. Il tend à irriguer l'ensemble des matières du droit et à tous les niveaux. Il s'intéresse donc au fond du droit ainsi qu'à sa forme. En ce qui concerne ses démembrements, la plupart s'intéressent au domaine de la santé, du moins d'une manière globale. Le droit de la santé semble être autant concerné par les problèmes touchant à la sécurité ou la tranquillité publique qu'à la moralité, scission de l'ensemble des objectifs supérieurs. Il est alors nécessaire de s'attacher à la valeur de l'ordre public malgré l'absence de consécration sur le plan normatif.

c) L'ordre public, un « objectif à valeur constitutionnelle »

L'ordre public est textuellement invoqué par des textes supra législatifs et notamment par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ou l'article 73 de la Constitution de 1958. Ainsi l'article 10 du premier texte dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». Malgré le fait que l'ordre public soit directement cité par cette disposition, nous pouvons légitimement douter de sa nature, de sa qualité ou encore de sa valeur. D'une part, nous avons pu constater que malgré les prescriptions du texte constitutionnel, l'ordre public n'a pas vocation à être le régulateur de la seule liberté religieuse. Son application à d'autres domaines démontre une réelle nature à réguler l'ensemble des droits et libertés consacrés. D'ailleurs, l'article 4 du même texte, si lui ne fait pas référence directement à la notion d'« ordre public » n'est pas sans rappeler son rôle, cette fois-ci en matière de libertés personnelles. Rappelons que l'article 4 de la DDHC dispose que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces*

⁹¹⁷ B. Bonnet, *op. cit.*, p. 136.

⁹¹⁸ Conseil d'Etat, 4/1 SSR du 02 novembre 1992, n°130394, « *Kheroua* ».

⁹¹⁹ Loi du 12 octobre 2010, n°2010-1192 « *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ».

bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Nous retrouvons ici la conception et la philosophie de l'ordre public qui en tant que régulateur des droits fondamentaux permet à chacun de librement exercer ses droits en évitant tout abus susceptible de constituer une nuisance à autrui concernant « *la jouissance de ces mêmes droits* ». Nous pouvons donc considérer que l'ordre public est une exigence constitutionnelle dont il relève de l'article 34 et du législateur de mettre en place les règles, diverses et variées tendant à sa protection. Pour le professeur Nathalie Jacquinot « L'ordre public constitue depuis toujours un moteur de l'action législative en ce qui concerne la limitation des libertés. Le législateur n'a, en effet, pas attendu la consécration d'une habilitation expresse, avec la reconnaissance d'un objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, pour s'arroger la faculté d'agir de la sorte »⁹²⁰. Elle confirme ainsi que « La compétence du législateur pour restreindre les libertés au nom de l'ordre public peut, en effet, trouver un fondement dans l'article 34 de la Constitution, fondement auquel le Conseil constitutionnel lui-même s'est référé dans certaines de ces décisions »⁹²¹.

Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs plusieurs fois rappelé depuis sa décision du 18 janvier 1995⁹²² où il considère que « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens, à la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties...* » ou dans la décision du 25 janvier 1985⁹²³ où il excipe « *qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* ».

Pour le professeur Agnès Roblot-Troizier ce « standard », cette notion-cadre fonde la compétence législative à la mise en place, la régulation et la structuration des droits et libertés à valeur constitutionnelle⁹²⁴. Evidemment, nous ne pouvons qu'être en accord avec l'auteur. Si l'ordre public n'est pas véritablement un « standard », comme nous l'avons déjà rappelé, l'ordre public étant une notion volontairement indéfinissable en raison de cette volonté de la part du constituant de fonder la compétence législative pour alimenter son contenu. Cette compétence n'est certainement pas un hasard tant les notions d'ordre public et d'Etat sont liées. Ce lien justifie donc que les règles relatives à l'ordre public émanent de l'appareil représentant cette entité publique.

⁹²⁰ N. Jacquinot, « *Ordre public et Constitution* », op. cit., p. 214.

⁹²¹ *Ibidem*, p. 214-215.

⁹²² Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18 janvier 1995.

⁹²³ Conseil constitutionnel, n°85-187 DC du 25 janvier 1985, « *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie* ».

⁹²⁴ A. Roblot-Troizier, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C-A. Dubreuil, « *L'ordre public* », op. cit., p. 309.

Si cette notion-cadre est incarnée par la loi et qu'elle manque de fondement juridique à valeur constitutionnelle la définissant, il faudra alors compter sur le Conseil constitutionnel pour révéler sa force, sa nature. Dans une décision du 27 juillet 1982, il n'hésite pas à qualifier la notion d' « *objectifs de valeur constitutionnelle* »⁹²⁵. Ce principe à valeur constitutionnelle a donc cette originalité de n'avoir aucun fondement textuel prédéfini de manière à croire qu'il « relève de l'évidence » selon Agnès Roblot-Troizier⁹²⁶. Effectivement nous pouvons considérer que l'ordre public s'impose naturellement. S'il découle du « contrat social », son application et sa nécessité n'impliquent qu'aucune norme ne le soutienne.

Néanmoins, dans une décision du 07 octobre 2010⁹²⁷, le Conseil constitutionnel fonde, principalement, la validation d'une loi interdisant la dissimulation du visage dans les espaces publics, sur l'article 4 de la DDHC et sur l'article 10 du même texte. Si ce dernier tend à s'appliquer à la régulation de la liberté religieuse, l'article 4 revêt un caractère général concernant la liberté entendue d'une manière globale. Comme nous l'évoquions préalablement, s'il n'est pas expressément mentionné par l'article 4 de la DDHC, se dégage du texte la description des fonctions de l'ordre public. Néanmoins, il serait illogique de fonder l'ordre public, qui régule la liberté, sur le fondement de cette dernière. Si l'ordre public ne dispose d'aucun fondement propre, il nous est possible de nous interroger à propos la question suivante : Si nous devons impérativement trouver un fondement textuel à cet ordre public, lequel serait le mieux adapté ?

Pourquoi alors ne pas envisager l'article 34 de la Constitution de 1958, fondement des compétences du législateur en la matière ? Il ne fait aucun doute, aujourd'hui, que l'ordre public a vocation à organiser les droits et libertés fondamentaux comme nous l'évoquions préalablement. Dans cette entreprise, autant le pouvoir constituant que le Conseil constitutionnel ont reconnu cette compétence exclusive au pouvoir législatif par de nombreuses références textuelles mais principalement par l'article 34 de la Constitution comme le rappelle Nathalie Jacquinot⁹²⁸. Nous pouvons alors peut-être considérer qu'au même titre que les articles 4 et 10 de la DDHC, l'article 34 de la Constitution, organisant la compétence du législateur concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », peut légitimement constituer une source à l'ordre public. Le professeur Jacquinot nous indique que « L'ordre public intervient ainsi comme le fondement de la compétence du législateur si l'on raisonne dans le cadre de l'article 34 de la Constitution mais aussi et peut-être surtout va servir à légitimer les restrictions de libertés opérées par le pouvoir législatif »⁹²⁹. Nous pouvons nous poser la question de manière inversée. Si l'ordre public sert de fondement à la compétence du législateur, alors la compétence du législateur ne peut-elle pas servir de fondement à l'ordre public ?

⁹²⁵ Conseil constitutionnel, n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

⁹²⁶ A. Roblot-Troizier, op. cit., p. 311.

⁹²⁷ Conseil constitutionnel, n°2010-613 DC du 07 octobre 2010.

⁹²⁸ N. Jacquinot, « *Ordre public et Constitution* », op. cit., p. 214.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 215.

Le rôle du Conseil constitutionnel est alors primordial dans la protection des droits et libertés fondamentaux régulés par le législateur à travers l'ordre public. Par l'utilisation des articles 61 et 61-1 de la Constitution, ce dernier procédera à un contrôle tendant à vérifier la conciliation opérée par le législateur. Il veillera à ce que les droits constitutionnellement proclamés ne soient pas vidés de leur substance par une mesure législative. C'est donc grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le contenu de la notion d'ordre public sera déterminé. C'est d'ailleurs lui, qui a créé la notion de « *d'objectif de valeur constitutionnelle* » qu'est l'ordre public. Qu'est-ce que cette notion recouvre ? Est-elle pourvue d'un fondement autonome ? Pour Nathalie Jacquinet, l'originalité de ces « objectifs de valeur constitutionnelle » réside dans le fait d'être dépourvus, pour la plupart, de fondement constitutionnel « direct »⁹³⁰. Pour le professeur Jacquinet, ils ne constituent que le « prolongement » de certains principes constitutionnels. Il s'agit donc pour elle que d'un rattachement « indirect » hormis pour le droit à la santé qui se fonde, lui, sur l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Pour Bertrand Mathieu, « La notion d'objectif constitutionnel renvoie non pas directement à des droits ou libertés constitutionnels mais, pour l'essentiel, à des principes directeurs qui doivent guider le législateur et sont utilisés par le juge comme norme de référence pour apprécier la constitutionnalité des dispositions prises. Ces objectifs constitutionnels sont de deux ordres, soit ils se rattachent à la notion d'intérêt général, soit ils visent des droits sociaux de créance »⁹³¹. Cela confirme alors le lien étroit que peut entretenir un « droit-créance » avec la notion d'ordre public, comme nous le verrons plus loin. Cet « objectif de valeur constitutionnelle » semble donc recouvrir un aspect « contraignant » tant par son rattachement à la notion d'« intérêt général » que par celui à la notion de « droit-créance ». Il ne dispose, en outre, d'aucun fondement constitutionnel propre, à l'image de l'ordre public mais constitue un outil pour le Conseil constitutionnel afin d'opérer une conciliation de ce dernier avec les droits et libertés fondamentaux.

Dans de nombreuses décisions nous retrouvons donc l'objectif de préservation et de protection des personnes et des biens comme dans celle du 20 janvier 1981⁹³², la « sureté de l'Etat »⁹³³, la « lutte contre la fraude »⁹³⁴, la « lutte contre l'immigration irrégulière »⁹³⁵.

L'ordre public recouvre de nombreuses réalités. Irriguant l'ensemble des domaines et des branches du droit, il est omniprésent. Relevant de la compétence du législateur, organe central de l'Etat, il est mis en application jusqu'à la forme la plus poussée de la décentralisation. Ainsi, les autorités administratives trouvent également

⁹³⁰ N. Jacquinet, « *Ordre public et Constitution* », op. cit., p. 80.

⁹³¹ B. Mathieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°21 Janvier-Juin 1999 », Les Petites Affiches du 21 septembre 1999, n°188, p. 8.

⁹³² Conseil constitutionnel, n°80-127 du 20 janvier 1981.

⁹³³ Conseil constitutionnel, n°89-261 du 28 juillet 1989.

⁹³⁴ Conseil constitutionnel, n°2007-557 DC du 15 novembre 2007.

⁹³⁵ Conseil constitutionnel, n°2003-484 DC du 20 novembre 2003.

une compétence dans la préservation de l'ordre public. Par exemple, la commune qui dans son rôle de police administrative met en œuvre les mesures nécessaires à la préservation de l'ordre. Ces actes administratifs et réglementaires doivent cependant être conformes à la loi produite par le législateur en vue du principe de la hiérarchie des normes. Il appartiendra alors aux juges de procéder d'une part à la réelle application des lois transcrivant l'ordre public (il s'agit du juge judiciaire) et d'apprécier, d'autre part, la légalité des mesures qui tendent à préserver et prévenir des atteintes à un tel ordre entreprises par les autorités administratives (il s'agit du juge administratif).

L'ordre public est donc une mesure abstraite qui irrigue et transcende l'ensemble du droit. Le droit de la santé n'y échappe pas. En effet, certaines mesures légales, notamment en matière d'hospitalisation non-consentie, s'inspirent directement de la préservation d'un tel ordre, démontrant ainsi le lien entre « ordre public traditionnel » et préservation de la santé.

B) Les mesures d'enfermement fondées sur le respect de l'ordre public

Premièrement, nous pouvons rattacher l'ordre public traditionnel aux soins psychiatriques. L'enfermement de la personne malade sans son consentement constitue une mesure de privation de liberté contraire aux principes constitutionnels et notamment celui de la libre circulation des individus, notamment la liberté d'aller et venir, liberté individuelle se fondant sur l'article 66 de la Constitution de 1958.

L'article L. 3213-1 de Code de la Santé publique, dans son I, dispose que « *Le représentant de l'Etat dans la 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 portant atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ».

Selon l'article L. 3213-2 CSP, en son alinéa premier, « *le maire et, à Paris, les commissaires de police* » peuvent être à l'initiative de la demande d'internement.

Dans tous les cas, la décision d'enfermement de la personne appartient au Préfet, pouvoir déconcentré de l'Etat dans les départements. Cette disposition démontre alors assez bien le lien qu'il existe, même en matière de santé, entre l'Etat et la sauvegarde de l'ordre public. En effet, car sa protection implique des pouvoirs de contrainte « exorbitants du droit commun », dont seule une autorité publique peut décider du placement d'une personne dans un établissement psychiatrique.

Cette mesure, qui était anciennement appelée « *hospitalisation d'office* », se justifie donc par un souci de préservation de la « sûreté des personnes » et sur la sauvegarde de l'ordre public. Il s'agit d'une mesure dont les contestations ont largement été traitées préalablement. Dans un souci de préservation de l'ordre public, le législateur

a donc établi un régime contraignant, prévoyant une forte limitation de la liberté à travers un enfermement de la personne. Le consentement de la personne en l'espèce est donc bafoué et totalement inopérant dans la mesure où cette dernière fait l'objet de troubles mentaux rendant impossible l'expression d'un consentement « libre et éclairé » comme le prévoit l'article L. 1111-4 CSP. Nous envisagerons donc la mise en place d'une telle mesure dans un souci de protection de la sûreté des personnes (1) avant d'admettre que la privation de liberté de circuler qu'elle engendre n'est pas nouvelle (2).

1) La préservation de la sûreté des personnes, objectif de l'ordre public

La notion de « sûreté » peut être bivalente. Elle renvoie d'une part à un sentiment d'ordre général à la préservation de la sécurité de la personne et à l'interdiction pour cette dernière d'être maintenue arbitrairement. Cette détention relève évidemment du droit à la sécurité des personnes, mais constitue également un impératif dans l'optique de préserver la sécurité. Ainsi, si la détention criminelle constitue une atteinte à la liberté d'aller et venir, elle se justifie par un impératif de sûreté collective, le droit pour chacun de se sentir en sécurité. Le professeur Didier Thomas considère que le droit à la sûreté réside en le fait de « Ne pas être arrêté ni détenu arbitrairement » et « constitue incontestablement le droit le plus important pour tout individu »⁹³⁶.

Néanmoins ce n'est pas cet aspect du droit à la sûreté que nous allons retenir ici. Il s'agit naturellement de la « *sûreté des personnes* », la sûreté d'autrui, donc la sécurité d'autrui. Il s'agit du sens donné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 janvier 1995⁹³⁷ lorsqu'il évoque la sécurité des personnes et des biens.

Concernant les troubles psychiatriques justifiant un enfermement, les atteintes concernent, selon l'article L. 3213-1 CSP, tant les atteintes à la « sûreté des personnes » qu'« à l'ordre public » d'une manière générale. Alors, il se dégage de ce texte que la simple atteinte à la sécurité « *des personnes* » en raison de troubles mentaux justifie une mesure de privation de liberté, une mesure d'hospitalisation en établissement psychiatrique. Qu'est-ce que cette notion de « *personnes* » recouvre réellement ? Il s'agit, selon nous, d'autrui mais également de la personne elle-même sinon le législateur aurait utilisé seulement le terme d'« autrui ». Les tentatives de suicide ayant depuis toujours conduit à des mesures d'enfermement, soit à la demande d'un tiers, soit d'office⁹³⁸.

Alors, pour revenir sur le droit à la sûreté désignant le droit à la sécurité des personnes, le professeur Hervé Causse⁹³⁹ nous propose de retenir la définition donnée par l'article 8 la Constitution Montagnarde du 24 juin 1793 qui disposait que « *la sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun des membres pour la*

⁹³⁶ D. Thomas, « Le droit à la sûreté », in « Libertés et droits fondamentaux », Lonrai, Dalloz, Coll. CRFPA, 15^{ième} édition, 2009, p. 357.

⁹³⁷ Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18 janvier 1995.

⁹³⁸ Cour administrative d'appel de Versailles du 26 mai 2009, n°07VE00007.

⁹³⁹ H. Causse, « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité », Gazette du Palais du 20 décembre 2001, n°354, p. 2.

conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés ». Cette définition large et complète comprend l'ensemble des dimensions accordées à ladite notion. Tant dans la protection physique et matérielle des personnes, la définition donnée par ledit article prend en considération l'ensemble des acceptions possibles liées à la notion. Pour l'auteur, la largesse de la notion impose une application tant horizontale que verticale de la notion et impose à l'Etat d'une part de ne pas porter atteinte à la sûreté des individus mais également, une obligation positive, mettre en place un cadre normatif permettant la protection des individus. Pour Hervé Causse comme pour nous autres, il ne fait aucun doute que la notion de sûreté de l'article 2 de la DDHC correspond à celle exprimée à la même époque dans la Constitution Montagnarde⁹⁴⁰.

En outre, l'auteur considère que cette sûreté, cette sécurité n'épargne aucun domaine du droit. Il estime néanmoins que « La politique pénale est l'action la plus nette visant à protéger individus et biens »⁹⁴¹. Effectivement, le droit pénal à cette particularité d'« infliger » des peines qui privent l'individu de sa liberté de manière significative. Ainsi, l'ensemble des dispositions pénales qui sont regroupées au sein du Code de la santé publique sont des mesures d'ordre public tendant à la sûreté, à la protection de la personne vivante ou à en devenir. Nous pouvons donc en conclure que l'Etat est tributaire d'une obligation de sécurité, de sûreté, d'une véritable action positive impliquant l'instauration de mesures protectrices et que dans un même temps, il ne peut porter atteinte à la sûreté ou à la sécurité des personnes étant un véritable droit subjectif de ces dernières.

2) La confirmation de la limite de la liberté d'aller et venir par le respect de l'ordre public

Alors, est-il fondamental ou strictement nécessaire de différencier le droit à la sûreté et la protection de l'ordre public comme l'opère l'article L. 3213 CSP ? Nullement, dans la mesure où la sûreté et la préservation de l'ordre public sont des notions synonymes. Elles regroupent un intérêt et un but commun, la protection de la personne, de ses biens et de ses droits.

Nous pouvons même aller plus loin en considérant que la sûreté fait partie intégrante de l'ordre public selon l'article L. 2212-2 CGCT. Du côté du Conseil constitutionnel, ce dernier a adopté cette position depuis sa décision du 18 janvier 1995. En effet, dans ladite décision précitée⁹⁴², en disposant que « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens,...* », le Conseil constitutionnel va admettre en utilisant l'adverbe « *notamment* » que la sécurité, la sûreté découle évidemment du maintien de l'ordre public.

⁹⁴⁰ *Ibidem.*

⁹⁴¹ *Ibidem.*

⁹⁴² Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18 janvier 1995.

Alors, pourquoi distinguer, pour fonder l'enfermement d'une personne en établissement psychiatrique, entre ces deux notions ? La distinction semble se justifier pour différencier selon la gravité des atteintes commises par la personne en raison de son état mental. Lorsque la personne est atteinte de troubles mentaux, alors que le simple fait de « *compromettre la sûreté des personnes* » suffit à justifier, à enclencher la procédure « d'hospitalisation d'office », il demeure nécessaire, d'une manière générale, que l'atteinte à l'ordre public soit « *grave* ». Lorsque les agissements de l'individu présentant des troubles mentaux n'auront pas vocation à porter atteinte à la sécurité des personnes, mais seront plus enclins à porter atteinte à leur tranquillité ou à la salubrité publique, ou lorsque le comportement aura pour but de porter atteinte à des biens, il sera alors nécessaire que l'atteinte puisse être qualifiée de « *grave* » au sens de l'article L. 3213-1 CSP.

D'une manière générale, le domaine sanitaire est, bien évidemment, loin d'être le seul à justifier d'une atteinte à l'ordre public par la privation de liberté. Ainsi, le droit pénal constitue la matière majeure en terme de privation de liberté d'aller et venir en raison d'une atteinte à l'ordre public, tout comme le droit administratif et les mesures de rétention des personnes en situation irrégulière sur le territoire. Pour le professeur Bouloc, le comportement « perturbateur » de l'agent à l'encontre de l'ordre public est une infraction pénale, dont la réalisation provoque une réaction sociale contre le criminel⁹⁴³. Le droit pénal justifie donc les sanctions prononcées qui sont nécessairement néfastes pour les droits et libertés de l'auteur mais qui sont justifiées par le fait qu'elles émanent de la volonté collective. Elles sont également légitimes car elles émanent de l'expression des représentants de la *Nation*, de la loi. La loi étant le seul outil juridique, normatif en mesure de construire des règles définissant, encadrant ou organisant l'ordre public selon l'article 34 de la Constitution alors que les autorités administratives prennent des mesures de protection en application de la loi. Le professeur Audrey Darsonville considère, à juste titre, que le Code pénal décrit très précisément les comportements contraires au maintien de l'ordre public et donc par « voie de conséquence », les comportements s'y conformant⁹⁴⁴. Même, pour l'auteur le droit est démonstrateur du caractère évolutif et modulable de l'ordre public selon les sociétés et les époques. Il en va ainsi en matière médicale de l'avortement qui était avant 1975, passible de sanctions pénales. Sous le régime de Vichy, Marie-Louise Giraud, également appelée « l'avorteuse de Cherbourg » fut guillotinée. Alors que « les conventions de mère porteuse » sont tolérées en Espagne, en Belgique ou aux Pays-Bas, elles demeurent interdites en France et passible d'une peine d'emprisonnement pour la personne qui pousse les parents ou l'un d'entre eux à abandonner l'enfant né ou pour la personne qui jouerait un rôle d'intermédiaire selon l'article 227-12 du Code pénal⁹⁴⁵.

⁹⁴³ B. Bouloc, « *Droit pénal général* », Dalloz, 21^{ème} édition, 2009, n°1, p. 1.

⁹⁴⁴ A. Darsonville, « *Ordre public et droit pénal* », in C-A. Dubreuil, « *L'ordre public* », *op. cit.*, p. 287.

⁹⁴⁵ Article 227-12, alinéa premier du Code pénal « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* ». L'alinéa second dispose que « *Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros* ».

Nous pourrions dire qu'il en va de même pour l'euthanasie, autorisée dans de nombreux pays européens mais demeurant interdite en France. A l'inverse, certaines pratiques ont fait l'objet d'une libéralisation à l'étranger, comme en Espagne, alors qu'en France elles demeurent obligatoires et susceptibles de poursuites pénales lorsqu'elles ne sont pas entreprises. Il en va ainsi de l'obligation vaccinale qui fait partie, elle de l'ordre public sanitaire.

Alors, si l'application des règles pénales tend à protéger l'ordre public, le prix à payer demeure celui des atteintes qui subsistent à l'égard des libertés individuelles. Ainsi, Beccaria, dans son traité considérait que « *tout acte d'autorité d'homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique* »⁹⁴⁶. La sanction pénale, ou plus généralement la sanction qui prive l'individu de sa liberté doit être nécessaire et proportionnée. Il en est ainsi du raisonnement du Conseil constitutionnel dans sa décision du 06 octobre 2011⁹⁴⁷, à propos de l'hospitalisation d'office », qui a déclaré inconstitutionnelle l'ancienne législation, en ce qu'elle permettait l'enfermement de la personne sur une simple « *notoriété publique* ». Dans son dernier considérant, le « juge constitutionnel » estime effectivement que les mesures tendant à la privation de liberté des personnes doivent être strictement « *adaptées, nécessaires et proportionnées* » et ce malgré la préservation de l'ordre public⁹⁴⁸. Alors, la préservation de l'ordre public, tout en recouvrant une valeur constitutionnelle, n'est pas non plus absolu. S'il a une vocation de conciliateur et de régulateur des droits fondamentaux, ce dernier fait également l'objet de limites qui résident en une application strictement « *adaptée, nécessaire et proportionnée* ». L'absolutisme du maintien de l'ordre public tendrait effectivement vers un Etat totalitaire, militaire et basé sur un régime répressif.

L'ordre public fonde donc la privation de liberté dès lors qu'une atteinte contre l'un des intérêts de la *Nation* est constatée. Ainsi, la législation actuelle sur l'hospitalisation sans le consentement de la personne consacre pleinement ce raisonnement en ayant supprimé l'hospitalisation d'office fondée sur la « *simple notoriété publique* », cette dernière ne se justifiant par aucune atteinte effective à l'ordre public. Le Conseil constitutionnel a dès lors rappelé que si la protection de la santé des personnes constitue un impératif, ce dernier ne peut être empreint de mesures contraignantes en banalisant les libertés individuelles ou les droits fondamentaux de la personne. Un raisonnement qui pousserait à croire que le libéralisme médical est alors

d'amende ». Enfin l'alinéa trois déclare qu' « *Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* ».

⁹⁴⁶ C. Beccaria, « *Des délits et des peines* », G-F Flammarion, 1965, p. 63.

⁹⁴⁷ Conseil constitutionnel, n°2011-174 QPC du 06 octobre 2011.

⁹⁴⁸ Ibidem, Cons. 6 « *Considérant que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ; ».*

en plein essor. Néanmoins, de trop grandes contraintes existent en la matière, ces dernières restant fondées sur une supposée préservation de l'ordre public. En tout état de cause, en matière d'hospitalisation sans le consentement, notamment lorsque celle-ci est l'émanation du désir d'une autorité publique, l'équilibre semble rétabli à partir du moment où une atteinte effective à l'ordre public est nécessaire pour l'entreprendre.

Concernant l'hospitalisation sur demande d'un tiers, elle s'opère dans l'intérêt unique de la personne, nous pouvons donc comparer cette situation à celle de la personne de confiance consultée dans le cadre d'une intervention médicale alors que la personne est dans l'incapacité d'exprimer son consentement, ce qui est le cas en l'espèce. La personne se trouvant dans un état de manque de discernement ne semble pas en mesure d'exprimer clairement et valablement les besoins dont qu'elle nécessite au regard des règles relatives au consentement, créateur, moteur d'actes juridiques et éléments nécessaires à la validité de la liberté contractuelle ou à l'autonomie de la volonté, indispensables à l'accomplissement valable des soins.

La notion d'ordre public a fait l'objet d'une évolution substantielle. Effectivement avec les lois de bioéthique du 27 juillet 1994 et la jurisprudence du Conseil d'Etat, une nouvelle composante de cet ordre public est apparue. Il s'agit de la dignité humaine, qui intéresse, comme nous l'avons vu, le droit de la santé dans sa globalité. Il s'agit d'une articulation entre le « droit-créance » et le droit subjectif, d'un droit « pivot ».

Paragraphe 2 : Le respect de la dignité humaine, le droit « pivot » du libéralisme et de la contrainte

Si la sûreté, la sécurité, la tranquillité ou encore la salubrité publique participent à la protection de l'ordre public traditionnellement entendu, une extension moderne a été consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, certainement sous l'impulsion du législateur et du Conseil constitutionnel en 1994⁹⁴⁹. Ainsi, le principe de dignité humaine, jusqu'ici envisagé sous l'égide d'une valeur protectrice des droits constitue également un fragment, une portion de l'ordre public exerçant donc une certaine forme de « contrainte » (A) et d'atteinte concernant les droits et libertés de la personne, empêchant un libéralisme absolu en matière de santé (B).

A) La protection de la dignité humaine, l'avènement d'un droit « liberticide »

Cette conception objective de la dignité humaine s'applique exclusivement en France et se différencie de conception subjective de la CEDH en la matière comme nous l'avons évoqué préalablement. L'avènement tardif de la dignité humaine a certes permis de protéger les droits de la personne notamment son intégrité physique mais également toute forme d'asservissement de cette dernière, il n'en demeure pas moins que ce droit

⁹⁴⁹ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « *Lois de bioéthique* ».

reste « dangereux » pour les libertés individuelles ou personnelles. Le juge constitutionnel avait bien idée, en 1994⁹⁵⁰, de cet effet « liberticide » qu'un tel principe pouvait sous-entendre. S'il admet, dans son second considérant, que le principe de la dignité humaine se fonde sur l'alinéa Premier du Préambule de la Constitution de 1946 afin de lutter contre l'asservissement de la personne et par conséquent lutter contre les atteintes à la dignité humaine, il rappelle que ce principe permet de concilier les « *libertés individuelles* » avec des impératifs à valeur constitutionnelle.

Dès lors, il déclare dans le troisième considérant que « *la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle* » et notamment le principe de dignité humaine.

La motivation d'une telle décision reste louable et permet de protéger l'ensemble des droits de la personne contre les abus des tiers. Ainsi, comme nous l'avons préalablement évoqué, le principe de dignité humaine prohibe les atteintes à l'intégrité physique non-consenties, notamment lorsqu'elles relèvent du domaine médical. Elle permet donc d'éviter aux corps médical de détenir un pouvoir absolu sur la personne et de pouvoir pratiquer les soins malgré l'expression d'un refus de soins ou lorsque la personne, consciente, n'a pas exprimé sa volonté. Néanmoins, le principe du respect de la dignité humaine n'a pas comme seule vocation la protection de la personne contre les atteintes émanant d'autrui, mais elle vise également à protéger la personne contre elle-même, contre des décisions qui pourrait valablement porter atteinte à sa dignité.

La « cause subjective », la cause plus enfouie de l'avènement d'un tel droit est un peu moins honorable. La volonté du Conseil constitutionnel était, comme l'annonce le troisième considérant, de créer un « super principe », un principe cardinal de l'ordre public constitutionnel, régulateur de libertés. Ainsi, ce principe permettra valablement de limiter, contrôler, réguler l'ensemble des libertés anciennes et nouvelles si elles venaient à porter préjudice aux tiers, ce qui s'entend et se comprend, mais également à la personne. Ce principe à juste titre qualifié de limiteur de liberté ou de régulateur de liberté.

Cette régulation ou limitation peut valablement s'entendre. L'Homme arrive aujourd'hui à créer, développer et utiliser des technologies de pointe qui lui permettent d'accéder à un pouvoir toujours plus grand sur sa propre espèce. Des avancées techniques dans le domaine de la manipulation génétique, le clonage ont rendu nécessaire l'avènement de ce droit afin que ce dernier limite le champ des possibilités qui se sont ouvertes à lui. L'Homme voulant devenir son propre Dieu, il a l'ambition de créer, de donner ou de reprendre la vie à quiconque. Les scientifiques et le corps médical, capables de prouesses incommensurables ont accès à une technologie qui placerait l'Homme au rang d'objet de droit. Si le « droit à l'enfant » ou le « droit à mourir » n'existent pas dans l'ordre juridique français c'est à raison du principe de la

⁹⁵⁰ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

dignité humaine s'efforçant à maintenir la personne à son rang de seule espèce « sensible ».

Il a donc fallu encadrer ces pouvoirs qui relèvent de la liberté afin d'éviter les dérives. Ce cadre, c'est l'ordre public, c'est la dignité humaine. La jurisprudence, et notamment le Conseil d'Etat, n'a pas hésité à s'inspirer de la portée de la décision du 27 juillet 1994 pour considérer que le principe de dignité humaine était une composante de l'ordre public.

C'est dans le fameux arrêt relatif au « lancer de nains »⁹⁵¹, « *Commune de Morsang-sur-Orge* » que le Conseil d'Etat a déclaré la dignité humaine comme relevant de l'ordre public. Il dispose effectivement que « *l'attraction de « lancer de nain » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ; (...) Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause ; ».*

Plusieurs considérations peuvent découler de cette jurisprudence. D'une part, l'arrêt mentionne que l'ordre public en tant que régulateur de libertés peut venir limiter de telles prérogatives malgré leur caractère constitutionnel et fondamental. Ainsi, la liberté de travail et la liberté du commerce et de l'industrie ne sauraient contrevenir aux impératifs découlant de l'ordre public.

D'autre part, il est clair que le Conseil d'Etat dégage une nouvelle composante de l'ordre public qu'est la dignité humaine. Il exprime volontiers que l'interdiction d'une telle « attraction » se fonde sur son caractère ostentatoire pour le respect de la dignité humaine. Il continue en justifiant l'intervention de l'arrêté municipal sur le respect de l'ordre public « *eu égard à la nature de l'attraction en cause* » tout en sachant que la nature de cette attraction porte atteinte à la dignité humaine, cette dernière fait alors, sans aucun doute, partie intégrante de l'ordre public.

La dignité humaine vient donc moderniser un ordre public traditionnel, trop traditionnel afin de l'adapter aux exigences actuelles face à l'évolution des techniques de l'Homme mettant ce dernier et ses congénères face à un danger réel et irrévocable pour son espèce. Ainsi, comme l'affirme le Conseil d'Etat, le respect de l'ordre public et de la dignité humaine laisse supposer des actions de contrainte en matière de prévention et

⁹⁵¹ Conseil d'Etat, Assemblée du 27 octobre 1995, n°136727, « *Commune de Morsang-sur-Orge* ».

de « répression » ou de régulation. Néanmoins, les mesures de prévention doivent s'installer dans un contrôle de proportionnalité et de nécessité comme nous l'avons préalablement évoqué.

Le principe de la dignité humaine constitue donc un véritable « contre-pouvoir » face à l'implosion des libertés. Le respect de la dignité humaine constitue donc un droit « pivot » jouant tantôt sur le terrain de la protection des droits subjectifs et tantôt sur le terrain de la limitation des libertés. En réalité, la dignité humaine ne se distingue pas ou ne se découpe pas pour jouer sur les deux terrains, elle n'est qu'une et unique dignité bordant les deux terrains, les mettant en opposition et évitant que l'un ne déborde sur l'autre. La dignité humaine constitue donc la frontière entre les droits et les libertés de la personne permettant la régulation de ces derniers. Cette frontière, qu'est l'ordre public, se décomposant alors en multiples facettes dont fait partie le principe de la dignité humaine, est alors malléable, mouvante et flexible. Ainsi, le philosophe Max Marcuzzi déclare à propos de la dignité humaine que « Nous qualifions cette définition de faible parce qu'elle ne propose pas un concept défini de la dignité, mais esquisse une éthique reposant sur un bon sens réputé consensuel et sur les sentiments supposés d'une population à une époque donnée. Est indigne ce qu'une certaine quantité de citoyens qui expriment sur un sujet donné trouvent inacceptable, par exemple, pour reprendre Catherine Labrusse-Riou, les publicités Benetton (...) l'humanité est parallèlement ce qu'on s'entend communément à comprendre comme humain (...) Si la dignité est ainsi, démocratiquement, une affaire d'opinion, lui porter atteinte revient simplement à heurter l'opinion supposée courante d'une population, révélée au besoin par des sondages, par les procès »⁹⁵².

Si la dignité était figée, elle constituerait une frontière trop stricte ne permettant pas aux libertés de se développer et aux droits de s'adapter aux réalités qui sont en perpétuelle évolution.

L'ordre public et la dignité humaine, irriguant l'ensemble des matières du droit permettent de laisser à l'Homme un certain pouvoir, une certaine liberté, tout en le bornant. Ainsi, en matière médicale, le pouvoir du médecin, sa liberté d'exercice trouve une limite en les droits du patient, ses propres libertés et dont la frontière commune se nomme dignité humaine. Ainsi, la pratique médicale non-consentie porte nécessairement préjudice à la personne en bafouant ses droits et libertés mais constitue surtout une atteinte à la dignité.

En ce qui concerne la Cour de cassation, ne reniant pas le lien qui peut exister entre le principe d'ordre public et celle de la dignité humaine, elle semble néanmoins beaucoup plus pragmatique et craintive à tirer des conclusions extensive comme l'a fait le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Commune de Morsang-sur-Orge* ». Ainsi, dans la

⁹⁵² M. Marcuzzi, « La revendication des corps », in E. Dockès et G. Lhuiller, « *Le corps et ses représentations* », Litec, 2001, p. 31.

jurisprudence récente « *Our Body* »⁹⁵³ elle va confirmer le lien qui peut exister entre le respect du corps humain, qui procède de la dignité humaine, et l'ordre public en déclarant que « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008, d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil, qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences d'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales...* ».

Préalablement à cela, la Chambre criminelle avait constaté le lien qui existe entre ces notions en considérant que les « *agissements entraînant des traumatismes évidents, sont de ceux qui troublent de façon exceptionnelle l'ordre public, attaché à l'intégrité psychique, psychique et à la dignité de la personne humaine...* »⁹⁵⁴ en confirmant la décision rendue par une chambre de l'instruction.

B) La dignité humaine, un rempart contre l'absolu libéralisme en matière de santé

Le droit de la santé est empreint, irrigué par ce principe qu'est le respect de la dignité humaine. En témoigne l'article L. 1110-2 CSP, cette dignité tend à protéger le malade⁹⁵⁵. Si cette disposition s'entend légitimement dans le sens de la préservation des droits de la personne, elle peut également s'entendre dans le sens d'une régulation et d'une limitation des libertés. Pour le professeur Marguerite Canedo-Paris, le principe de dignité humaine peut ainsi servir de « catalyseur à la défense de droits sociaux » et a vocation à regrouper et défendre ces derniers »⁹⁵⁶.

1) L'impossible recours à certaines méthodes de procréation

La procréation médicalement assistée n'est tolérée que pour pallier un défaut naturel du processus de fécondation. En dehors de cela, il n'est pas permis d'y avoir recours. Ainsi, seuls les couples hétérosexuels en âge de procréer disposent de cette faculté. Sont donc exclus du processus de la procréation médicalement assistée, les couples homosexuels ainsi que les couples hétérosexuels qui ne sont plus en âge de procréer.

S'ajoute à cela, les « conventions de mère porteuse » autrement appelées « gestation pour autrui » qui permettent à une femme de librement disposer de son enfant pour le « céder » à un couple infertile et ce pour des raisons médicales ou non.

⁹⁵³ Cour de Cassation, Première Chambre civile du 29 octobre 2014, n°13-19.729.

⁹⁵⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle du 03 janvier 2012, n°11-87.520.

⁹⁵⁵ Article L. 1110-2 CSP « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* ».

⁹⁵⁶ M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », RFDA 2008, p. 979.

L'ensemble de ces procédés tend donc à créer un réel « droit à l'enfant », qui comme nous l'avons déjà évoqué semble dangereux pour l'espèce humaine entière. En effet, l'enfant à naître devient non plus un sujet de droit mais un objet de droit. Un bien particulier sur lequel s'exerce un droit réel, un droit de création, de cession, de disposition normalement applicable aux seuls biens patrimoniaux.

Et si ce « droit à l'enfant » constituait le premier pas vers des considérations encore plus sordides ? Si la dignité humaine correspond à ce qu'une population considère comme étant la norme de référence en matière de mœurs comme le veut M. Marcuzzi⁹⁵⁷ alors le principe de dignité humaine serait trop poreux et trop malléable pour devenir un réel principe. Le principe de dignité humaine en droit est bien plus rigide que veut bien l'entendre le philosophe précité. S'il procède de l'ordre public, il doit alors faire preuve d'une certaine rigueur et d'une certaine rigidité qui, malgré sa malléabilité, lui permet de s'imposer face aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux.

Ainsi, proclamer un « droit à l'enfant » risquerait de n'être que le début d'une évolution vers « le droit à l'enfant parfait » à une époque consacré par la Cour de Cassation et l'arrêt « *Perruche* »⁹⁵⁸ qui créa un véritable préjudice de vie lorsque la personne née malade du fait d'une erreur médicale.

Dans une société où tout bascule vite, les choses semblent prendre une tournure alarmante, notamment avec la validation par le Conseil d'Etat de la circulaire Taubira permettant d'attribuer la nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui⁹⁵⁹. Alors si l'ordre public s'oppose à une telle pratique, les magistrats ont préféré favoriser le droit à la nationalité de l'enfant. Situation alors saugrenue pour un enfant qui en réalité n'en est pas moins apatride, disposant de la nationalité de la mère. L'intérêt d'une telle reconnaissance repose incontestablement sur une volonté de reconnaître la gestation pour autrui en France, car tel est le cas d'une pratique qui, malgré sa prohibition, crée des effets de droits sur le territoire. Une pratique qui étant illicite, contrevenant au respect de la dignité de la personne et donc à l'ordre public devrait alors voir ses effets anéantis. Si l'enfant né d'une telle pratique ne peut être responsable des agissements de ses parents, encore faut-il qu'il y ait un réel intérêt à ce que cet enfant hérite de la nationalité française, dans le sens où l'enfant ne sera jamais le fruit de l'amour ou de l'union entre un père biologique et « une mère fictive », une « mère fonction » dans la mesure où cette dernière ne pourra entreprendre aucune adoption.

Le principe de dignité permet donc de maintenir une certaine stabilité du droit exigé par l'ordre public. Il permet d'éviter les dérives en matière de procréation qui

⁹⁵⁷ M. Marcuzzi, « La revendication des corps », in E. Dockès et G. Lhuiller, « *Le corps et ses représentations* », op. cit.

⁹⁵⁸ Cour de cassation, Assemblée plénière du 17 novembre 2000, n°99-13.701.

⁹⁵⁹ Conseil d'Etat, Section du contentieux, du 12 décembre 2014, n°367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, « *Association Juristes pour l'enfance et autres* ».

méconnaîtraient les considérations de la personne humaine et son devenir. La législation actuelle doit alors tenir afin d'éviter un effondrement catastrophique pour contre l'absolu libéralisme en matière médicale.

2) La dignité humaine une « contrainte » opportuniste

Le principe de dignité humaine est utilisé de manière opportune par les juridictions. Si le principe de dignité suppose un respect de la personne et de sa volonté, tel n'est pas systématiquement le cas. Ainsi, la contrainte qui suppose fonder le principe de la dignité humaine trouve à s'appliquer en certains cas.

a) *L'impérative protection de la santé et de la vie*

L'autonomie de la volonté d'une manière générale, la liberté contractuelle lorsque la personne s'adresse à un professionnel de santé relevant de l'ordre libéral, la personne peut se retrouver sous contrainte. Comme nous l'avons déjà évoqué, cette contrainte est la plupart du temps positive, l'on impose un acte au patient, mais il se peut que cette contrainte soit également négative, que l'on refuse un acte voulu par ledit patient.

Cette contrainte s'exerce généralement dans le cadre d'impératifs supérieurs justifiant une contrainte. Pour la plupart, il s'agit de « droits-créances », notamment pour le respect du droit à la santé. Ainsi, certains auteurs, comme nous le verrons plus loin, considèrent que le moyen d'expression favori de la dignité humaine se trouve au sein des « droits-créances » qui, au regard de du droit à la protection de la santé, s'avère contraignant.

Ainsi, la protection de la vie et de la santé, qui en procède, impose l'élaboration de contraintes qui outrepassent la dignité de la personne humaine ou alors qui s'en inspirent. Il est difficile de placer le curseur relatif à la dignité en la matière. Effectivement la privation de l'autonomie de la personne constitue une atteinte à sa dignité, il n'en demeure pas moins que le fait d'imposer des règles relatives à la protection de la santé ou de la vie de la personne peuvent également être confortées par le principe de dignité humaine. Ainsi, l'acharnement thérapeutique et « *l'obstination déraisonnable* », interdit par l'article L. 1110-5 CSP n'ont nullement une vertu dévastatrice, au contraire. Nous pouvons même considérer que la volonté de guérir une personne, d'améliorer son état de santé ou de vouloir préserver sa vie constitue une preuve de l'attachement du corps médical à l'aspect vital de la personne, à son caractère vivant. Le médecin ne porte nullement atteinte à la dignité de la personne en s'attachant à la vie du patient, en s'attachant à ce qu'il y a d'humain en lui, au contraire. Cette règle vient donc, non pas soutenir la dignité humaine, mais consacrer une touche de libéralisme. Libéralisme médical qui soutient activement l'autonomie de la personne et le respect de sa dignité. Le libéralisme n'a qu'une espérance vie très courte, car

« *l'obstination déraisonnable* » n'a pas une vocation absolue et recouvre en réalité une contrainte médicale qui réside en les soins palliatifs.

Alors où se situe réellement la dignité humaine dans le droit médical ? Plutôt du côté du libéralisme ? Ou du côté de la contrainte ? Il semblerait que la deuxième solution soit retenue au détriment de la première. Ainsi, malgré la consécration de l'interdiction de « *l'obstination déraisonnable* » en matière de soins laissant planer le libéralisme médical, c'est en réalité la dispense de soins qui est le promoteur de la dignité humaine. D'une part, l'article L. 1110-5, alinéa premier⁹⁶⁰ du Code de la Santé publique nous rappelle que l'ordre public, la dignité humaine fondent le droit médical. Plus qu'un droit, la protection de la santé constitue un impératif social, un « droit-créance » qui se fonde sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et l'article L. 1110-5, alinéa 1 CSP nous le rappelle volontiers à travers l'utilisation de notions telles que « *garantir la meilleure sécurité sanitaire* ». La sécurité, le droit à la sûreté ne se contient pas uniquement dans l'ordre public « matériel extérieur », l'« ordre public de la rue »⁹⁶¹ comme Baptiste Bonnet l'évoquait. Il concerne tout autant le droit sanitaire que le droit civil, pénal ou écologique.

Le droit à la vie et le droit à la protection de la santé se trouvent également marqués par des règles de nature contraignante qui outrepassent la volonté de la personne. Ainsi, en raison de la protection du droit à la protection de la santé, à la protection de la vie et la protection de la dignité humaine, il est impossible pour une personne de demander le droit à mourir, le droit de recourir à la gestation pour autrui, le droit à l'interruption volontaire de grossesse au-delà de la douzième semaine de gestation ou un droit absolu au refus de soins. La protection de la vie ou de la santé recense des impératifs qui ne contreviennent pas à la protection de la dignité humaine. Ainsi, la contrainte négative relative à l'impossible légalisation de l'euthanasie ne constitue pas une atteinte à la dignité de la personne comme l'a ainsi soutenue la Cour européenne des droits de l'homme. Elle considère qu'« *Exiger de l'Etat qu'il accueille la demande, c'est l'obligation à cautionner des actes visant à interrompre la vie. Or pareille obligation ne peut être déduite de l'article 3 de la Convention* »⁹⁶².

b) La liberté contractuelle face à l'ordre public

La liberté contractuelle dans les relations de soins privés est un principe qui soutient celui du libre consentement aux soins.

Leur qualité de liberté ou d'expression de la liberté de l'individu leur a néanmoins coûté le prix de la limitation par l'ordre public selon l'article 4 de la DDHC ou même

⁹⁶⁰ Article L. 1110-5 CSP, alinéa premier « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées...* ».

⁹⁶¹ B. Bonnet, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁶² CEDH, n°23446/02 du 29 avril 2002, « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* ».

l'article 34 de la Constitution. Si aucune liberté ne peut être absolue, ce n'est qu'au prix d'une limitation par le principe régulateur qu'est l'ordre public, de l'intérêt général ou d'autres droits fondamentaux et dont fait partie la dignité humaine.

L'efficience de l'expression libérale s'en trouve donc atteinte par des principes régulateurs s'imposant à eux. Ainsi, le refus de soins du patient prévu à l'article L. 1110-4 CSP constitue l'expression, la réification d'une liberté plus large qu'est la liberté contractuelle ou l'autonomie de la volonté de la personne. Ce refus de soins demeure cependant limité et justifié. Souvenons-nous de l'arrêt du Tribunal administratif de Lille⁹⁶³ qui rappela que le refus de soins se limite aux situations qui n'impliquent pas un « *danger immédiat pour la vie* » de la personne.

Cette restriction de liberté suit la même logique que celle retenue lors de l'affaire du « lancer de nain ». Pour Vincent Edel⁹⁶⁴, docteur en droit, « Le principe de sauvegarde de la dignité humaine suit la même analyse. Il est invoqué pour protéger la personne humaine contre toute atteinte illégitime, malgré une volonté contraire de l'intéressé. Ainsi, dans les affaires dites du « lancer de nain », le Conseil d'Etat a jugé que le respect de la dignité de la personne humaine, composante de l'ordre public, s'oppose à une telle attraction malgré le consentement de la personne qui se prêtait à cette exhibition. Si cet exemple ne concerne pas le droit médical, il montre bien que la dignité est un concept objectif permettant, le cas échéant de faire prévaloir l'universel sur l'individuel ».

Autant pour le « lancer de nain » que pour le refus de soins, la liberté qui en émane peut être restreinte en cas d'atteintes aux droits impérieux par des tiers ou par soi-même « grâce » à l'intervention de la dignité humaine. Si l'auteur⁹⁶⁵ considère que le droit sanitaire est une composante de l'ordre public, nous considérerons plutôt, et ce malgré l'existence d'un ordre public sanitaire, que le droit à la protection de la santé est un véritable « droit-créance » et que le respect de la dignité humaine et de l'ordre public en constitue un simple mode d'expression lui permettant de s'imposer. Nous avons donc pu constater que la notion « traditionnelle » d'ordre public n'était pas étrangère au droit à la santé. Au contraire, ce domaine est largement empreint par cette notion régulatrice qui permet ainsi de jauger et d'établir la limite entre les libertés « tolérées » du patient et ses devoirs. Ces derniers se fondent justement sur cette notion de dignité qu'inspire les « droits-créances ».

⁹⁶³ Tribunal administratif de Lille, instance n°02-3138, ordonnance du 25 août 2002.

⁹⁶⁴ V. Edel, « Le refus de soins », Les Petites Affiches du 14 décembre 2007, n°250, p. 9.

⁹⁶⁵ *Ibidem*.

SECTION II – L'ORDRE PUBLIC MODERNE : L'EXPORTATION DES REGLES RESTRICTIVES AU DOMAINE SANITAIRE

Alors que la protection de l'ordre public dans son ensemble justifie des mesures médicales non-consenties, il existe des pratiques médicales qui fondent leur contrainte respective sur la protection de la santé publique, le « droit-créance » établi par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Ainsi, la loi du 09 août 2004⁹⁶⁶ organise un véritable cadre des actions relatives à la protection de la santé publique. Cette loi, comme la dignité humaine, opère un cadre dans lequel s'opèrent les droits du patient. Nous pouvons alors constater que l'ordre public sanitaire s'exprime de manière temporaire à travers les règles internationales (Paragraphe 1) et de manière permanente concernant la prévention et la protection de la santé en encadrant les comportements sociaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'ordre public sanitaire temporaire, l'expression de la contrainte pour la gestion des crises

Le règlement sanitaire international (RSI)⁹⁶⁷, adopté par l'OMS constitue la définition du cadre contraignant au niveau international (A). L'ensemble de ces règles est également reconnu par le Code de la santé publique(B).

A) Le « Règlement sanitaire international », l'expression de la contrainte au niveau international

1) La mise en place d'actions positives en vue de la contrainte et de la préservation de la santé publique

Dans l'avant-propos dudit règlement, les rédacteurs ont considéré que « *L'une des principales responsabilités – et aussi une responsabilité historique – de l'Organisation mondiale de la Santé a été d'administrer le régime mondial de lutte contre la propagation internationale des maladies...* ». Ces Règlements tendent « à empêcher la propagation des maladies d'un pays à l'autre » qui, une fois adoptés par l'Assemblée de la Santé, entrent en vigueur à l'égard des Etats Membres de l'OMS qui ne les ont pas expressément refusés dans les délais prescrits ».

L'article 2 dudit Règlement rappelle les objectifs de l'OMS en matière de protection de la santé. Le rôle premier d'une telle Organisation est « préventif » afin de

⁹⁶⁶ Loi n°2004-806 du 09 août 2004 « relative à la politique de santé publique ».

⁹⁶⁷ Il s'agit du Règlement sanitaire international tel que modifié depuis 2005 par l'OMS.

« protéger », « maîtriser » et « réagir par une action de santé publique » tout en évitant d' « entraver » le commerce international⁹⁶⁸.

L'article prévoit alors un ensemble d'actions positives qui laissent supposer une contrainte. Cette contrainte se justifie par la protection de la santé publique. Le Règlement s'impose aux Etats membres et, selon l'article 4, leur impose d'installer des « *points focaux* » permettant la gestion d'une crise sanitaire ou leur ouvrant une libre communication avec l'OMS.

2) La préservation des droits de la personne

Il n'en demeure pas moins que, selon l'article 3, l'ensemble des actions menées par l'OMS doivent respecter l'ensemble des droits fondamentaux de la personne, ceux exprimés dans la Charte des Nations Unies et la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé⁹⁶⁹. Cet article opère une gradation, une hiérarchisation entre les différentes valeurs protégées.

S'il n'existe pas un droit supérieur à l'autre, il est normal d'établir une gradation symbolique qui, selon nous, est idéalement opérée. En effet, il est d'abord normal de privilégier le principe de la dignité humaine, le principe régulateur des droits et des libertés. L'accomplissement, l'exercice et la défense des droits passant inévitablement par ce principe médian, tendant à la préservation des droits et à la limitation ou l'effectivité des libertés, il est nécessaire de privilégier ce principe. Il est d'ailleurs important de pouvoir le surexposer par rapport aux autres, car il s'attache en réalité à faire ressortir, rejaillir, ce qu'il y a de mieux pour l'Homme dans telle ou telle situation juridique donnée. Ainsi, par exemple, en matière de refus de soins et de contrainte médicale, le principe de la dignité humaine comprendra davantage en privilégiant la liberté de l'individu à recourir ou non aux soins lorsque sa santé ou sa vie n'encourent pas un danger grave et immédiat. Effectivement, dans ce cas, si dispense de soin il y a, alors ce dernier constituera une atteinte à l'intégrité physique de la personne, non-consentie, et affectant le principe de la dignité humaine. A l'inverse, si le refus de soins entraîne un risque grave et immédiat pour la santé et la vie de l'individu, alors on considérera que l'impératif de sauvegarde du droit de la santé et de la vie prime tout autre considération. L'article L. 1110-5 CSP répond un peu à cette logique, d'une manière inverse. Il s'agit en effet, selon le premier alinéa, d'une obligation de soins consciencieux. L'objectif étant la « *sécurité sanitaire* ». Néanmoins, alors que les soins s'avèreraient inutiles, le praticien est dans l'obligation de ne pas concourir à l'acharnement thérapeutique.

Il est alors nécessaire que le principe de dignité humaine prime les droits et libertés fondamentaux. Deuxièmement, les droits dits de l'homme semblent également primer les « *libertés fondamentales* ». Cette idée, toujours symbolique, semble aussi être

⁹⁶⁸ Article 2 RSI « L'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ».

⁹⁶⁹ Article 3 RSI, alinéa Premier « Le présent Règlement est mis en œuvre en respectant pleinement la dignité des personnes, les droits de l'homme et les libertés fondamentales ».

empreinte de logique. Elle est logique car nous l'avons constaté, le droit à la vie et le droit à la santé, « droits-créances » semblent primer sur les libertés individuelles telles que la liberté contractuelle ou le principe de l'autonomie de la personne.

3) Les actions concourant à la protection de la santé publique

Parmi l'ensemble des prérogatives des Etats membres tendant à la protection de la santé publique, le RSI impose à ces derniers « *une information* » et une « *action* ».

En ce qui concerne « *l'information* » cette dernière se base sur un devoir de « *surveillance* » des Etats membres afin de pouvoir agir au plus tôt. Cette notion de « *surveillance* » semble néanmoins contrevenir au principe de respect de la vie privée des personnes. Ainsi, cette notion de vie privée s'arrête lorsque la pathologie dont est atteinte une personne ou un groupe de personnes menace de se développer et menace alors la protection de la santé de la collectivité. L'intérêt général est alors privilégié sur les intérêts individuels. Cette vigilance s'opère, selon l'article 5 du RSI par la « *détection* », « *l'évaluation* », « *la notification* » et « *la déclaration* ». Cette « *surveillance* » implique donc des moyens de maîtrise qui tendent à la protection des personnes.

Selon l'article 7 du RSI, « *Si un Etat Partie dispose d'éléments indiquant la survenue d'un événement inattendu ou inhabituel sur son territoire, quelle qu'en soit l'origine ou la source, qui peut constituer une urgence de santé publique de portée internationale, il fournit à l'OMS toutes les informations de santé publique pertinentes* ». La communication de l'état de santé d'une personne ou d'un groupe de personnes est alors transmise aux autorités internationales. Cette transmission d'informations contrevient valablement au secret médical. Une fois de plus, cette violation se justifie par la préservation du plus grand nombre afin d'éviter une épidémie qui peut être d'ordre internationale. Toutefois, seules les informations transmises à l'OMS portent atteintes à ce droit au secret médical dans la mesure où l'information transmise aux autres Etats est, elle, confidentielle⁹⁷⁰. Ce Règlement outrepassa alors les prescriptions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 dans la mesure où la « *Nation* » n'est seulement concernée par la mise en place de mesures de protection. En outre, l'Etat peut consulter l'OMS concernant « *les mesures sanitaires à prendre* » selon l'article 8. Malgré cela, la souveraineté des Etats semble préservée dans la mesure où un Etat peut refuser « *l'offre de collaboration* » émanant de l'OMS⁹⁷¹.

Afin d'éviter la propagation d'un risque sanitaire international, l'OMS à travers son Directeur général édicte des « *recommandations* » concernant le territoire sur lequel est survenu un événement. Ces « *recommandations* » peuvent être « *temporaires* » et concerner des mesures exceptionnelles en matière de voies de communication. Ces

⁹⁷⁰ Article 11, paragraphe 1 du RSI.

⁹⁷¹ Article 10, paragraphe 4 du RSI.

« recommandations » peuvent concerner « *les personnes, bagages, cargaisons, conteneurs, moyens de transport, marchandises, les colis postaux pour prévenir ou réduire la propagation internationale de maladies* »⁹⁷². Contrairement aux mesures entreprises dans le cadre d'une hospitalisation d'office où une atteinte à l'ordre public est nécessaire pour priver une personne de sa liberté d'aller et venir, en matière d'ordre public sanitaire, cette privation de liberté peut être justifiée par un simple moyen de prévention. A la lecture d'une telle disposition, les droits et libertés concernés sont nombreux. Ainsi, la liberté d'aller et venir peut être concernée, le droit de propriété, la liberté d'expression et de communication sont sacrifiées sous l'autel de la prévention sanitaire.

Les recommandations concernant les personnes relèvent principalement « *d'examiner la preuve qu'un examen médical et des analyses en laboratoire ont été effectués* », « *exiger des examens médicaux* », « *examiner la preuve des vaccinations ou autres mesures prophylactiques* », « *exiger une vaccination ou une mesure prophylactique* », « *placer les personnes suspectes en observation à des fins de santé publiques* », « *places en quarantaine les personnes suspectes ou leur appliquer d'autres mesures sanitaires* », « *isoler ou traiter si nécessaires les personnes affectées* », « *rechercher les contacts des personnes suspectes ou affectées* », « *refuser l'entrée des personnes suspectes et affectées* », « *refuser l'entrée de personnes non affectées dans des zones affectées* », « *soumettre à un dépistage les personnes en provenance de zones affectées et/ou leur appliquer des restrictions de sortie* »⁹⁷³.

Les atteintes aux droits fondamentaux sont donc conséquentes en matière de prévention de l'ordre public sanitaire. Elles paraissent même plus lourdes que pour les atteintes à l'ordre public traditionnel où « seule » la liberté d'aller et venir est concernée. Pas de place pour la liberté médicale non plus en matière de droit public sanitaire. En effet, en plus de l'enfermement, la dispense de soins préventifs ou curatifs est de mise. L'atteinte à l'intégrité physique se justifie par la préservation de l'intérêt général. La dignité de la personne humaine est alors en l'espèce malmenée malgré les ambitions affichées par l'article 3 dudit Règlement.

D'autres mesures contraignantes sont prévues concernant les voyageurs selon l'article 23 du RSI d'une part, ils doivent être interrogés « *au sujet de leur destination afin de pouvoir les contacter* », « *au sujet de leur itinéraire afin de vérifier s'ils ont séjourné dans une zone affectée ou à proximité, ou sur leurs autres contacts éventuels avec une infection ou contamination avant leur arrivée, et vérifier les documents sanitaires de ces voyageurs s'ils sont exigés...* ». D'autre part, est exigé « *un examen médical non invasif, c'est-à-dire l'examen le moins intrusif possible pour atteinte l'objectif de santé publique* », « *l'inspection des bagages, cargaisons, conteneurs, moyens de transport, marchandises, colis postaux et restes humains* ».

⁹⁷² Article 15, paragraphe 2 du RSI.

⁹⁷³ Article 18, paragraphe 1 du RSI.

Le paragraphe 2 dudit article prévoit que les Etats membres, peuvent prendre des mesures complémentaires concernant « *un voyageur suspect ou affecté* » et « *pratiquer l'examen médical le moins intrusif et le moins invasif possible* ». Cette notion impose donc aux autorités étatiques d'effectuer en un contrôle de proportionnalité concernant ledit examen médical. Par contre, la disposition demeure large et susceptible d'interprétation. Ainsi, si le risque est important, l'examen médical le « *moins intrusif et le moins invasif possible* » peut recouvrir une réalité qui demeure intrusive et invasive.

4) Les droits médicaux des voyageurs

Le présent Règlement dispose que les voyageurs disposent d'une indépendance concernant l'application de traitements médicaux. Ainsi, ils gardent une certaine autonomie concernant leur prise de décision selon l'article 23, paragraphe 3. Ainsi, ledit paragraphe dispose que « *Les voyageurs ne sont soumis à aucun examen médical, aucune vaccination ni aucune mesure sanitaire ou prophylactique en vertu du présent Règlement sans que leur consentement exprès et éclairé, ou celui de leurs parents ou tuteurs, n'ait été obtenu au préalable, excepté en application du paragraphe 2 de l'article 31, et conformément à la législation et aux obligations internationales de l'Etat partie* ».

La contrainte est en réalité indirecte dans la mesure où en vertu du paragraphe 2 de l'article 31, tout voyageur n'ayant pas recours aux examens ou mesures exigés peut se voir refuser l'entrée sur le territoire d'un Etat. La liberté d'aller et venir du voyageur est alors atteinte et ce dernier devra se soumettre aux pratiques médicales convenues par l'autorité sanitaire afin de circuler. Comme la législation vaccinale concernant l'accès à l'emploi ou l'accès à l'éducation, le recours aux pratiques médicales est souvent objet de chantage afin d'obtenir le consentement de la personne. Il est alors malvenu de parler de consentement libre. D'ailleurs, l'article 23, paragraphe 3 n'évoque pas cette condition de libre consentement.

L'article 32 poursuit en exigeant que tous les voyageurs soient traités dans le respect de leur dignité et de leurs droits fondamentaux. Ainsi, les voyageurs doivent être traités « *avec courtoisie et respect* », leurs « *préoccupations religieuses ou socio-culturelles* » sont « *prises en compte* » que toutes les commodités leur permettant un certain confort matériel et moral lorsque ces derniers font l'objet d'une mesure les privant de liberté.

L'ordre public sanitaire constitue donc un ensemble de règles contraignantes afin de préserver la santé publique nationale ou internationale. Ces règles privent souvent les droits et libertés fondamentaux des personnes en raison de la sauvegarde de l'intérêt général. Ici aussi, la recherche perpétuelle de la sauvegarde de la dignité humaine constitue un élément de régulation entre les prérogatives des autorités et la protection des personnes concernées par les mesures médicales ou contraignantes ainsi que pour la population en général. Il relève effectivement de cet ordre public sanitaire qu'il

suggère des mesures nettement plus contraignantes que la recherche de l'ordre public traditionnel.

Quelles sont alors les solutions ? Malgré les dispositions de l'article 32 du RSI, la contrainte existe manifestement si l'on s'en réfère au paragraphe 1, c), de l'article 40 du RSI. S'il est nécessaire de d'endiguer la propagation d'une pathologie grave en vue de protéger une population non-affectée, il est tout autant nécessaire de préserver au mieux le respect de la dignité humaine, les droits fondamentaux ainsi que les libertés individuelles des personnes infectées. Il est alors nécessaire de privilégier et d'assurer au maximum le principe de la dignité humaine de la personne. Si la privation de sa liberté d'aller et venir peut constituer une solution nécessaire, cette dernière ne peut être que temporaire et doit être signifiée, dans les meilleurs délais, à une autorité judiciaire de l'Etat dont la personne est ressortissante afin que ce dernier puisse analyser la situation, sa nécessité et sa proportionnalité. La personne faisant l'objet d'une restriction de liberté doit faire l'objet d'une attention particulière en raison de sa vulnérabilité et doit disposer d'un respect accru de sa dignité. Ainsi le RSI devrait contenir une norme définissant précisément les conditions garantissant la préservation du respect de la personne, les recours effectifs qu'elle peut exercer.

D'une manière générale, le RSI doit faire l'objet d'une rénovation. Sa dernière révision datant de 2005. Il est nécessaire de définir précisément les pathologies existantes et susceptibles d'entraîner des mesures de coercition. Il est nécessaire que les voyageurs soient informés des zones dans lesquelles ces pathologies sont présentes et les zones dans lesquelles le risque de contamination est fort. Pour prévenir des nouvelles pathologies, une définition des symptômes constituant une menace pour la propagation d'une pathologie est également nécessaire.

Concernant les mesures susceptibles d'affecter les voyageurs, il est indispensables qu'elles soient valablement détaillées afin d'éviter les abus et préserver la sécurité tant physique que juridique des individus. A l'image du droit pénal dont l'interprétation est stricte, aucune disposition ne peut rester vague et susceptible d'interprétation. Le droit international sanitaire doit faire preuve d'une grande évolution en ce sens. Ainsi, nous nous passerons volontiers de notions telles qu' « *examen le moins invasif ou intrusif possible* » qui peuvent, selon les situations mener à des différences d'interprétation et ainsi porter atteinte à la sécurité juridique des voyageurs. Le RSI doit alors établir une classification des risques avec des mesures précises correspondant auxdits risques.

Ces mesures contraignantes se retrouvent en France afin d'éviter un risque de contagion sur le plan national et international.

B) La prévention et la lutte des risques sanitaires au niveau national et international

Le Code de la Santé publique a prévu des règles spécifiques pour prévenir de la transmission des épidémies. Comme le propose le RSI, les articles L. 3115 CSP et

suivants consacrent les moyens de « *Lutte contre la propagation internationale des maladies* ». Sur le sol français, les articles L. 3131-1 CSP et suivants prévoient des « *mesures d'urgence* » en cas de « *menaces sanitaires graves* ».

1) Les moyens de « *Lutte contre la propagation internationale des maladies* »

La lutte contre l'expansion des maladies infectieuses au niveau international par des moyens nationaux se base sur le RSI, selon l'article L. 3115-1 CSP. La législation française tend alors à détailler l'ensemble des règles qui sont transposées dans ledit règlement.

Ainsi, nous notons que le RSI faisait défaut d'informations précises et nécessaires pour la garantie et la sauvegarde des droits et libertés de l'individu. A ce titre, l'article L. 3115-2 CSP dispose que les voyageurs sont titulaires d'une information complète de la part des « *exploitants de moyens de transport, d'infrastructures de transport et d'agences de voyages* ».

Cette obligation d'information porte sur les « *risques de santé publique constatés par les autorités sanitaires dans les lieux de destination ou de transit. Ils les informent également des recommandations à suivre et des mesures sanitaires mises en place ces risques* ». Ainsi, les voyageurs disposent de plus amples informations concernant les risques pour leur santé. Par application du principe de l'autonomie de la volonté, ils demeurent libres d'encourir un risque d'infection et d'en accepter les éventuelles conséquences, notamment en matière de soins. Ce sont les articles R. 3115-66 et R. 3115-67 qui déterminent les modalités d'information des voyageurs. Cette obligation d'information concerne également les voyageurs qui doivent remplir une fiche de traçabilité permettant aux autorités de retrouver les personnes susceptibles d'être porteuses du virus⁹⁷⁴.

Le RSI a néanmoins une vocation générale à être détaillé. C'est l'article L. 3115-3 CSP qui en dispose ainsi. C'est par un décret en Conseil d'Etat que sont établies les mesures nécessaires à l'application dudit Règlement.

C'est un décret du 9 janvier 2013 qui réglemente l'ensemble des règles d'application du Règlement sanitaire international en France. En ce qui concerne le « *contrôle sanitaire aux frontières* », l'article R. 3115-1 dispose qu'il a « *pour objet la prévention de la propagation par voie terrestre, maritime ou aérienne des maladies transmissibles...* ».

Lorsqu'il existe une « *probabilité d'un événement qui peut nuire à la santé des populations humaines, plus particulièrement d'un événement pouvant se propager au*

⁹⁷⁴ Article R. 3115-67 CSP, II, « *En cas de risque pour la santé publique et sur demande des autorités sanitaires, le préfet organise la distribution et le recueil de fiches de traçabilité aux voyageurs...* ».

niveau international ou présenter un danger grave et direct »⁹⁷⁵, la loi envisage donc des mesures privatives de liberté, le contrôle constituant déjà une mesure de contrainte.

Ces contrôles sont exercés « *sous l'autorité* » du représentant de l'Etat dans le département selon l'article R. 3115-4 CSP et concernent tant « *les moyens de transport* » que les « *voyageurs* ».

2) La lutte contre les « *menaces sanitaires graves* »

Il existe donc des « *mesures d'urgence* » qui permettent de limiter les risques d'infection et de propagation d'une pathologie.

En ce sens, l'article L. 3131-1, alinéa premier CSP dispose qu'« *En cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ».

a) *La proportionnalité, une condition sine qua non à l'application des mesures de contrainte*

On invoque souvent en droit pénal, un principe cardinal de la matière qu'est celui de la « *proportionnalité des peines* ». Il n'existe pourtant textuellement aucune référence au principe de proportionnalité si souvent rencontré, notamment en matière pénale.

a1) *Le principe de nécessité et de proportionnalité, une synonymie*

L'article 8 de la DDHC dispose pourtant que « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Ce principe de « *nécessité* » est voisin, voire synonyme, de celui de la proportionnalité. En ce sens, nous pouvons considérer qu'une peine qui n'est pas « *nécessaire* » est *de facto* « *disproportionnée* ». Ainsi, lorsqu'un magistrat tranchera, il devra en son âme et conscience, se demander si la peine retenue était « *nécessaire* » par rapport à l'infraction présentée devant lui. Ce rapport établi entre la peine prononcée et l'infraction induira donc une proportion de sévérité à laquelle le juge sera tenu de qualifier de « *nécessaire* » ou non son verdict.

Dans sa décision du 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel considère qu'il appartient, en premier lieu, au législateur d'« *apprécier (...) la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* », que la seule mission du Conseil en cette matière est de s'attacher à la violation éventuelle de la Constitution par les dispositions

⁹⁷⁵ Définition donnée par l'article R. 3115-3 CSP de la notion de « *Risque pour la santé publique* ».

légales. Cela signifie qu'il ne ressort pas du rôle du Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle *in concreto* afin de déterminer si les dispositions relatives aux peines établies sont nécessaires ou non. Louis Favoreu considère que le Conseil « ne se livrera pas à l'appréciation de la nécessité des peines sauf erreur manifeste d'appréciation »⁹⁷⁶.

Puis, le principe de « nécessité » s'est élargi pour donner en 1987, un principe qui « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁹⁷⁷. En revanche, une telle décision ne justifiera pas l'attribution d'un pouvoir contraignant aux autorités médicales dans la pratique de soins de manière contraignante. Le Conseil constitutionnel exige, pour qu'une « peine » soit prononcée, qu'elle soit la réponse à une violation de la loi ou d'un règlement. L'emploi du terme de « *punition* » implique en fait la rétribution d'un acte ayant violé la loi ou les intérêts d'autrui afin de procurer un effet dissuasif à la commission ou à la récidive. Ainsi, l'exigence de contraintes sanitaires ne se fonde nullement sur cette exigence constitutionnelle. Cette décision constitue néanmoins une ouverture d'esprit du Conseil constitutionnel qui ne se borne plus à limiter appliquer ce principe de « nécessité » par des juridictions.

a2) La notion de proportionnalité, l'irrigation générale du droit

Peu à peu, le principe de « nécessité », qui semble bien plus spécifique au droit pénal, laisse place à cette notion de « proportionnalité » qui, elle, prétend irriguer l'ensemble des domaines du droit, qu'il s'agisse du droit public ou encore du droit privé. Le professeur Jean-Baptiste Seube la qualifie d'« omniprésente » en droit privé en déclarant que l'« On peut, à la manière d'un inventaire à la Prévert, en évoquer de nombreuses illustrations »⁹⁷⁸. Selon lui, « la proportionnalité est utilisée pour contrôler les atteintes portées à un droit fondamental ».

Dans ce cas, un constat s'impose, celui de considérer qu'il appartient donc au Conseil constitutionnel, à l'instar du principe de « nécessité » de vérifier si une loi n'est pas contraire à la Constitution dans la mesure où elle pourrait être qualifiée de manifestement disproportionnée et qu'il appartient au Conseil d'Etat d'exercer un contrôle proportionnel des actes réglementaires ou, avec la Cour de cassation d'exercer un contrôle de proportionnalité à l'égard de l'ensemble des actes juridiques qui ont une valeur infra légale ou à l'égard de la loi dans cadre d'un contrôle conventionnel. A partir de ce postulat, il est aisé de comprendre à quel point le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions est transversal.

⁹⁷⁶ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, p.411.

⁹⁷⁷ Conseil constitutionnel, n°80-127 DC du 20 janvier 1981.

⁹⁷⁸ J-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *Les Petites Affiches* du 05 mars 2009, n°46, p. 86.

En ce qui concerne le juge administratif, dans une décision de 2014, il a rappelé que l'appréciation de la « *proportionnalité* » d'une « *sanction* » appartient au juge du fond. Son rôle ne se cantonne, comme le Conseil constitutionnel qu'à constater une disproportion manifeste de la sanction⁹⁷⁹. Il n'en demeure pas moins que toutes les sanctions prononcées « *se trouvent nécessairement soumises (...) au respect du principe de proportionnalité* ». Cela peut concerner la sanction principale comme la « *sanction complémentaire* » constituée par une publication de la sanction principale⁹⁸⁰. Le Conseil d'Etat qui a rapproché les notions de « *proportionnalité* » et de « *nécessité* » peut également exercer un réel contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires ou des textes à valeur légale telle qu'une ordonnance lors de QPC⁹⁸¹. Ainsi dans le cadre de leur fonction de « filtre », le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, exercent un contrôle implicite de Constitutionnalité, rôle normalement spécialement réservé au Conseil constitutionnel.

Comme l'indique Jean-Baptiste Seube, en droit privé, donc devant le juge judiciaire, la notion de proportionnalité est très large et relève de plusieurs réalités⁹⁸². Il indique ainsi que nous trouvons de la proportionnalité « Dans le droit de la famille », « Dans le droit des biens », « Dans le droit immobilier », « Dans le droit bancaire », « Dans le droit des sociétés ». Ce dernier garde néanmoins un avis tranché sur l'utilité d'une telle prérogative. Il considère d'une part ce droit « dangereux » car il aboutit à une insécurité juridique, et considère ce droit « inutile ». Effectivement, le droit privé n'ayant vocation qu'à résoudre des litiges entre personnes privées, les magistrats disposent d'un « arsenal » juridique déjà conséquent permettant aux magistrats de pouvoir régler un litige sans avoir nécessairement recours au contrôle de proportionnalité. Il s'avère d'avantage utile en droit public où les pouvoirs exorbitants du droit commun de la personne publique tendent à porter atteinte à l'ensemble des individus.

En matière judiciaire donc, Jean-Baptiste Seube justifie donc l'intervention du juge en la matière par « l'imposition de la loi nationale ou de la Convention européenne des droits de l'homme ». Pour soutenir ces propos, il s'intéresse à l'article L. 120-2 du Code du travail qui déclare que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionné au but recherché* ». Ainsi, seules les matières sensibles du droit privé devraient être concernées par cet objectif à l'image du droit pénal, du droit du travail, de la santé ou encore de la consommation. Les arrêts de la Chambre sociale ont ainsi permis la suppression de « la réside imposée au salarié »⁹⁸³

⁹⁷⁹ Conseil d'Etat, Assemblée du 30 décembre 2014, n°381245.

⁹⁸⁰ Conseil d'Etat, Section du contentieux du 06 juin 2008, n°299203.

⁹⁸¹ Conseil d'Etat, 9^{ième} et 10^{ième} Sous-sections réunies du 16 juillet 2014, n°380406 où il considère que « *les dispositions contestées sont applicables au litige dont est saisie la cour administrative d'appel de Bordeaux ; qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce que leur application porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines, soulève une question présentant un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée* ».

⁹⁸² J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *op. cit.*

⁹⁸³ Cour de Cassation, Chambre sociale du 12 juillet 2005, n°04-13.342.

ou d'assouplir la clause de non-concurrence⁹⁸⁴. En matière de contrôle de proportionnalité par rapport aux droits de la Convention européenne des droits de l'Homme, il s'agit ni plus ni moins du contrôle de conventionalité pour lequel la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat sont compétents depuis les arrêts « *Jacques Vabre* »⁹⁸⁵ et « *Nicolo* »⁹⁸⁶.

a3) La dimension constitutionnelle du contrôle de proportionnalité

Au niveau du droit constitutionnel comparé, le travail du professeur Xavier Philippe est d'excellente augure⁹⁸⁷. Rappelons de prime abord, que le rôle d'une telle Cour ou d'un tel Conseil en l'espèce s'intéresse à la violation, la restriction des libertés et droits fondamentaux par l'édiction de règles ayant une valeur légale.

Ainsi l'auteur reconnaît la « paternité » d'un tel contrôle au droit allemand. Se basant sur l'excellente déclaration de Jellinek, selon laquelle « On ne tire pas sur des moineaux avec un canon », l'auteur résume en une phrase en quoi consiste ce fameux contrôle de proportionnalité. C'est pourtant la loi fondamentale allemande qui permettra d'imposer ce principe aux autorités publiques afin de préserver les droits et libertés de l'Homme. La « Cour constitutionnelle fédérale » soutiendra alors avec ferveur ce principe tout au long de sa jurisprudence et permettra sa pleine consécration.

En ce qui concerne la Belgique, comme la France ou l'Allemagne sa Constitution ne reconnaît pas expressément un tel principe. C'est également *via* sa Cour constitutionnelle que la notion s'est développée. L'histoire est un peu la même en ce qui concerne l'application du contrôle de proportionnalité en Espagne ou au Portugal, issue de l'interprétation de normes constitutionnelles, la notion s'est développée au point d'être aujourd'hui incontournable dans les recours.

L'existence dans de nombreux pays transcrit l'idée selon laquelle le principe de proportionnalité s'impose de lui-même. Il est un principe qui reconnaît que les droits fondamentaux peuvent subir des limitations et être assujettis à un encadrement. Néanmoins, ce principe implique également que ces atteintes ne peuvent pas être exagérées de manière à vider la substance du droit concerné. Ainsi, l'ordre public, la dignité humaine ne peuvent librement être invoqués par le législateur pour édicter une mesure qui anéantirait un droit fondamental ou une liberté. Se déduit ainsi, concernant les libertés individuelles et personnelles, de l'article 4 de la DDHC que le contrôle de proportionnalité s'exercera sur le pouvoir du législateur à fixer les bornes d'un droit ou l'expression d'une liberté prévu par cet article.

⁹⁸⁴ Cour de Cassation, Chambre sociale du 10 juillet 2002, n°99-43.334.

⁹⁸⁵ Cour de Cassation, Chambre mixte du 24 mai 1975, n°73-13.556.

⁹⁸⁶ Conseil d'Etat, Assemblée du 20 octobre 1989, n°108243.

⁹⁸⁷ X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », Les Petites Affiches du 05 mars 2009, n°46, p. 6.

Le professeur Valérie Goesel-Le Bihan considère que « le contrôle de proportionnalité impose la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels et les objectifs poursuivis... »⁹⁸⁸. Elle estime que le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel s'inspire fortement des décisions rendues par la Cour constitutionnelle fédérale. Ainsi, trois conditions sont nécessaires afin de satisfaire la condition de proportionnalité d'une atteinte aux droits fondamentaux. La mesure doit être « adéquate », « nécessaire » et « proportionnée au sens strict ».

L'adéquation de la règle ainsi votée et éventuellement déjà promulguée « suppose qu'elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation d'un recherché par son auteur ». La nécessité « ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi, d'autres moyens appropriés, mais qui affecterait de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité ». Enfin, la proportionnalité « stricte » réside dans l'analyse de la règle ne devant pas créer « des charges (...) hors de proportion avec le résultat recherché ».

S'appuyant sur la décision du 15 décembre 2005⁹⁸⁹, l'auteur établit une liste de décisions faisant directement référence à cette recherche de l'adéquation. Pour elle, cette exigence permet au Conseil constitutionnel d'étendre les moyens soulevés par les auteurs de la saisine et éventuellement déceler un éventuel détournement de la loi de la part de son auteur, une volonté subjective et cachée qui ne correspondrait pas au but poursuivi par la loi et par la préservation de l'intérêt général.

Si dans les jurisprudences constitutionnelles étrangères la question de la « nécessité » réside dans la recherche d'autres moyens moins contraignants pour arriver au résultat escompté, au but poursuivi, il n'en est pas ainsi en France. Nous l'avons déjà évoqué préalablement, le rôle du Conseil constitutionnel en la matière ne se substitue pas aux considérations du législateur. Il ne contrôle que l'inadaptation « manifeste par rapport à la finalité poursuivie ». Valérie Goesel-Le Bihan considère qu'« Il suffit que la mesure adoptée n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi »⁹⁹⁰. Le Conseil constitutionnel déclare dans une décision du 09 mai 2001 que « *pour atteindre le but qu'il s'est fixé, le législateur a décidé que les pouvoirs de l'Assemblée nationale actuellement en fonction sont prolongés jusqu'au troisième mardi de juin 2002 ; que cette prolongation, limitée à onze semaines, apparaît comme strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif de la loi revêt un caractère exceptionnel et transitoire ; qu'elle n'est donc pas manifestement inappropriée audit objectif* »⁹⁹¹. Le Conseil n'opère donc pas d'analyse *in abstracto* de la loi qui lui est soumise ne prétendant pas entrer dans les fonctions relevant de celle du législateur mais ne sanctionne, en déclarant

⁹⁸⁸ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, juin 2007.

⁹⁸⁹ Conseil constitutionnel n°2005-528 DC du 15 décembre 2005 précisant que « *la procédure de regroupement familial établie par le livre IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale, que cette procédure ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de 1946, ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle fixe à cet égard des règles adéquates et proportionnées...* ».

⁹⁹⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

⁹⁹¹ Conseil constitutionnel n°2001-444 DC du 09 mai 2001.

l'inconstitutionnalité, seules les mesures dont le caractère est manifestement contraire au principe de nécessité.

Pourtant, l'auteur soutient qu'il existe différents niveaux de contrôle et que le Conseil constitutionnel ne se contente pas du simple contrôle restreint lié aux mesures manifestement disproportionnées. Le degré de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel varie selon « l'importance des droits et libertés concernés ».

Elle considère ainsi que, certaines libertés, de « plus grande importance » ou « dont la place est assurément première dans la hiérarchie » nécessitent une atteinte, une « conciliation » avec un autre droit fondamental non plus seulement avec un simple intérêt général. Elle s'appuie sur la décision du 13 mars 2003⁹⁹² où le Conseil déclare qu' « *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir (...) que les mesures de police administratives susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public* ».

Effectivement, dans la décision du 02 mars 2004⁹⁹³, le Conseil constitutionnel semble pousser son contrôle plus loin qu'il n'a l'habitude de le faire en matière de contrôle restreint. Il s'attache en l'espèce à la recherche d'une proportionnalité parfaite. Il est alors nécessaire que les mesures spéciales en matière de procédure pénale, constituant des « *restrictions (...) aux droits constitutionnellement garanties soient nécessaire à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées...* ». Le Conseil constitutionnel semble effectivement s'attacher à une analyse profonde de la nécessité et de la proportionnalité et ne pas simplement s'attacher à la constatation d'une disproportion manifeste.

Cette analyse semble être partagée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, le professeur Agnès Roblot-Troiziet⁹⁹⁴ considère qu' « il ressort ainsi de la jurisprudence récente que le Conseil constitutionnel est plus vigilant s'agissant de la liberté d'aller et venir et de la liberté de communication que s'agissant de la liberté d'entreprendre ou du droit de mener une vie familiale normale. Le contrôle de constitutionnalité est parfois encore plus poussé et devient un contrôle de proportionnalité maximum proche de celui qu'opère le juge administratif sur les mesures de police. Tel est le cas lorsque les mesures législatives contrôlées emportent privation de liberté ».

⁹⁹² Conseil constitutionnel n°2003-467 DC du 13 mars 2003 « *Loi sur la sécurité intérieure* ».

⁹⁹³ Conseil constitutionnel, n°2004-492 DC du 02 mars 2004.

⁹⁹⁴ A. Roblot-Troizier, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C-A. Dubreuil, « *L'ordre public* », *op. cit.*, p. 316.

Il est alors flagrant que le Conseil constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité différent lorsqu'est en jeu la liberté individuelle *stricto sensu*. Ces libertés individuelles se détachent alors du lot constituant des libertés fondamentales de premier rang. Ainsi Favoreu déclare que les droits fondamentaux constituent « un corps homogène et autonome de règles, mais ils font partie d'un système hiérarchisé dans le cadre duquel le rang est constitutif d'une certaine fonction »⁹⁹⁵. Ainsi dans la décision du 06 octobre 2011, le Conseil constitutionnel s'attache à une certaine rigueur en matière de protection des droits en exerçant un contrôle approfondi. Il indique clairement au législateur, comme dans les autres décisions de ce type, en quoi une mesure peut être nécessaire et proportionnelle pouvant alors justifier l'atteinte portée à ladite liberté individuelle⁹⁹⁶.

Si les libertés individuelles sont privilégiées alors les libertés dites économiques sont reléguées au second plan. La liberté contractuelle si chère au patient relève vraisemblablement de cette catégorie qui peut se définir comme étant les libertés qui « tendent, en effet, à préserver, au profit des opérateurs économiques privés, une sphère d'intervention et d'autonomie irréductibles »⁹⁹⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il était parfaitement « *loisible* » pour le législateur d'édicter des règles qui modifieraient des contrats en cours et valablement formés dès lors que ces mesures sont justifiées par « *l'intérêt général* » et qu'elles ne portent pas atteinte de manière « *grave* » à l'économie du contrat⁹⁹⁸.

De ce fait, la liberté pour le patient de pouvoir contracter ou non, de librement décider d'avoir recours aux soins ou non n'est pas en mesure d'apporter les garanties nécessaires afin que son libre consentement puisse être considéré comme un droit constitutionnel de premier rang. Seules les lois qui édictent des règles contraignantes concernant sa liberté individuelle *stricto sensu*, comme la liberté d'aller et venir, font l'objet d'un contrôle de proportionnalité approfondi par le Conseil constitutionnel et peuvent seulement être limitées par des impératifs à valeur constitutionnelle comme peut l'être la préservation de l'ordre public ou par la sauvegarde de l'« intérêt général ».

b) *L'effectivité des règles concernant une « menace sanitaire grave »*

Comme nous l'avons cité préalablement, l'article L. 3131-1 CSP prévoit que les mesures d'« urgence » prises par « le ministre de la santé » doivent donc être « *proportionnées aux risques courus et appropriés aux circonstances de temps et de lieu* ». Ces mesures ne peuvent pas être permanentes et générale si le risque ne l'exige pas. Ces

⁹⁹⁵ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, p. 83.

⁹⁹⁶ Conseil constitutionnel, n°2011-174 QPC du 06 octobre 2011.

⁹⁹⁷ S. Braconnier, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* du 01 mai 2012, n°3, p. 731.

⁹⁹⁸ Conseil constitutionnel, n°2001-451 DC du 27 novembre 2001.

mesures sont, par ailleurs, justifiées par un intérêt à valeur constitutionnelle qu'est la protection « *de la santé publique* ».

Ces mesures contraignantes entraînent une irresponsabilité des praticiens ainsi que des fabricants de produits pharmaceutiques. Ces mesures soulèvent alors l'ampleur d'une telle contrainte médicale justifiée par la préservation de la santé publique. La « réquisition » du personnel médical, ainsi que l'approbation urgente de la mise sur le marché de certains produits peuvent alors se justifier par les risques encourus. Cette irresponsabilité ne trouve sa limite que dans « *l'utilisation* » conforme d'un tel traitement.

La protection de la santé publique sur le plan national et international justifie l'intervention de mesures spéciales permettant d'assurer l'objectif social intégré à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Les droits du patient se trouvent alors amoindris et se justifient par ladite situation. En raison de l'affaiblissement des droits du patient, il est nécessaire que l'ensemble des magistrats et des tribunaux de France soient en mesure de vérifier que les atteintes sont bien nécessaires, proportionnées. Ainsi, qu'il s'agisse du juge administratif ou le juge judiciaire par l'intermédiaire du référé ou le juge des libertés et de la détention ou encore le Conseil constitutionnel, il est indispensable que l'ensemble de ces acteurs soient, à l'instar de l'organisation médicale, concernés par les mesures d'urgence qui peuvent être prises. Il ressort de la législation actuelle, un certain équilibre qui permet au patient d'être généralement autonome, libre de consentir, libre de ne pas subir, en somme de ne pas être contraint. L'exercice de cette contrainte nie inéluctablement les droits constitutionnels du patient que sont l'autonomie de la volonté *lato sensu* dont découle la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté *stricto sensu* mais également une facette de la dignité humaine liée à ce principe de l'autonomie de la volonté entendu au sens large.

Il demeure néanmoins des règles contraignantes permanentes se fondant sur la prévention et la protection de la santé publique qui sont constitutives d'un ordre public sanitaire permanent.

Paragraphe 2 : L'ordre public sanitaire permanent, la prévention et la protection de la santé et l'encadrement des comportements sociaux

Le Code de la santé publique est empreint de règles tendant à « lutter » en faveur de la protection de la santé publique. Ces règles concernent, pour la plupart une « lutte » préventiviste.

L'ordre public sanitaire permanent se traduit par le respect des règles d'hygiène et par la lutte contre les comportements à risque, la prévention étant ici de mise. Il s'agira alors d'envisager les règles encadrant les comportements sociaux nocifs (A) et les règles encadrant les comportements sociaux potentiellement nocifs (B).

A) Les règles d'hygiène et l'encadrement des comportements sociaux nocifs

Le professeur Jean-Michel de Forges considère que l'« hygiène publique est entendue ici comme la politique ayant pour objet de lutter contre les facteurs d'apparition et de propagation des maladies humaines. C'est à peu près ce que l'OMS appelle la « prévention primaire (...) l'hygiène publique se rattache essentiellement au concept de police administrative »⁹⁹⁹.

1) La protection de l'environnement et la prévention de la santé

Nous l'avons vu préalablement, il existe un lien entre la notion de santé et la notion d'environnement. D'ailleurs soulignons l'utilisation de l'expression courante, « vivre dans un environnement sain ». En l'occurrence, le livre troisième du Code de la Santé publique s'intitule « *Protection de la santé et environnement* ».

Ainsi, la protection de l'environnement permet également de protéger la santé de manière préventive. Il s'agit d'un moyen de prévention afin d'éviter que l'état de l'environnement ne devienne pour le genre humain un vecteur de maladie. L'ensemble de ces règles constitue effectivement un pouvoir contraignant pour tous les individus. Ainsi, l'article L. 1311-1 CSP, alinéa premier, dispose que « *Sans préjudice de l'application de législations spéciales et des pouvoirs reconnus aux autorités locales, des décrets en Conseil d'Etat, pris après consultation du Haut Conseil de la santé publique et, le cas échéant, du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels, fixent les règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'homme...* ».

a) L'omniprésence des règles procédant à l'ordre public environnemental

Ces règles contraignantes s'appliquent à des secteurs divers et variés. Ainsi, ledit article précise que ces autorités sont habilitées à intervenir en matière de « *maladies transmissibles* », « *de salubrité des habitations, des agglomérations et de tous les milieux de vie de l'homme* », « *d'alimentation en eau destinée à la consommation humaine* », « *d'exercice d'activités non soumises à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement* », « *d'évacuation, de traitement, d'élimination des eaux usées et des déchets* », « *lutte contre les bruits du voisinage et la pollution atmosphérique d'origine domestique* », la « *préparation, distribution, de transport et de conservation des denrées alimentaires* ».

Pas un domaine du quotidien de l'Homme n'est épargné, qu'il s'agisse de la consommation alimentaire, du travail, de l'organisation et de l'hygiène de vie du foyer, les règles contraignantes ont tendance à survenir à chaque instant du quotidien de l'individu. La sanction pour la méconnaissance de l'ensemble de ces règles est bien

⁹⁹⁹ J.-M. De Forges, « *Le Droit de la santé* », Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 8^{ième} édition, 2012, p. 81.

souvent le paiement d'une amende selon l'article L. 1311-2. Cette omniprésence des règles de contraignante de prévention pour la santé intervient dans tous les « *milieux de vie* »¹⁰⁰⁰.

b) La justification des règles d'ordre public

Il s'agit donc de règles impérative procédant au respect de l'ordre public. Ainsi, l'entrave à la mise en place de mesure tendant à protéger l'environnement en vue de la protection de la santé de l'Homme constitue un délit et est susceptible d'emprisonnement selon l'article L. 1312-2 CSP.

b1) L'intervention de la protection de la santé dans le domaine des « eaux et des aliments »

Tout d'abord, il est nécessaire que l'eau consommée soit potable. Qu'importe la forme de l'offre d'eau, la forme de l'eau proposée, sa destinée, dès lors qu'elle implique une consommation, elle doit nécessairement être potable en raison de l'article L.1321-1 CSP.

Ainsi, afin de protéger la qualité de l'eau le Code de la santé publique a instauré des règles concernant les périmètres proches et éloignés du point de prélèvement de l'eau. L'article L. 1321-2 CSP porte atteinte au droit de propriété en ce qu'il énonce que dans un « *périmètre de protection rapprochée à l'intérieur duquel peuvent être interdits ou réglementés toutes sortes d'installations, travaux, activités, dépôts, ouvrages, aménagements ou occupations des sols de nature à nuire directement ou indirectement à la qualité des eaux* ». Dans « *un périmètre de protection éloignée à l'intérieur duquel peuvent être réglementés les installations, travaux, activités, dépôts, ouvrages, aménagement ou occupation des sols...* ».

Le droit de propriété selon lequel il est loisible de pouvoir user de sa chose est alors compromis, tout comme la liberté d'entreprendre par l'inexploitation éventuellement d'un terrain. Etant des droits économiques, il est néanmoins normal et compréhensible qu'une telle atteinte puisse être entreprise afin de préserver un impératif d'ordre public. Cependant, l'atteinte demeure moindre dans la mesure où les propriétaires de terrains dans les périmètres de protection ont droit à une indemnité selon l'article 1321-3 CSP.

Ces propriétaires, qu'ils soient des personnes publiques ou des personnes privées sont soumis à des obligations afin d'assurer la qualité de l'eau selon l'article L. 1321-4 CSP.

Lorsque ces règles ne sont pas respectées, il existe des sanction administratives et pénales. Les sanctions administratives sont des sanctions pécuniaires ou l'arrêt de la

¹⁰⁰⁰ Article L. 1311-6 CSP « *Un plan national de prévention des risques pour la santé liés à l'environnement est élaboré tous les cinq ans. Ce plan prend notamment en compte les effets sur la santé des agents chimiques, biologiques et physiques présents dans les différents milieux de vie, y compris dans le milieu de travail, ainsi que ceux des événements météorologiques extrêmes* ».

production et de l'exploitation de la réserve d'eau (articles L. 1324-1 A et B CSP). Pour les sanctions pénales, elles concernent principalement le fait « *d'offrir ou de vendre au public de l'eau en vue de l'alimentation humaine, y compris la glace alimentaire, sans s'être assuré que cette eau ou cette glace est propre à la consommation* », « *d'utiliser de l'eau impropre à la consommation pour la préparation et la conservation de toute denrée...* », « *de ne pas se conformer aux dispositions des actes portant déclaration d'utilité publique ou des actes déclaratifs d'utilité publique* » ou de ne pas se conformer « *aux dispositions relatives à l'interdiction et à la réglementation des activités, travaux, dépôts et installations, dans les périmètres de protection...* » selon l'article L. 1324-3 CSP.

En outre, selon l'article 1324-4 CSP « *le fait de dégrader des ouvrages publics destinés à recevoir ou à conduire des eaux d'alimentation ou de laisser introduire des matières susceptibles de nuire à la salubrité, dans l'eau de source, des fontaines, des puits, des citernes, conduites, aqueducs, réservoirs d'eau servant à l'alimentation publique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ». Des peines similaires sont prévues pour « *Le fait d'abandonner, par négligence ou incurie, des cadavres d'animaux, des débris de boucherie, fumier, matières fécales et, en général, des résidus d'animaux putrescibles dans les failles, gouffres, bétouilles ou excavation de toute nature...* ».

b2) La prévention de la santé par la protection de l'environnement et les conditions de logement

Si la protection de la santé implique la protection de l'environnement concernant la protection de l'eau destinée à la consommation humaine, elle nécessite également une vigilance concernant divers domaines.

Notamment, par la protection de la « *Salubrité des immeubles et des agglomérations* ». Pour preuve que la santé est liée à la protection de l'environnement et à la protection de l'ordre public, le législateur n'hésite pas à être explicite concernant ce dernier. Il utilise ainsi la notion de « *salubrité* » constituant l'une des composantes dudit ordre public. Cette protection concerne la collecte des eaux usagées selon l'article L.1331-1 CSP. Lorsque « les immeubles » ne sont pas « raccordés au réseau public de collecte », il incombe aux propriétaires d'installer et d'assurer l'entretien du système de collecte indépendant selon l'article L.1331-1-1 CSP.

En outre, la protection de l'environnement en vue de la protection de la santé concerne également les conditions de logement des personnes et nous permet d'établir un lien entre la protection de la dignité de la personne et la protection de leur santé. Effectivement, l'ordonnance du 23 février 2010¹⁰⁰¹ exige que les locaux mis à la disposition des personnes respectent des exigences conformes au respect de la dignité de cette dernière. Ainsi, l'article L. 1331-22 CSP indique qu'il est impossible de mettre à la disposition d'une personne, en vue d'une habitation, une pièce ne comprenant pas une

¹⁰⁰¹ Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 de « *coordination avec la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* ».

ouverture sur l'extérieur, ou lorsque l'occupation de ces locaux conduit à une surpopulation manifeste selon l'article L. 1331-23 CSP ou, d'une manière générale lorsque « *l'utilisation qui est faite de locaux ou installations présente un danger pour la santé...* » selon l'article L. 1331-24 CSP. Ces dispositions tissent le lien qu'existe entre la protection de la dignité humaine et la protection de la santé des personnes.

Globalement, le préfet peut désigner l'ensemble des biens immobiliers présentant un danger pour la santé des personnes, que ces derniers soient occupés ou non, et rendre un arrêté d'insalubrité qui « *vaut interdiction définitive d'habiter et d'utiliser les locaux et installations qu'il désigne* » selon l'article L. 1331-25, alinéa trois du Code de la Santé publique. Lorsque l'état du bien immobilier fait l'objet d'un arrêté d'insalubrité irrémédiable, il peut alors être démoli selon l'article L. 1331-29, I, alinéa deux dudit Code. La droit de propriété s'efface alors totalement et logiquement face aux considérations tendant à la protection de la santé publique et de la dignité humaine.

La protection de l'environnement en vue de la protection de la santé publique concerne également les « *Piscines et baignades* » aux articles L. 1332-1 CSP et suivants, les activités professionnelles impliquant une exposition aux « *Rayonnement ionisants ou non ionisants* » des articles L. 1333-1 CSP à l'articles L. 1333-21 CSP, ainsi que l'exposition au plomb ou à l'amiante aux articles L. 1334-1 CSP et suivants. L'ensemble des activités professionnelles ou non impliquant un contact avec l'ensemble de ces domaines implique nécessairement une réglementation stricte tendant à la protection de la santé publique. Ainsi, se dégage une forte contrainte concernant l'exploitant et une obligation de sécurité à l'égard des travailleurs ou des usagers impliquant une forte limitation des droits et libertés fondamentaux de ce premier. Cette protection est rappelons le, nécessaire, voire indispensable dans la mesure où la santé du plus grand nombre est exposée. L'ordre public s'impose une nouvelle fois et le législateur a, pour cela, édicté des sanctions pénales pour quiconque ne le respecterait pas.

2) La lutte contre le virus de l'immunodéficience humaine, entre liberté sexuelle et protection de la santé publique

Couramment appelé VIH ou encore SIDA, le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) est le syndrome par lequel l'ensemble des défenses immunitaires s'affaiblit exposant la personne à la contraction de multiples virus dits « opportunistes ». Ce virus a suscité tellement de polémiques et a causé tant de morts, qu'il fait l'objet d'une réglementation spécifique dans le Code de la santé publique. Il déroge également à de nombreux principes préalablement énoncés.

a) L'obligation d'information de l'affection de la personne, une atteinte au droit à l'information et au secret médical

Rappelons-nous, au début de notre propos, nous évoquons le droit à l'information du patient, obligation qui incombe au médecin. Si ce droit à l'information implique nécessairement un droit à la non-information selon l'article L. 1111-2, alinéa quatre du Code de la santé publique¹⁰⁰², ce n'est qu'en cas de l'inexistence de risque de transmission pour les tiers. Ainsi, à la lecture d'un tel article nous pouvons en déduire que les personnes atteintes du VIH ne bénéficient pas d'un tel droit, que leur droit à l'information est limité ou biaisé. Dès lors, le droit pour la personne de ne pas être informée sur son état de santé n'est pas envisageable. Dans un but de protection de la santé publique, de la santé des tiers, les droits des patients sont une nouvelle fois déçus.

Secondement, il est également porté atteinte au consentement de la personne atteinte du VIH en matière de secret médical. En vertu de l'article L. 3113-1 CSP, certaines affections dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat doivent faire l'objet d'une transmission aux autorités sanitaires de la part des « *médecins et les responsables des services et laboratoires de biologie médicale publics et privés* ». Si en principe les données personnelles sont codées et anonymes, « *pour les maladies dont un des modes de transmission est par voie sexuelle* » il est possible d'« *enregistrer et conserver (...) des données à caractère personnel* » selon l'article R.3113-2, alinéa sixième dudit Code. Les personnes atteintes du VIH sont effectivement concernées, cette règle est confirmée par l'article D. 3113-7 CSP.

En ce qui concerne l'information donc, pour la personne atteinte du VIH il ne s'agit plus d'un droit mais d'une obligation. L'information ne concerne pas seulement le malade mais également les autorités de santé et met donc à mal le principe du secret médical. Néanmoins, il est évidemment nécessaire que la personne soit au fait de sa pathologie afin de la responsabiliser et d'éviter toute contamination abusive.

b) Le consentement relatif à la prise de risque en matière de transmission du VIH

A l'heure où le certificat médical pré-nuptial n'est heureusement plus, la relation de couple se base sur une relation de confiance. Il faut dire que les obligations prescrites par les articles 63 et 169 du Code civil avant l'intervention de la loi du 20 décembre 2007 portait alors atteinte au consentement médical mais n'était que d'une utilité relative, la contraction de maladies pouvant se faire postérieurement à la célébration même du mariage.

Ainsi se pose la question de la pénalisation de la contamination volontaire du conjoint, partenaire ou concubin par le VIH lors d'un rapport sexuel non-protégé. Il

¹⁰⁰² Article L.1111-2, alinéa quatre CSP « *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* ».

existe alors un lien entre le consentement à entretenir des relations charnelles et la protection de la santé. Dans un article du Journal *Le Monde* du 04 février 2009 les présidents respectifs des associations « *Act'up* » et « *Sidaction* » après la condamnation, en 2007, d'une femme ayant contaminé son mari du VIH après réticence dolosive. Pour eux, la responsabilité doit être nécessairement partagée. Le professeur Rémi Pellet considère que la position desdites personnes est malheureuse. Il déclare que si nous devons suivre lesdits propos, alors « il conviendrait en conséquence, dans le but de protéger la santé publique, de consacrer le principe selon lequel les membres d'un couple qui choisissent une sexualité non-protégée consentent par avance à être tenus pour « coresponsables » des risques d'infection que l'un des partenaires peut prendre à l'insu de l'autre »¹⁰⁰³. Effectivement, le raisonnement est absurde. Croire qu'il existe un consentement tacite entre les membres du couple sur l'acceptation du risque de contamination est absurde. Ainsi, un arrêt de la Chambre criminelle du 10 janvier 2006 confirma la condamnation d'un individu du chef d'« *administration de substances nuisibles* »¹⁰⁰⁴. Jusqu'ici, la question du consentement n'est pas soulevée, nous y venons. La doctrine, et notamment Mme Beatrice Chapleau, a considéré que la qualification pénale n'était pas satisfaisante à juste titre¹⁰⁰⁵. Epargnons les considérations à l'égard de l'étude de l'infraction retenue et passons directement à l'infraction souhaitable, celle du viol. Ainsi, avoir connaissance de son affection sexuellement transmissible, la taire et la transmettre revient à vicier le consentement du ou de la partenaire qui n'aurait certainement pas consenti à cette pratique en connaissance de cause. En vue de la protection de sa santé, la personne n'aurait pas eu recours au rapport sexuel. Donc, *a contrario*, le fait de porter atteinte à la santé d'autrui en transmettant une affection par voie sexuelle devrait constituer un viol. Si l'article 222-23, alinéa premier du Code pénal dispose que le viol est « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* ». Ce schéma entrerait dans la catégorie des viols par « *surprise* ». La surprise renvoie à la notion de tromperie, de réticence dolosive. Ainsi, le professeur Valérie Malabat considère que cette notion s'analyse dans le fait « de surprendre le consentement de la victime »¹⁰⁰⁶. Le consentement de la victime alors extorqué par la dissimulation de la maladie, il pourrait s'agir d'un viol.

Considérer que la transmission volontaire du VIH par voie sexuelle, lorsque l'individu en a connaissance, constitue une infraction pénale revient donc à privilégier la protection de la santé publique, de la santé des individus contrairement aux considérations évoquées dans l'article de presse précédemment, sur les droits du malade et notamment sur le maintien du secret médical. Il est tout à fait compréhensible que la protection de la santé publique prime le respect de la vie privée, dès lors que la

¹⁰⁰³ R. Pellet, « La protection de la santé et le consentement aux risques sexuels », in « *Consentement et santé* », *op. cit.*, p. 263 et 264.

¹⁰⁰⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle du 10 janvier 2006, n°05-80.787.

¹⁰⁰⁵ B. Chapleau, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *JurisClasseur Pénal*, n°10, Octobre 2006, Etude 18.

¹⁰⁰⁶ V. Malabat, « Droit pénal spécial », Baume-les-Dames, Dalloz, Collection Hypercours, 4^{ième} édition, 2009, p. 155.

menace pour cette première est réelle, dès lors que l'atteinte au droit évoqué est proportionnée et nécessaire.

c) Protection de la santé, consentement et pratiques sadomasochistes

Lorsque nous évoquons la question de la protection de la santé, du consentement et des relations sexuelles, comment ne pas évoquer la pratique du sadomasochisme qui porte atteinte à l'intégrité physique et donc, de manière collatérale, la santé de l'individu. Ainsi comme le regrette le professeur Philippe Malaurie, « L'autonomie personnelle » quand elle a le sexe pour objet et s'applique au sadomasochisme devient ainsi un principe qui l'emporte sur la dignité de la personne humaine »¹⁰⁰⁷.

Pourtant la liberté sexuelle relève évidemment de la vie privée de la personne. Un choix sur un mode de vie qui ne suppose aucun regard et aucune gestion de la part de l'autorité publique. Ainsi, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de Cassation¹⁰⁰⁸, le professeur Jean-Christophe Saint-Pau¹⁰⁰⁹ cite la Chambre sociale qui considère que le licenciement fondé sur l'orientation sexuelle d'un salarié porte atteinte au respect de sa vie privée.

Pour la CEDH, la notion de « relation sexuelle » ne rime pas nécessairement avec celle de « vie privée », notamment en ce qui concerne le sadomasochisme et lorsque les ébats avaient lieu devant un public. Elle déclare effectivement qu'« *Il est donc permis de se demander, vu les circonstances particulières de l'espèce, si les pratiques sexuelles des requérants relèvent entièrement de la notion de « vie privé »* »¹⁰¹⁰. En effet, l'espèce relève qu'un certain nombre de personnes participaient à ces réunions dont les ébats étaient enregistrés et remis aux personnes présentes. La Cour va alors considérer que malgré la présence d'un consentement mutuel, la répression de l'Etat britannique de ce genre de comportements est nécessaire afin de prévenir des « *dommages corporels* » et qu'il importe peu ces agissement soient accomplis « *dans un cadre sexuel ou autre...* ». Enfin, la Cour déclare que « *l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien* ». La Cour s'est donc en premier lieu montrée hostile à de telles pratiques malgré l'expression du consentement de la personne, malgré le principe de l'autonomie individuelle. Ainsi, la protection de la santé prime naturellement le principe d'autonomie de la volonté ou encore, de la vie privée. En se basant sur cette jurisprudence nous aurions donc pu dire que le libre consentement de la personne ne permet pas tout. Effectivement, cette approche restrictive du consentement permettait de considérer que le patient n'est pas en mesure

¹⁰⁰⁷ P. Malaurie, « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », Les Petites Affiches du 01 aout 2006, n°152, p. 6.

¹⁰⁰⁸ Cour de cassation, Chambre sociale du 17 avril 1991, Bull. soc. 1991, V, n°201 ; JCP G 1991, II, 21724.

¹⁰⁰⁹ J.-C. Saint-Pau, « Jouissance des droits civils – Droit au respect de la vie privée – Définition conceptuelle du droit subjectif », JurisClasseur, n°10 du 20 avril 2010.

¹⁰¹⁰ CEDH n°21627/93, 21826/93, 21974/93, du 19 février 1997, « *Affaire Laskey et autres c/ Royaume-Uni* ».

de librement refuser des soins, qu'il n'est pas maître de son intégrité physique ou de sa santé.

Néanmoins, la Cour européenne a opéré, en 2005, un revirement de jurisprudence faisant prévaloir le principe de l'autonomie de la volonté sur le principe du droit à la santé ou encore le principe de la dignité humaine. Elle déclare alors que « *l'ingérence aurait été nécessaire aussi pour la protection des droits et des libertés d'autrui, dès lors qu'à plusieurs reprises la volonté de la victime de mettre fin aux actions n'aurait pas été respectée par les requérants* »¹⁰¹¹. Le principe du respect de l'autonomie de la personne outrepassé donc les principes fondamentaux tels que le respect de la dignité humaine ou la protection de la santé, des principes qui, pourtant fondent l'ordre public nécessaire à la protection de la personne. Philippe Malaurie regrette alors, comme nous-mêmes, la position de la Cour européenne en considérant que « S'il est une institution qui devrait le reconnaître et le faire respecter, c'est la Cour européenne des droits de l'homme : le premier des droits de l'homme est le droit à avoir respecté sa personne et sa dignité ; tous les autres en découlent. Sauf, a-t-elle récemment jugé, lorsqu'il s'agit de la liberté sexuelle, relevant du nouveau droit qu'elle a découvert dans la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à l'« autonomie personnelle » »¹⁰¹².

Il ne s'agit peut être pas du premier des droits de l'Homme mais il s'agit du droit régulateur, du droit omniprésent et de celui qui s'attache à préserver l'intérêt de l'Homme. Qu'il s'agisse du véritable droit subjectif permettant à l'individu de se protéger contre les atteintes extérieures ou du droit régulateur et liberticide permettant de protéger l'individu contre lui-même, la dignité humaine, composante de l'ordre public permet l'expression des « droits-créances ». Ainsi, la liberté ou l'autonomie individuelle, si elles constituent des facultés inhérentes à la personne humaine, ne peuvent contrevenir à la préservation des intérêts de l'individu, dès lors que l'atteinte qui en est faite est proportionnelle et nécessaire au but poursuivi ou au droit protégé.

B) Les règles de luttes préventives contre les comportements sociaux potentiellement nocifs

En outre l'Etat a mis en place des plans afin d'éviter les dérives en matière d'atteinte à la santé. La lutte contre le tabagisme, l'alcoolisme, la toxicomanie ou en faveur de l'alimentation saine constitue un ensemble d'objectifs dont la portée est la protection de la santé publique. Ces campagnes, si elles sont justifiées donnent une importance primordiale à la protection de la santé face à d'autres impératifs. Sont principalement affectées la liberté d'entreprendre, du commerce mais encore la liberté personnelle. Si la lutte contre l'alcoolisme fait preuve d'une législation rigoureuse, il n'en

¹⁰¹¹ CEDH n°42758/98, 45558/99 du 17 février 2005, « *Affaire K.A et A.D. c/ Belgique* ».

¹⁰¹² P. Malaurie, « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

demeure pas moins que la lutte contre le tabagisme est au cœur des préoccupations dans un impératif de sauvegarde de la santé publique constituant un véritable droit créance.

1) La lutte acharnée contre la consommation d'alcool en vue de la protection de la santé

Certains comportements sociaux tels que la consommation d'alcool ou du tabac font l'objet d'une forte réglementation. La protection de la santé s'exprime alors par une restriction des libertés économiques liées à la vente et la production de tels produits. Comme l'a fait en 1991¹⁰¹³ le Conseil constitutionnel, limitant la liberté d'entreprendre sous l'égide du droit à la protection de la santé.

Le Code de la Santé publique organise l'ensemble des règles relatives à la distribution, l'information et la consommation d'alcool. Ainsi, l'article L. 3111-3 CSP impose une information sur la consommation d'alcool, tout comme l'article L. 3323-1 CSP et suivants réglementant la publicité relative les boissons alcooliques, ou encore les articles L. 3331-1 CSP qui installent un cadre concernant la distribution des boissons alcooliques, enfin l'article L. 3341-4 CSP qui oblige aux établissements servant des boissons alcoolisées la nuit de mettre en place des appareils tendant à dépister le taux d'alcoolémie. L'ordre public ne s'arrête pas ici car il implique également des mesures de nature pénale.

Ces règles sont encore plus contraignantes en ce qui concerne la distribution, la vente et la consommation de tabac d'après les articles L. 3511-1 CSP et suivants.

Il existe donc une régulation des libertés économiques, notamment la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce, par l'ordre public sanitaire. Comme nous l'énoncions, le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu en 1991 la « supériorité » du droit à la protection de la santé sur les libertés économiques. Le Conseil rappelle que *« les restrictions apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques ont pour objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes ; que de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle... »*.

Etait-il alors nécessaire d'invoquer la valeur constitutionnelle d'un tel droit afin de limiter la liberté d'entreprendre ? Si une pareille saisine du Conseil constitue effectivement une opportunité pour rappeler la valeur constitutionnelle d'un tel droit, à en croire le professeur Valérie Goesel-Le Bihan¹⁰¹⁴, cette décision n'aurait pas été entachée d'irrégularité si le Conseil constitutionnel avait seulement soulevé un objectif d'intérêt général. La décision du 27 novembre 2001 est beaucoup plus équivoque

¹⁰¹³ Conseil constitutionnel n°90-283 du 8 janvier 1991, « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ».

¹⁰¹⁴ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

concernant la valeur et la portée du droit à la protection de la santé¹⁰¹⁵. Le Conseil évoque pourtant explicitement l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 mais il se refuse d'être autant clair qu'en 1991.

Nous pouvons alors avancer un argument justifiant une telle différence dans l'expression et la justification d'une telle restriction de la liberté d'entreprendre. Nous pouvons considérer que si l'atteinte à la liberté d'entreprendre se justifie dans les deux cas en vue de la protection de la santé, les deux menaces pour la protection de la santé ne sont pas similaires. Alors qu'en 1991 la menace concerne la consommation de produits susceptibles d'engendrer des atteintes directes à la santé de l'homme, en 2001 l'atteinte à la protection de la santé n'est qu'indirecte dans la mesure où elle concerne la protection sociale des agriculteurs non salariés. En ce sens, le Conseil constitutionnel en explicitant la nature constitutionnelle d'un tel droit semble vouloir justifier sa position, alors qu'en 2001 la simple évocation du principe suffit. Deuxièmement, en 1991, la liberté d'entreprendre s'apparentait à une censure de la communication, de l'expression des enseignes de tabac ou de boissons alcoolisées, à la liberté d'expression en somme, une liberté de premier rang faisant partie des libertés individuelles les plus protégées, alors qu'en 2001 la liberté d'entreprendre dans son aspect économique était ciblée. Si nous suivons la logique du professeur Valérie Goesel-Le Bihan à côté de la nôtre, il était alors nécessaire en 1991 que le Conseil constitutionnel justifie l'atteinte à une liberté de premier rang par l'expression d'un droit constitutionnellement garanti, alors qu'en 2001, l'aspect économique de la liberté d'entreprendre pouvait être simplement justifié par l'expression d'un objectif d'intérêt général justifiant un contrôle restreint de la part du Conseil constitutionnel.

2) L'atteinte à la « liberté de fumer » en vue de la protection de la santé publique

En ce qui concerne le tabagisme, la « liberté de fumer » a été considérablement restreinte par une succession de lois, notamment par la loi dite « *Evin* »¹⁰¹⁶. Le tabagisme qui est souvent associé à l'alcoolisme font preuve d'une forte restriction par l'établissement de règles contraignantes permettant de réglementer la consommation desdits produits dangereux pour la santé personnelle mais également pour la santé publique. Alors existait-il « une liberté de fumer » ? Certains auteurs de l'époque nous laisse penser que oui en considérant par exemple que le décret relatif à l'interdiction de fumer dans les vols internes de moins de deux heures n'est cependant pas applicables aux longs courriers, considérant que les « voyageurs seraient privés de leur liberté de fumer pendant une longue période si des places ne leur étaient pas réservées pour l'exercer »¹⁰¹⁷. Le professeur Jean-Simon Cayla ajoute que « la privation de cette liberté pendant moins de deux heures n'est pas une atteinte grave à la liberté et reste supportable pour les fumeurs qui ne sont pas encore au stade de l'intoxication tabagique

¹⁰¹⁵ Conseil constitutionnel, n°2001-451 DC du 27 novembre 2001.

¹⁰¹⁶ Loi n°92-32 du 10 janvier 1991 « relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ».

¹⁰¹⁷ J.-S. Cayla, « Limitations légitimes de la liberté de fumer », RDSS 1994, p. 30.

ou l'accoutumance est devenue assuétude avec dépendance physique et psychique »¹⁰¹⁸. Fumer relève ou relevait à l'époque d'une effective liberté, entendue de manière large, se définissant comme la faculté pour les individus de consommer du tabac par les voies respiratoires.

a) La liberté de fumer et la limitation par le pouvoir législatif et réglementaire

Néanmoins, cette liberté est loin de constituer une liberté fondamentale *stricto sensu* comme peut l'être la liberté religieuse, ou la liberté d'expression, elle fait partie d'un ensemble de facultés de second plan qui permettent à l'individu de disposer de certaines libertés dont la limitation peut valablement émaner d'un simple acte réglementaire. Luc Derepas affirme effectivement que « les deux ordres » peuvent coexister à la restriction d'une liberté¹⁰¹⁹ en invoquant la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 2000¹⁰²⁰. Seulement dans un souci de respect du principe de la hiérarchie des normes, le pouvoir réglementaire ne peut outrepasser les compétences qui lui sont fixées par la loi. A ce titre, la liberté de fumer ne constituant pas non plus une liberté publique, dans le sens où aucun texte de valeur législative ne la prend en compte, le pouvoir réglementaire a toute compétence pour la restreindre au nom de la préservation de l'intérêt général. Cette reconnaissance du pouvoir réglementaire en la matière relève de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a reconnu aux autorités administratives, un pouvoir de police générale pouvant aggraver une mesure émanant de la loi. Ainsi la règle contraignante peut émaner d'une autorité administrative d'Etat¹⁰²¹ ou d'une autorité administrative locale¹⁰²². De nombreuses communes ont déjà adopté des arrêtés interdisant de fumer sur leurs plages. Cette logique de restriction se fonde sur la logique de l'article 4 DDHC. Le but poursuivi étant la protection de la santé publique et éviter le tabagisme passif, cela nous rappelle la logique dudit article selon laquelle notre liberté personnelle se termine là où commence celle des autres.

Par rapport à la loi Veil de 1976¹⁰²³ posant pour principe le droit de fumer mais en y appliquant des dérogations par décret, la loi « *Evin* » renverse la logique et considère désormais que l'interdiction de fumer dans les lieux publics est le principe dont l'aménagement de zones fumeurs constitue l'exception. Nous pouvons donc considérer que le principe de protection de la santé publique, la préservation de l'intérêt général, a permis de renverser le principe. Pour l'auteur¹⁰²⁴, l'interdiction de fumer qui soutient la protection de la santé publique ne constitue qu'une « déclinaison de la notion de salubrité publique » donc de l'ordre public.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

¹⁰¹⁹ L. Derepas, « L'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif », RFDA 2007, p. 770.

¹⁰²⁰ Conseil constitutionnel, n°2000-434 DC du 20 juillet 2000.

¹⁰²¹ Conseil d'Etat du 8 août 1919, « *Labonne* », Rec. Lebon p. 737.

¹⁰²² Conseil d'Etat du 18 avril 1902, « *Commune de Nérès-les-Bains* », Rec. Lebon p. 275.

¹⁰²³ Loi n°76-616 du 9 juillet 1976 « *relative à la lutte contre le tabagisme* »

¹⁰²⁴ L. Derepas, « L'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif », *op. cit.*

b) En droit comparé, la liberté de fumer recule face à la protection de la santé

En Espagne, la loi du 31 décembre 2010¹⁰²⁵ réglemente également la vente, la consommation du tabac dans un but de préservation de la santé publique. La loi tend à interdire la consommation de tabac dans tous les espaces « collectifs » sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre un lieu public ou privé. La loi s'applique également à l'ensemble des transports en communs ou des transports collectifs. La législation espagnole est donc similaire en tout point à la législation française tendant à protéger les personnes non-fumeuses dans les lieux à usage collectifs.

Concernant le droit helvétique, nous avons du mal à discerner s'il révèle un régime plus strict ou s'il est plus libérale. En effet, les points de vue entre les deux législations divergent en certains points. D'une manière générale d'abord, constatons que la loi suisse du 03 octobre 2008¹⁰²⁶ a pour but d'interdire la consommation du tabac dans les lieux publics. Nous constatons valablement d'une part que l'intitulé même de la loi a pour vertu de protéger la santé publique et ne se contente pas de restreindre le « droit de fumer ». D'une manière commune à notre législation, le droit suisse protège l'intérêt général par l'interdiction de consommer du tabac par voie respiratoire dans l'ensemble des lieux publics clos. A ce principe notons premièrement qu'une exception est vivement critiquable. Proposé par l'article 3, la loi autorise les « établissements fumeurs ». Cet article prévoit notamment que les salariés d'un tel établissement doivent être informés et doivent consentir à « travailler dans un établissement fumeur ». Cette disposition reste néanmoins véritablement contestable et ne correspond pas véritablement aux exigences qui découlent d'une telle loi, elle y est même antagonique. Ainsi, malgré l'information et le consentement des salariés qui est recueilli lors de la conclusion du contrat de travail, une telle disposition crée un déséquilibre entre l'état de nécessité dans lequel se trouve le futur salarié et le respect de sa santé. Une personne qui se trouve dans une position économique inconfortable acceptera de travailler dans un tel établissement au risque même de nuire à sa santé.

En outre, il est néanmoins interdit de fumer dans « les établissements d'exécution des peines et des mesures » alors qu'en France une telle chose est tolérée. Ainsi un jugement du 21 décembre 2004, rendu par le Tribunal administratif de Caen a considéré que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être retenue du préjudice subit par un prisonnier par son placement dans une cellule où ses codétenus fumaient. Si le juge administratif reconnaît bien le préjudice et le lien de causalité, il se refuse d'en reconnaître la faute, allant même jusqu'à prétexter, sous-entendre que, si faute il y a, celle-ci ne peut qu'émaner du requérant en déclarant que « M. X avait déjà changé de cellule à sept reprises, compte tenu selon l'administration des relations difficiles

¹⁰²⁵ Loi du 31 décembre 2010, n°42/2010 relative « aux mesures sanitaires face au tabagisme et à la régulation de la vente, de la fourniture, de la consommation et de la publicité du tabac ».

¹⁰²⁶ Loi du 03 octobre 2008, n°818.31 s'intitulant « Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif ».

entretenu par l'intéressé avec les autres détenus ». Alors que la loi « Evin » prévoyait déjà l'interdiction de consommer du tabac dans les lieux publics, cette décision est empreinte d'un véritable « paradoxe » selon le professeur François Fournier qui considère que « l'argumentation du Tribunal administratif de Caen semble donc bien fragile pour écarter la faute des services pénitentiaires. Politique jurisprudentielle et justice ne font pas bon ménage et, à l'évidence, ne pas faire respecter la loi constitue un comportement en lui-même fautif, de nature à entraîner la responsabilité de l'administration »¹⁰²⁷. Cette possibilité semble révolue depuis le 1^{er} février 2007 où une circulaire interministérielle interdit « *de fumer dans tous les locaux relevant de l'administration pénitentiaire* »¹⁰²⁸. Cette interdiction concerne tous les lieux clos et toutes les personnes s'y trouvant. En ce qui concerne les lieux à « *l'air libre* », l'article I.2 de la circulaire prévoit qu'il appartient au « *chef d'établissement* » de régler la consommation de tabac. Ainsi, le milieu carcéral peut être totalement dénué de consommation de tabac dans la mesure où la création de locaux spécialement dédiés est interdite par ladite circulaire. Cette circulaire a-t-elle une véritable portée ? Vraisemblablement, c'est par la négative qu'il nous faudra répondre. A peine le principe établi que l'article I.3.2 prévoit qu'il est possible de fumer dans « *sa cellule* » dès lors que tous les occupants ont déclaré être fumeurs. Si la circulaire prévoit qu'aucune personne ayant déclaré être non-fumeur peut être confinée dans une cellule de personnes fumeuses, la surpopulation carcérale et le manque de place évident dans les prisons françaises débouchent sur le placement d'individus non-fumeurs parmi des cellules de fumeurs.

Une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme semble ouvrir la voie à une évolution en la matière. Elle a effectivement considéré dans une décision du 14 septembre 2010¹⁰²⁹ que le fait pour un détenu de subir un tabagisme passif était contraire à l'article 3 de la Convention, donc contraire au fondement de la dignité humaine dans la Convention. La portée de cette décision, comme le souligne Philippe Mouron¹⁰³⁰, maître de conférence, est conséquente dans la mesure où la Cour se prononce sans prendre en considération l'état de santé de la personne. D'une manière alors préventive, elle considère que le tabagisme passif dont l'exposition résulte d'une surpopulation carcérale, constituant un autre facteur dégradant, constitue par principe une atteinte à la dignité de la personne. L'auteur souligne cependant que ladite décision est empreinte d'« *ambiguïté* » dans la mesure où la Cour écarte la protection de la santé de sa motivation, ce qui laisse présager, pour lui qu'elle se place sur le terrain de la liberté personnelle même si elle ne la cite pas directement¹⁰³¹. Le droit à la protection de la santé et la notion de liberté personnelle peuvent paraître antinomiques ou

¹⁰²⁷ F. Fournier, « Prison et liberté de fumer. Ou comment la loi Evin ne s'applique pas aux services publics pénitentiaires », Recueil Dalloz 2005, p. 2134.

¹⁰²⁸ Circulaire interministérielle DHOS/O2/DAP n°2007-157 du 31 janvier 2007 relative « *aux conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux relevant de l'administration pénitentiaire* ».

¹⁰²⁹ CEDH n°37186/03 du 14 septembre 2010, « *Affaire Florea c/ Roumanie* ».

¹⁰³⁰ P. Mouron, « L'exposition d'un détenu au tabagisme passif : un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », RDSS 2011, p. 86.

¹⁰³¹ *Ibidem*.

antagoniques au regard de nos propos. Nous l'avons vu, si la protection de la santé relève de la protection de l'ordre public et freine, selon les domaines, la liberté personnelle de la personne par l'expression de son consentement, ces deux notions peuvent tout autant protéger les mêmes intérêts et donc se superposer. L'espèce nous montre que pareille situation porte atteinte à la protection de la santé de la personne, c'est ce droit qui justifie l'ensemble de mesures contraignantes, mais également la liberté personnelle et l'expression du consentement qui permet à la personne d'être la seule décisionnaire en ce qui concerne sa santé. Dans cette optique, la Cour sanctionne le défaut de pouvoir librement consentir à être soumis au tabac. C'est pour cela, que la Cour européenne a sanctionné sur le fondement de l'article 3 de la Convention. L'exercice d'une contrainte sur la personne justifiant à elle seule la négligence du principe de l'autonomie de la personne, de la liberté personnelle constitue une atteinte à sa dignité. C'est pour cela, qu'en 2005, le Conseil d'Etat a considéré, pour des faits similaires, que *« contrairement à ce qu'à affirmé le premier juge que « le droit à la santé » soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L.521-2 du code de la justice administrative ; que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui... »*¹⁰³². Le Conseil d'Etat qui rappelle l'importance d'un tel principe de protection de la santé publique prend une décision empreinte de logique. Ce droit constitutionnel qui constitue un « droit-créance » au regard de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et qui fait partie intégrante de l'ordre public sanitaire ne peut être considéré comme « une liberté fondamentale » au sens du référé liberté. Si le juge administratif reconnaît valablement que ce corpus de règles protégeant l'ordre public peut venir affaiblir une liberté plus large qu'est la liberté personnelle, étant elle invocable devant lui, alors il est logique qu'une procédure créée dans le but de protéger une telle liberté se fonde sur cette dernière et non pas sur la mesure contraignante que le juge administratif, jugeant en référé sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de justice administrative, va tenter de limiter. Il est cependant nécessaire d'adopter une approche différente si la procédure se déroule au fond. Effectivement, dans cette optique, les deux arguments sont largement invocables devant le juge administratif, qu'il s'agisse d'une part de la contrainte exercée sur la liberté personnelle du détenu mais également sur l'atteinte réellement subie par son droit à la protection de la santé dans le cadre de l'obligation de moyens dont est tributaire l'Etat à son égard. Au printemps 2014, le Québec, dernière province tolérant la consommation de tabac en prison, a mis en place la législation fédérale interdisant toute consommation de tabac en prison, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'enceinte de l'établissement.

Pour revenir sur la décision du Conseil d'Etat de 2005 précitée, nous considérerons comme le professeur Marie Laudjouis que le droit à la santé ou à la

¹⁰³² Conseil d'Etat, Juge des référés du 08 septembre 2005, n°284803.

protection de la santé ne constitue pas une « liberté fondamentale »¹⁰³³ au sens du Code de justice administrative.

Elle estime effectivement que le Conseil d'Etat a évincé « le droit-créance » tendant à la protection de la santé du « bloc de fundamentalité ». Effectivement, comme nous avons pu le voir préalablement, le juge administratif a établi une liste non exhaustive de l'ensemble des droits et libertés pouvant faire l'objet d'un recours en référé, et donc être considérés comme une « liberté fondamentale ». Elle suppose que ledit droit n'est pas une liberté fondamentale, ce que nous ne renions pas. En revanche, elle doute de la portée d'un tel droit, et de son accomplissement par voie juridictionnelle, ce dernier ne constituant pour l'Etat qu'une obligation de moyen. Il est alors effectivement difficile pour un juge de remettre matériellement la santé à l'individu qui la réclame.

En ce sens, en tant que droit programmatique, le « droit à la protection de la santé » n'a rien d'une liberté, fondamentale ou non. Pour le docteur Laurence Corre¹⁰³⁴, tous les « droits-créances » ne sont pas nécessairement éligibles à la procédure du référé liberté. Elle précise que les « principes de politiques sociales » sont notamment exclus de cette procédure car ils n'ont pas « un caractère exécutoire », ils ne sont pas « suffisamment précis » ou doivent « faire l'objet de mesures de mise en œuvre ». C'est principalement pour cette raison que le Conseil d'Etat refuse de se prononcer sur le fondement de la protection de la santé.

Nous pourrions également avancer, comme argument le fait que les « droits-créances », d'une manière générale, impliquent des règles contraignantes qui sont par nature incompatibles avec la liberté. Nous verrons même que la dignité humaine est un outil d'expression de l'application des « droits-créances », un outil asservissant.

Alors, quel est l'objectif de la jurisprudence « *Florea c/ Roumanie* », déclarant que viole la dignité humaine le fait pour un Etat de tolérer l'exposition contraignante d'une personne au tabagisme passif, si ce n'est dans une optique de protection de la santé de la personne ? Il existe une corrélation entre le « droit-créance » à la protection de la santé et la dignité humaine qui s'exclue naturellement de toute considération libertaire pouvant fonder l'action de l'article L. 521-2 CJA.

En outre, il existe une corrélation évidente entre la dignité humaine et le droit à la santé. Elle s'inscrit dans une dimension plus subjective de la dignité humaine telle que reconnue par la Cour européenne. Nous pouvons alors considérer que dans l'arrêt « *Florea c/ Roumanie* », c'est davantage cette conception qui est retenue. Cette vision s'oppose à celle retenue par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence de 2005 précitée.

Cette décision de la Cour européenne est pourtant démonstratrice de toutes les difficultés d'appréciation qui découlent de cette notion. D'une part, l'abstention étatique face à une telle situation prive la personne de la possibilité de choisir ou de consentir à la façon dont elle entend vivre et préserver alors sa santé. Cette abstention la prive

¹⁰³³ M. Laudijois, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », AJDA 2006, p. 376.

¹⁰³⁴ L. Corre, « Les « droits-créances » et le référé liberté », Revue de Droit administratif, n°2, février 2012, étude 3.

également de sa liberté personnelle, ce qui porte atteinte inéluctablement à sa dignité humaine par l'exercice d'une contrainte. Mais l'abstention étatique face à une telle situation prive également, directement la personne de son droit à la protection de la santé. Elle est contraire à la dimension « droit-créance » d'une telle notion.

Nous pouvons donc conclure que chacune de ces notions s'entre-limitent mutuellement et le principe de dignité humaine est présent pour réguler cette conciliation. Le « droit-créance » de la protection de la santé peut alors valablement être limité par la liberté personnelle et inversement comme le rappelle le juge administratif dans sa décision du 25 août 2002¹⁰³⁵ lorsque l'individu encourt un risque vital. La décision du Conseil d'Etat vient alors confirmer que si le « droit-créance » à la protection de la santé ne peut être invoqué devant lui lorsqu'il statue en référé, le droit subjectif à la santé, le refus de soins peut être une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 CJA qui s'attache aux « droits-libertés ».

Malgré les règles et les décisions qui s'efforcent à reconnaître un droit subjectif à la santé, force est de constater que les règles consacrant et appliquant l'ordre public traditionnel ou sanitaire sont contraignantes pour l'exercice des droits subjectifs des individus. Ces règles tendent à limiter, à surpasser les libertés et les droits protégeant le consentement médical dans une certaine proportion dont il appartient à l'ensemble des juridictions d'en déterminer l'ampleur. Seulement, nous pouvons valablement constater que nous n'avons pas d'un côté les droits en faveur de la liberté médicale et de l'autre les règles en faveur du « devoir médical ». Cette séparation n'est pas aussi abrupte qu'elle n'y paraît dans la mesure où l'ensemble de ces règles coexistent et tendent vers la même optique, la protection de la personne, de sa santé, de sa vie et de sa dignité. Ces règles reposent donc sur une harmonie, un équilibre sur lequel doit veiller l'ensemble des autorités publiques, qu'il s'agisse du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou encore du pouvoir judiciaire. Cet équilibre n'est cependant pas figé mais il est évolutif en fonction des règles qui le composent. Nous avons ainsi établi que la notion d'ordre public est évolutive et ne peut demeurer figée, c'est au regard de l'évolution de la science, de la technique et du l'accroissement du pouvoir de l'Homme sur son espèce qu'il est alors nécessaire d'intervenir. L'absolutisme des libertés est tout autant liberticide qu'un abus d'ordre public et le droit de la santé n'échappe pas à la règle malgré une prédominance des « droits-créance » sur les « droits-liberté » en la matière.

¹⁰³⁵ Tribunal administratif de Lille, Juge des référés du 25 août 2002, n°02-3138.

CHAPITRE SECOND – LE « DROIT-CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ OBSTACLE AUTONOME AU DEVELOPPEMENT DU CONSENTEMENT DU PATIENT

La définition la plus simple et la plus générale des « droits-créances », pour commencer notre propos, sera celle de Favoreu¹⁰³⁶. Citant Jellinek, l'auteur rappelle que « les droits-créances sont des « droits de statut positif », en ce sens qu'ils appellent une action positive de l'Etat, par opposition aux « droits de statut négatif », à savoir les droits-libertés qui impliquent l'abstention de l'Etat et garantissent la protection d'une « sphère de liberté individuelle ». Le « droit-créance » implique donc une mise en place d'une prestation dont l'Etat est tributaire à l'égard des citoyens. Comme nous l'avons préalablement évoqué, la santé ou du moins sa protection constitue un « droit-créance » comme le souligne les auteurs¹⁰³⁷. De ce fait, le docteur Laurence Corre considère que le droit issu de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 constitue un « droit-créance » particulier, un « principe de politiques sociales »¹⁰³⁸.

Pour d'autres auteurs, les « droits-créances » constituent « la prétention légitime à obtenir (de la collectivité) les interventions requises pour que soit possible l'exercice d'une liberté »¹⁰³⁹. Cette définition fait office de principe mais semble subir des dérogations. Pour développer cette idée, le « droit-créance » consisterait en la fourniture d'un droit, dont la manifestation serait nécessairement mise en place de manière positive par l'Etat, et dont le bénéfice induirait une possibilité pour la personne d'y recourir. En matière de santé, l'Etat met effectivement en place une offre de santé à laquelle il est potentiellement loisible pour les individus, à travers la manifestation d'un consentement, d'y recourir sous peine de les priver de leur liberté personnelle. Néanmoins, en fonction des situations, le recours à l'offre de soins perd son caractère facultatif pour revêtir un caractère plus contraignant. Il en est ainsi lors des situations d'urgence, lorsque la santé de l'individu est mise à mal, lorsque son état risque de porter atteinte à la liberté des tiers ou encore pour prévenir certaines affections graves par l'administration de vaccins. Il s'avère donc que si la définition donnée par Burdeau n'est pas erronée elle n'en demeure pas moins soumise à des exceptions faisant des « droits-créances », des droits contraignants. Laurence Gay semble bien plus claire à ce sujet définissant le « droit-créance » comme « un pouvoir d'exiger quelque chose ; il correspond à une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive... »¹⁰⁴⁰. Ce caractère « obligationnel » implique une nécessaire contrainte. S'il s'avère que la contrainte première incombe à l'Etat, à la collectivité afin

¹⁰³⁶ L. Favoreu « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, p. 350.

¹⁰³⁷ Dans sa thèse préalablement évoquée, Laurence Gay considère effectivement le droit à la protection de la santé issu de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 comme étant un « droit-créance ».

¹⁰³⁸ L. Corre, « Les « droits-créances » et le référé-liberté », *op. cit.*

¹⁰³⁹ G. Burdeau, « *Les libertés publiques* », LGDJ, 1961, p. 21.

¹⁰⁴⁰ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », *op. cit.* p. 9.

de n'être, en principe, une liberté pour les citoyens, l'obligation pèse également sur les individus parfois contraints de recourir à l'action positive de l'Etat.

Ainsi, le droit à la protection de la santé mais, d'une manière générale les « droits-créances » sont contraignants pour l'individu, l'usager qui se trouvent souvent contraint d'y recourir. Si les individus sont obligés de recourir aux soins, ils sont alors, *de facto*, dépourvus de tout consentement aux soins. Nous pouvons supposer, de manière convenable, qu'une législation relative à l'obligation vaccinale raille toute conception subjective du droit à la santé. Dès lors, le « droit-créance » à la protection de la santé ne se suffit-il pas pour bafouer tout consentement aux soins ? La protection de la santé publique n'est-elle pas dominante du droit individuel à la santé ? Cette confrontation entre recours aux soins et droit au consentement aux soins semble perdue d'avance (SECTION II). Au préalable, il nous faudra revenir sur cette notion de « droit-créance » (SECTION I) qui permet, aujourd'hui, de nier toute notion de consentement aux soins.

SECTION I - LE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DES « DROITS-CRÉANCES », OBSTACLES AUTONOMES AU DÉVELOPPEMENT DU CONSENTEMENT DU PATIENT

A côté des « droits-créances » existent les libertés qui d'une manière générale, et par nature, instaurent en faveur des individus des facultés d'agir selon leur conscience ainsi que les droits qui, eux, représentent des valeurs inhérentes à la personne humaine impliquant une abstention de l'Etat. Ce triptyque fondamental proposé par le professeur Alexy¹⁰⁴¹ semble effectivement empreint de logique si l'on s'attache aux différents régimes des droits fondamentaux. Notons cependant que tant la liberté que les droits, hormis les « droits-créances », sont regroupés au sein d'une seule et même catégorie, celle des droits subjectifs et que cet ensemble de normes supérieures interagissent entre elles. Si nous étudions l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle nous constaterons que dans la majeure partie des cas les « droits-créances » primeront les droits subjectifs en cas de collision de droits. Qu'est-ce que cela signifie concernant les individus ? Si dans les décisions constitutionnelles, donc automatiquement dans la loi, les « droits-créances » contraignent les droits subjectifs, cela signifie que les libertés, au sens large, ainsi que les droits, dans leur conception subjective, des individus sont restreints. L'autodétermination des individus sur laquelle se fonde le consentement aux soins, par exemple, est considérablement amoindri par l'expansion des droits sociaux. Il s'agira alors, dans un premier temps de déterminer le sens de cette notion contraignante pour les libertés des individus (Paragraphe 1) avant d'affirmer que cette contrainte est souvent justifiée par le droit régulateur, la dignité humaine (Paragraphe 2).

¹⁰⁴¹ R. Alexy, « Teoria de los derechos fundamentales », Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997, p.189.

Paragraphe 1 : Les « droits-créances », l'émergence d'un régime contraignant

Laurence Gay, dans son ouvrage qui peut être considéré comme la « Bible » des « droits-créances » ne remet pas en cause cette affirmation et, dès le départ, considère que la notion peut être « antinomique » avec ce qu'elle appelle d'une manière générale « la liberté » et qui recouvre en réalité les deux autres catégories de droits fondamentaux préalablement évoquées. Ainsi, elle considère que « Les droits-créances vont dans un premier temps être confrontés à l'affirmation du libéralisme »¹⁰⁴². L'évolution temporelle démontrera naturellement le développement de cette notion qui acquiert aujourd'hui une nature « contraignante », cette nature recouvrant alors toutes les acceptions. Il s'agira donc pour nous d'appréhender le développement des « droits-créances » à travers le temps et l'espace (A) avant d'accréditer la thèse selon laquelle lesdits droits sont contraignants pour les droits subjectifs (B) et donc pour le consentement aux soins.

A) De la genèse au développement des « droits-créances » l'étude spatio-temporelle de la notion

Si les droits fondamentaux sont apparus à l'Antiquité, les « droits-créances » eux sont apparus bien plus récemment et ont fait l'objet d'une évolution au gré des considérations étatiques en matière de politiques sociales. Les « droits-créances », s'ils sont contraignants pour le développement des droits subjectifs et donc pour l'individu, cela n'a pas toujours été le cas (1). Nous considérerons alors que les « droits-créances » sont devenus contraignants, à partir de l'instant où les fonctions de l'Etat se sont développées (2).

1) L'apparition des « droits-créances », les considérations post révolutionnaires

C'est dans la période post révolutionnaire de la Constituante que sont apparus les premiers droits considérés comme des créances de l'Etat et notamment dans la Constitution de 1791 et celle de 1794.

La première d'entre elle disposait qu' « *Il sera créé et organisé un établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer* » et ajoute également qu' « *Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume...* ».

¹⁰⁴² L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », op. cit. p. 35.

a) *Bref retour historique jusqu'à l'avènement en 1791 et 1793*

Deux obligations à la charge de l'Etat furent créées en se fondant sur un souci de protection, d'amélioration de la qualité de vie. Les « *Secours publics* » ainsi que « *L'instruction publique* » sont ainsi consacrés et impliquent bien évidemment un rôle actif de l'Etat, débiteur de ladite obligation. Ce sont les deux premiers « droits-créances » pleinement consacrés en France. Ainsi qualifiés de « droits sociaux », se confirme alors l'idée que l'Etat doit nécessairement jouer un rôle dans la protection des indigents et des plus démunis. Un rôle qu'il s'est alors, peu à peu, accaparé au détriment de l'Eglise. Fondé sur les dogmes chrétiens, l'Eglise disposait d'une exclusivité en la matière. Nombre de paroisses allouaient une place importante au traitement des personnes les plus défavorisées, qu'il s'agisse des personnes malades, des infirmes, enfants, vieillards ou indigents.

Puis, la royauté pris le pas sur l'Eglise en créant des structures propres et sous son contrôle comme les hôpitaux, ou encore les « bureaux des pauvres chargé de délivrer des secours et de chasser les vagabonds étrangers à la localité »¹⁰⁴³. Qu'il s'agisse de l'Eglise de l'époque, ou le pouvoir royal, nous voyons donc que seul un pouvoir central et puissant peut gérer les inégalités sociales et contrevenir à la misère, chose qui a servi de fondement à l'établissement des principes inscrits dans la Constitution de 1791, repris dans celle de 1793. En ce qui concerne les régimes ultérieurs, le professeur Michel Borgetto considère qu'ils « marquent un retour aux principes de l'Ancien régime. La charité privée occupe une place éminente » et qu'il faudra attendre la « fin du XIXe siècle » pour que la France considère que « l'assistance publique devait être rendue obligatoire par la loi en faveur des indigents qui se trouvent, temporairement ou définitivement, dans l'impossibilité physique de pourvoir aux nécessités de l'existence »¹⁰⁴⁴.

b) *La riche contenance et le pauvre contenu du droit aux « Secours publics » et à « L'instruction publique »*

Le duc de la Rochefoucauld-Liancourt considérait que l'avènement de ces dogmes trouvait son fondement sur « le principe selon lequel « tout homme a le droit à sa subsistance » »¹⁰⁴⁵. Ce principe de « *Secours publics* » a vocation à pallier des inégalités sociales, se soucier des personnes qui, de par leur invalidité, ne peuvent trouver un travail ou à fournir un travail à ceux qui en sont démunis.

Laurence Gay considère d'ailleurs que dans un souci d'égalité qui peut alors naître de la relation d'assistance même, il est nécessaire que cette dernière soit effectuée

¹⁰⁴³ M. Borgetto, « Aide et action sociales. – Définitions. Principes. Orientation », *Jurisclasseur Administratif* du 30 juin 2014, Fascicule 218-10.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁵ Plan de travail du Comité pour l'extinction de la mendicité, présenté à l'Assemblée nationale par M. le duc de la Rochefoucauld-Liancourt le 06 juin 1790, A. P., 1^{ère} série, tome 16, p.126.

par le pouvoir étatique¹⁰⁴⁶. Ainsi, comme elle le souligne, se fondant sur le principe d'égalité même nous pouvons aisément déterminer la situation dans laquelle va se retrouver la personne. Un sentiment de dépendance et de soumission vis-à-vis de la personne qui contribuera à ses besoins. Elle pointe donc du doigt une situation dans laquelle la dignité de la personne même est atteinte et où l'égalité est rompue, démontrant explicitement la différence qu'il peut exister entre la personne qui donne et celle qui reçoit mais également entre les différents bénéficiaires de l'aide qui est alors aléatoire et protéiforme.

En revanche, comme l'annonce l'auteur¹⁰⁴⁷, il s'agit bien des prémices des « droits-créances » comme « droits de l'homme », l'Etat étant alors débiteur d'une obligation de « *Secours publics* » à l'égard des populations concernées.

Si le principe est, à l'époque, empreint d'optimisme, il n'en demeure pas moins que la réelle applicabilité du droit laisse à désirer. Pouvant être qualifié comme un « droit programmatique », le professeur François Saint-Bonnet considère que « les difficultés sociales ne font l'objet d'aucune intervention, ne serait-ce législative, dans la première moitié du XIXe siècle. La première loi sociale française est celle du 22 mars 1841 qui interdit le travail des enfants de moins de huit ans, en limite la durée journalière à huit heures jusqu'à douze ans et à douze heures jusqu'à seize ans »¹⁰⁴⁸.

Concernant le deuxième exemple, plus éloigné de notre propos mais néanmoins intéressant pour démontrer notre thèse, l'« *Instruction publique* » l'auteur souligne le manque d'implication des autorités de l'époque à son égard. Cette dernière qui avait donc pour but de garantir l'accès de tous à l'enseignement s'avérera un échec. Il déclare que « Compte tenu de cet échec, l'instruction et l'enseignement sont laissés à l'initiative libre des citoyens. Cette liberté de l'enseignement, supprimée sous l'Empire et sous la Restauration, renaît dans un texte constitutionnel, l'article 69 de la Charte de 1830 qui laisse sa mise en œuvre aux bons soins du législateur qui s'y emploie par la loi Guizot du 28 juin 1833 relative à l'instruction primaire qui reconnaît la dualité du public et du privé en matière d'enseignement... »¹⁰⁴⁹.

A l'époque, le caractère contraignant des « droits-créances » est donc nul. Si les Constitutions successives de l'époque sont attachées à l'émergence d'idéaux sociaux suite à la Révolution, les régimes semblent avoir du mal à développer ces principes qui de ce fait sont inopérants. Nous constatons alors que le caractère contraignant de la mise en pratique des droits sociaux ou des « droits-créances » se traduit par une activité législative. La Constitution instaurant des valeurs et des principes généraux, il appartient au législateur d'en déterminer le régime afin que ces derniers deviennent opérationnels et contraignants. Pourtant ces principes généraux malgré l'absence d'une

¹⁰⁴⁶ L. Gay, « *Les droits-créances constitutionnels* », op. cit., p. 39.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁴⁸ F. Saint-Bonnet, « Histoire des libertés publiques », Jurisclasseur Libertés du 10 juillet 2007, Fascicule 10.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

application concrète sont pour la doctrine de véritables droits fondamentaux. Le professeur Michel Borgetto¹⁰⁵⁰ considère effectivement que l'article 122¹⁰⁵¹ de la Constitution de 1793 fait paraître le caractère fondamental desdits droits, le constituant de l'époque n'hésitant pas à les juxtaposer à d'autres valeurs sacrés. Mélangés à des droits défensifs, il n'en demeure pas moins que la tournure de phrase laisse valablement penser qu'il s'agit d'une obligation à l'égard de l'Etat en faveur des citoyens.

2) Le développement des droits fondamentaux et l'omniprésence étatique

Nous constatons donc que les « droits-créances », s'ils recouvrent une valeur constitutionnelle, ils ne peuvent être « contraignants » pour les individus et leurs droits qu'à l'instant où le législateur se décide de les rendre effectifs. Pour Robert Castel¹⁰⁵², sociologue, l'échec de la mise en place des droits au secours et à l'instruction repose sur le libéralisme accru de l'époque révolutionnaire. Il considère effectivement que « l'Etat dispensateur de secours n'intervient pas comme tel dans la dynamique économique ». L'ultralibéralisme de l'époque coïncide donc avec la configuration de l'Etat gendarme, ne se cantonnant qu'aux fonctions régaliennes. Le développement des droits fondamentaux et notamment des « droits-créances » coïncide alors avec le développement de l'Etat providence et son intervention dans le domaine économique et social.

D'une manière générale, « les droits-créances » ont suivi le développement des droits fondamentaux qui, en France, ont connu une affirmation tardive. Ainsi le professeur Etienne Picard considère que « jusqu'à la décennie 1970, on ne se référait guère, en France, à la notion des « droits fondamentaux, qui pourtant existaient déjà ailleurs. Et aujourd'hui, face à son « émergence dans ce pays, la doctrine paraît avoir adopté quatre sorte d'attitudes, qui n'énoncent pas toutes leurs raisons : l'enthousiasme, l'inquiétude, la sérénité ou le silence »¹⁰⁵³. L'auteur considère alors qu'en Europe, l'apparition des droits fondamentaux et donc des droits-créances ne s'est pas produite de manière uniforme. Pour reprendre la théorie du professeur Picard, il est donc nécessaire d'envisager la notion de « droit-créance » à travers les diverses Constitutions européennes (a), afin de pouvoir déterminer les différences qu'elles peuvent soulever avec la nôtre (b).

¹⁰⁵⁰ M. Borgetto, « *La notion de fraternité en droit public français* », Édition L.G.D.J, Collection « Thèses », 1993, p. 179.

¹⁰⁵¹ Article 122 de la Constitution du 24 juin 1793 « *La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'homme* ».

¹⁰⁵² R. Castel, « Droit au secours et/ou libre accès au travail. Les travaux du comité pour l'extinction de la mendicité de l'Assemblée constituante », in « *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil* » de I. Théry et C. Biet, Imprimerie Nationale, Centre Georges Pompidou, p. 486.

¹⁰⁵³ E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA 1998, p. 6.

a) *Le développement des « droits-créances » en droit comparé*

Comme le souligne Favoreu, nous pouvons trouver une première trace des droits-créances dans la Constitution soviétique de 1918 alors qu'en France ils n'ont été pleinement consacrés qu'en 1946¹⁰⁵⁴. Même si les Constitutions de 1791 et 1793 prévoyaient clairement des « droits-créances » leur non-applicabilité respective conclue à un manquement évident d'effectivité et contrainte desdits droits.

D'une manière générale, comme l'indique Favoreu¹⁰⁵⁵, les anciennes Constitutions « ignorent les droits-créances ». Il cite l'exemple de celle des Etats-Unis, du Japon, de la Norvège, de la Belgique ou de l'Autriche. La volonté du constituant français semble alors précoce lorsqu'à l'issue de la Révolution il proclame le « Droit au Secours » et le « Droit à l'Instruction ». Dommage que leur effectivité n'ait pas ensuite été poursuivie, la France aurait alors fait figure de précurseur en la matière.

a1) *La Loi fondamentale allemande et le mutisme des « droits-créances »*

Si l'auteur considère qu'aucun droit-créance ne découle de la Loi fondamentale allemande¹⁰⁵⁶, nous pouvons cependant nuancer quelque peu ses propos. L'article 6, paragraphe 4 dispose en effet que « *Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté* » ou encore, de manière moins explicite, l'article 7, paragraphe 1 qui prévoit que « *L'ensemble de l'enseignement est placé sous le contrôle de l'Etat* ». Si la Constitution reconnaît l'enseignement privé, il n'en demeure pas moins que le « *contrôle* » constitue une obligation positive qui incombe à l'Etat et qui peut donc être considéré comme un « droit-créance ». Nous pouvons donc constater que la Constitution allemande est pauvre en matière de « droits-créances », ceux qui y sont constatés sont similaires à ceux prévus par la Constituante en France.

L'ensemble des autres normes concernent donc soit des droits subjectifs, soit des libertés. Néanmoins, en tant qu'Etat « *social* », la République fédérale allemande admet la mise en place de divers « droits-créances » qui n'auront alors pas un statut de droit constitutionnel explicite. Il reviendra alors au législateur ainsi qu'à la Cour fédérale de dégager toutes les conséquences possibles de ce statut issu de l'article 20 de la Loi fondamentale. Pour le professeur Michel Fromont, la Cour constitutionnelle allemande constitue un quasi « quatrième pouvoir ». Il considère que « la jurisprudence constitutionnelle allemande a fourni les matériaux pour la construction d'une théorie générale des droits fondamentaux : ceux-ci imposent à l'Etat non seulement des limites à son action (effets négatifs), mais encore des devoirs de protection, parfois même des obligations de fournir une prestation (effet positif) et ils créent un système de valeurs

¹⁰⁵⁴ L. Favoreu, « *Droits des libertés fondamentales* », op. cit., p. 350.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 351.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, p. 352.

que le juge doit faire respecter par les particuliers (effet de rayonnement) »¹⁰⁵⁷. Ainsi, nul besoin que la Constitution allemande prévoie un catalogue de droits-créances dans la mesure où la Cour constitutionnelle, peut en dégager et les imposer même à l'Etat. Cette Constitution présente donc l'avantage, en comparaison avec la Constitution française de ne prévoir que peu de « droits-créances ». Ainsi, le législateur allemand aura moins tendance à contraindre les droits subjectifs des individus par l'instauration de « prestations matérielles » qui les acculent. Le fait de ne pas y retrouver une obligation de protection de la santé publique peut laisser une place majeure au libre développement et à l'autodétermination du patient. Ainsi, ce dernier pourra plus facilement consentir aux soins. Les sénateurs, dans leur étude de législation comparée admettent qu'en Allemagne, « *Le fait pour un médecin de ne pas prodiguer des soins, même nécessaires au maintien en vie, n'est pas punissable lorsque le traitement contreviendrait à la volonté du patient et que ce dernier se trouve en phase terminale (...)* Ce principe s'applique quelle que soit la nature des soins : il permet non seulement de refuser le transfert dans une unité de soins intensifs, le traitement d'une nouvelle complication ou une transfusion sanguine... »¹⁰⁵⁸. Cette règle semble effectivement plus libérale qu'en France où la jurisprudence, notamment du Conseil d'Etat, considère comme nous l'avons vu que le médecin peut passer outre la volonté du patient ayant exprimé un refus de soins lorsque ce dernier mettrait en péril la santé ou la vie de l'individu.

a2) L'important catalogue des « droits-créances » dans les différentes constitutions européennes

A l'inverse de l'Allemagne, d'autres Etats ont prévu un catalogue plus ou moins étoffé de « droits-créances ». Intégrés dans les Titres II et III de la Constitution italienne respectivement relatifs aux « *Rapports éthiques et sociaux* » et aux « *Rapports économiques* » les articles dudit texte énoncent un certain nombre de « droits-créances ». Il incombe à la « République » italienne « *d'aider* » financièrement « *la formation de la famille* » et « *l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte* ». L'article 31 ajoute qu'il incombe à l'Etat de « *protéger la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but* ». L'article 32 énonce que le droit de la santé constitue également un « droit-créance », tout comme la « création des écoles publiques » et donc la reconnaissance du droit à l'Instruction par l'article 33 et 34. En ce qui concerne « *Les Rapports économiques* » et les articles qui en découlent, l'article 35 prévoit un droit à la formation et à la protection du travail, un droit « *à une rétribution proportionnée* » selon l'article 36, la protection du travail des mineurs selon l'article 37, tout comme le droit à l'« *assistance* » et à la formation pour toute personne dans l'incapacité de travailler ou handicapé, de l'article 47 se dégage un véritable droit de protection incombant à la « République » concernant « *l'épargne* » ou la régulation de

¹⁰⁵⁷ M. Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°15 (Dossier : Allemagne), Janvier 2004.

¹⁰⁵⁸ « Les droits du malade en fin de vie », Les Documents de Travail du Sénat, Série Législation comparée, novembre 2004, p. 13.

l' « *exercice du crédit* ». Si nous pouvons alors nous poser la question de la portée de tels « droits-créances », si nous pouvons craindre que la simple valeur morale de certains droits proclamés et de leur caractère programmatique, Alessandro Pizzorusso nous a rappelé qu'une décision de la Cour constitutionnelle où elle affirme « le caractère de norme juridique de toutes les dispositions constitutionnelles, y compris celles dite programmatiques, et, par conséquent, leur aptitude à déterminer au moins l'inconstitutionnalité éventuelle des normes législatives ordinaires qui leur seraient incompatibles »¹⁰⁵⁹. Ainsi, si les « droits-créances » proclamés ne revêtent pas une applicabilité certaine à l'instar de la situation constatée en 1791 ou 1793 en France, les lois qui contreviendraient aux principes dégagés pourraient en revanche être considérées comme inconstitutionnelles et donc permettraient de procurer aux principes évoqués une contrainte relative en fonction des « droits-créances ». Ainsi, seuls les droits développés par le législateur s'avèreraient contraignants pour la personne. Concernant le droit à la protection de la santé, nous traiterons plus tard de cette problématique dans la mesure où la Constitution italienne reconnaît ses deux facettes. Nous pouvons donc considérer que si le droit à la santé n'était pas développé, comme peuvent l'être certains droits en Italie, il serait bien moins contraignant. Il ne servirait que de valeur « morale » et n'aurait aucune autorité sur les droits subjectifs de la personne.

Concernant la Constitution espagnole, elle fait preuve d'une singularité rappelée par Favoreu¹⁰⁶⁰, si elle établit un riche catalogue de « droits-créances », elle n'hésite pas non plus à déterminer les actions nécessaires incombant à l'Etat afin de parvenir au résultat invoqué. Dans son chapitre troisième concernant « *Des principes directeurs de la politiques sociales et économiques* », la Constitution espagnole assure la « *Protection de la famille et des enfants* » en garantissant notamment « *la protection sociale, économique et juridique de la famille* » (article 39, §1) ou la « *protection intégrale des enfants* » (article 39, §2). De manière non exhaustive nous pourrions citer le droit à la redistribution, à la formation professionnelle (article 40), à la sécurité sociale (article 41), la protection de la santé (article 43), l'accès à culture (article 44), le droit au logement (article 47), la défense des consommateurs (article 51). La Constitution espagnole est donc largement fournie en matière de droits-créances.

Malgré cet armement constitutionnel, les « droits-créances » espagnols ne bénéficient pas d'une protection « juridictionnel » comme ce peut être le cas en France ou en Allemagne. Le professeur Pierre Bon considère à juste titre qu' « un certain nombre d'autres droits qui, pour l'essentiel, sont des droits économiques et sociaux, c'est-à-dire droits de la troisième génération, ne peuvent donner lieu à un recours d'*amparo* : droit au travail, liberté d'entreprendre, droit à la protection de la santé, droit à la culture, droit de jouir d'un environnement approprié, droit au logement, droits spécifiques à la jeunesse, au troisième âge, aux handicapés et consommateurs... Cette exclusion se comprend aisément : dans la plupart des cas, les droits non susceptibles de

¹⁰⁵⁹ A. Pizzorusso, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°6 (Dossier : Italie), Janvier 2009.

¹⁰⁶⁰ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, p. 353.

recours d'*amparo* sont plus des objectifs de la politique économique et sociale que des droits subjectifs susceptibles de donner naissance à des obligations dont la méconnaissance serait susceptible d'être sanctionnée par le juge... »¹⁰⁶¹.

En France, les « droits-créances, et notamment celui relatif à la protection de la santé, ne peuvent faire l'objet de certains recours juridictionnels. C'est le cas notamment, comme nous l'avons vu, concernant l'article L. 521-2 CJA qui ne considère pas, à juste titre, lesdits droits comme des « *libertés fondamentales* ». Un « droit-créance » pourrait-il faire pour autant l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ? Nous verrons que le droit à la protection de la santé peut constituer la raison d'une QPC, en raison de son caractère contraignant pour les droits subjectifs, comme dans la décision du 20 mars 2015¹⁰⁶², nous pouvons en revanche nous poser la question de savoir si les « droits-créances » peuvent fonder un recours devant le juge constitutionnel en raison de cette procédure ? L'article 61-1 dispose que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi au Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». *A priori*, cela semble donc difficile dans la mesure où le constituant parle de « *droits et libertés* ». Faut-il alors associer ces deux notions et ainsi dégager le principe selon lequel « seuls les droits subjectifs peuvent faire l'objet d'une QPC » ? Selon le Valérie Bernaud¹⁰⁶³, maître de conférence, s'il n'est pas impossible d'invoquer une disposition constitutionnelle impliquant une prestation exigible en vertu de certaines jurisprudences¹⁰⁶⁴, cela semble néanmoins délicat. Pourtant, un tel fondement paraît acceptable en cas, par exemple, d'« *incompétence négative du législateur* »¹⁰⁶⁵, lorsque le législateur ne garantirait pas suffisamment l'accès aux soins. Ainsi, nous considérons que contrairement à l'Espagne où le recours d'*amparo* est fermé aux droits-créances, la position française permet d'en assurer leur effectivité et de les rendre, *a priori*, encore plus contraignants.

En conséquence, les droits-créances, pour être effectifs, doivent faire l'objet d'un développement, d'une explicitation du législateur pour devenir effectifs et contraignants. Ils sont vraisemblablement incompatibles avec certains recours juridictionnels comme le prévoit le recours d'*amparo* en Espagne, ou encore le Conseil d'Etat qui, comme nous l'avons vu, les exclue de la procédure du référé-liberté¹⁰⁶⁶. Sont-ils pour autant exclus de toute juridisation ? Valablement non, le premier exemple revient à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui a, elle,

¹⁰⁶¹ P. Bon, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°2, Mai 1997.

¹⁰⁶² Conseil constitutionnel, n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, « *Obligation de vaccination* ».

¹⁰⁶³ V. Bernaud, « Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les « décisions QPC » ? », Droit social 2011, p. 1011.

¹⁰⁶⁴ Conseil constitutionnel, n°2010-98 QPC du 04 février 2011, « *Mise à la retraite d'office* ».

¹⁰⁶⁵ Conseil constitutionnel, n°2010-8 QPC du 18 juin 2010, « *Faute inexcusable de l'employeur* ».

¹⁰⁶⁶ Conseil d'Etat, Juge des référés du 08 septembre 2005, n°284803.

développer une telle notion ou encore par le Conseil constitutionnel a, à plusieurs reprises, concilier les droits fondamentaux avec, par exemple, le droit à la protection de la santé découlant de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ou encore des procédures au fond d'une personne se retrouvant privée d'une telle protection. L'exclusion se ressent en réalité dans les procédures « libertaires » comme peuvent l'être le recours d'*amparo* ou encore le référé-liberté en droit administratif français qui ont plus vocation à protéger les libertés *stricto sensu* ou les droits subjectifs de l'individu que les droits-créances qui peuvent se révéler « liberticides » et doivent donc être incompatibles avec de tels recours.

a3) La force contraignante des « droits-créances » en droit comparé, l'exemple espagnol

Les « droits-créances » à l'étranger sont-ils autant contraignants pour les individus à l'étranger qu'en France ? Cette force contraignante s'apprécie par leur applicabilité plus ou moins directe. Ainsi, la Constitution espagnole prévoit une contrainte indirecte concernant les « droits-créances » qu'elle proclame. Selon l'article 53, paragraphe 1, de la Constitution seuls les « *Droits et libertés* » trouvent une applicabilité directe¹⁰⁶⁷. En ce qui concerne les droits-créances consacrés, ils devront faire l'objet d'un développement par le législateur afin de trouver une véritable force contraignante¹⁰⁶⁸. Comme la France, en Espagne, le « droit-créance » à la protection de la santé aura donc vocation à contraindre les libertés des individus.

Alors, qu'en est-il en France ? En ce qui concerne le droit à la protection de la santé prévu à l'alinéa 11 du Préambule de 1946, il nécessitent une intervention législative afin de le développer, cela signifie-t-il qu'il soit dépourvu de toute contrainte ? Pour Favoreu, l'intervention du législateur n'implique pas nécessairement le caractère programmatique dudit droit. Les droits fondamentaux, quels qu'ils soient nécessitent une intervention législative afin de les développer, les préciser, les encadrer. Il s'agit de la réserve législative prévue à l'article 34 de la Constitution. L'auteur déclare ainsi que « Même si les droits-créances nécessitent une intervention législative, ils ne sont pas pour autant dépourvus de force contraignante. La loi qui les met en œuvre doit évidemment être conforme au contenu du droit proclamé par la Constitution, sous peine de son invalidation par le juge constitutionnel »¹⁰⁶⁹. Cette contrainte s'exprime également par les jurisprudences des cours constitutionnelles d'Europe qui dégagent des principes d'applicabilité, notamment en Allemagne où quasiment aucun droit-créance n'est proclamé par la Constitution. Il revient alors à la jurisprudence constitutionnelle de

¹⁰⁶⁷ Article 53, paragraphe 1 de la Constitution espagnole « *Les droits et libertés reconnus au chapitre deux du présent titre sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et de ces libertés qui seront protégés conformément aux dispositions de l'article 161, paragraphe 1, a) ».*

¹⁰⁶⁸ Article 53, paragraphe 3 de la Constitution espagnole « *La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre trois inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics. Ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront ».*

¹⁰⁶⁹ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », *op. cit.*, pp. 355-356.

les dégager et au législateur de les régler. Ainsi, nous pouvons considérer que les « droits-créances » sont toujours empreints d'une certaine contrainte de par leur caractère constitutionnel. En revanche cette contrainte dépend en réalité totalement de l'appareil législatif. En effet, selon les considérations du législateur qui mettra en place une législation protectrice plus ou moins restrictive. Notons qu'en Espagne, si la Constitution prévoit un tel droit, les individus disposent en général de plus de liberté qu'en France, en matière de consentement.

b) Le développement des « droits-créances » en droit français

b1) L'élaboration d'un texte fondateur, le Préambule de la Constitution de 1946

De prime abord il nous faudra alors confirmer que les droits garantis par une norme constitutionnelle sont bien des droits fondamentaux. Le professeur Etienne Picard répond à cette affirmation en déclarant que « dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels »¹⁰⁷⁰. Les droits-créances reconnus par une norme constitutionnelle sont bien des droits fondamentaux.

Ces droits-créances sont attachés, par leur nature, aux droits sociaux. Aux vues des Constitutions étrangères et des obligations par lesquelles l'Etat s'oblige à l'égard des bénéficiaires, il est alors manifeste que les actions étatiques tendent à rééquilibrer la balance entre les différents individus en leur garantissant un égal accès aux besoins impérieux permettant de vivre dignement. La consécration en France des droits sociaux se matérialise par la Constitution de 1946 et de son Préambule qui garantit un ensemble de droits-libertés et de droits-créances.

Une fois posée, la norme juridique s'impose à l'Etat, qui ne peut y déroger. La théorie de l'Etat de droit prend alors tout son sens lorsque Léon Duguit dispose que « L'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer »¹⁰⁷¹. Une fois que la règle est effective, ce dernier doit nécessairement s'y soumettre, en ce qui concerne les « droits-créances », ce dernier se retrouve alors débiteur. En outre, à côté de cette obligation positive qui contraint l'Etat, ce dernier demeure astreint à une obligation négative qui s'analyse en une abstention de lui porter atteinte, ainsi qu'aux différents droits subjectifs consacrés et bénéficiant aux individus¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*

¹⁰⁷¹ L. Duguit, « *Traité de droit constitutionnel* », Edition Boccard, tome III, 1930, p. 589.

¹⁰⁷² *Ibidem*, p. 641 où il déclare que l'Etat a « l'obligation de ne faire aucune loi susceptible de porter atteinte au libre développement de l'activité individuelle, parce que ce libre développement est nécessaire pour que la solidarité sociale puisse se réaliser et se développer ».

b2) La mise en place de « prestations matérielles »

S'il est alors limpide et accepté de tous que le Préambule de la Constitution de 1946 énonce des principes sociaux dont la mise en œuvre est nécessaire, on peut alors considérer que malgré le caractère fondamental et constitutionnel de tels droits, notamment en matière de protection de la santé, il est indispensable d'établir des règles spéciales tendant à cette concrétisation. Laurence Gay admet que certains droits proclamés dans le Préambule nécessitent une intervention législative afin que ces derniers soient opérants¹⁰⁷³. L'ensemble de ces droits concerne « *le droit d'obtenir un emploi* » (alinéa 5), le droit au développement individuel et familial (alinéa 10), le droit à la protection de la santé (alinéa 11), le droit à la solidarité nationale (alinéa 12) et le droit à l'instruction (alinéa 13).

Il appartient donc aux pouvoirs publics de déterminer les conditions d'application d'un droit-crédence trouvant son fondement sur ces dispositions tant dans leur matérialité que dans la prétention d'y recourir. Le professeur aixois rappelle effectivement que « même au terme de cette concrétisation, l'individu n'est pas nécessairement titulaire d'un droit »¹⁰⁷⁴. En ce qui concerne le droit à la protection de la santé, la loi dispose que le principe d'universalité prime toute autre considération de fait à être garanti à l'ensemble des individus¹⁰⁷⁵.

Dans tous les cas, lesdits droits nécessitent la mise en place de « prestations matérielles ». Le professeur Laurence Corre considère qu'« Au sens strict, les « droits-crédences » sont des droits à prestations matérielles. Ils exigent des pouvoirs publics une réelle prestation et contiennent une obligation précise à l'adresse de l'Etat, celle de garantir l'accès de l'individu aux prestations en cause (...) *L'interpositio legislatoris* est la condition de la « justiciabilité » des droits à prestations matérielles »¹⁰⁷⁶.

Concrètement, le droit à la protection de la santé s'opère dans le cadre de prestations sociales dont le régisseur se nomme Sécurité sociale. Cette sécurité sociale, en contrepartie d'un prélèvement obligatoire redistribue ces sommes en vue d'une couverture maladie gratuite ou quasi-gratuite. C'est donc par le biais d'un établissement public autre que l'Etat, disposant de son propre budget, que la protection de la santé est assurée. Si toute référence à cet organisme est absente de l'alinéa 11 du Préambule, c'est à l'article 34 de la Constitution de 1958 qu'elle figure¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ L. Gay, « Les « droits-crédences » constitutionnels », op. cit. p.268 où l'auteur considère que si « les alinéas 5, et 10 à 13 du Préambule de 1946 sont bien au fondement de principes sociaux. Ces derniers gardent en outre pour caractéristique commune de devoir être mis en œuvre par les autorités normatives, au premier rang desquelles le législateur ».

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁵ Article L. 1110-1 CSP « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne* ».

¹⁰⁷⁶ L. Corre, « Les « droits-crédences » et le référé-liberté », op. cit.

¹⁰⁷⁷ Article 34 de la Constitution « *Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* ».

Le Conseil constitutionnel a alors rappelé à plusieurs reprises qu'il appartenait au législateur d'intervenir en raison du développement de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Il l'a rappelé dans sa décision du 23 juillet 1999 relative à la « *Couverture maladie universelle* »¹⁰⁷⁸, du 12 août 2004 relative à l'assurance maladie¹⁰⁷⁹, du 27 novembre 2001 concernant la couverture maladie des non-salariés agricoles¹⁰⁸⁰ ou encore du 14 août 2003 à propos de la réforme des retraites¹⁰⁸¹. Dans cette dernière décision le Conseil constitutionnel rappelle que le principe de la Sécurité sociale repose sur celui de « *la solidarité nationale* ».

Laurence Gay tire pour conséquence de l'ensemble de ces décisions que « l'individu est bel et bien titulaire d'un droit » et que ce droit « consiste en l'obtention d'une prestation matérielle, concrète, exigible de la puissance publique ou prise en charge dans le cadre d'une activité de service public »¹⁰⁸². En ce qui concerne le droit à la protection de la santé, les prestations matérielles se traduisent par la garantie d'un valable accès aux soins tant par la mise en place d'un financement des soins que par l'installation d'un véritable service public hospitalier, organisé et financé par l'Etat. Ce droit à la protection de la santé publique constitue un véritable droit-créance se distinguant alors du droit pour les individus de voir leur santé protégée des atteintes potentielles qu'ils peuvent subir, véritable droit défensif qui, lui, n'implique aucune action positive de la part de l'Etat ou de la collectivité.

B) Les acceptations du caractère contraignant des « droits-créances »

Plusieurs acceptations peuvent être retenues concernant la contrainte des « droits-créances ». La première concerne la contrainte découlant du caractère formel du droit, de la qualité intrinsèque de la norme qui, en tant que telle, est contraignante. Il s'agit de la contrainte « classique » et compréhensible. La deuxième acceptation de la contrainte se manifeste par la mise en place des « droits-créances » qui peuvent être hostiles au développement des droits fondamentaux défensifs. D'une part, les « droits-créances » sont contraignants car, en principe, ils découlent de normes de nature constitutionnelle de la même manière que les droits subjectifs, ainsi leur contrainte n'est que relative (1). En revanche, l'objet des droits créances est par nature hostile au développement des droits subjectifs et donc du droit au consentement aux soins qui en découle (2).

¹⁰⁷⁸ Conseil constitutionnel, n°96-416 DC du 23 juillet 1999, « *Couverture maladie universelle* ».

¹⁰⁷⁹ Conseil constitutionnel, n°2004-503 DC du 12 août 2004, « *Loi relative à l'assurance maladie* ».

¹⁰⁸⁰ Conseil constitutionnel, n°2001-451 DC du 27 novembre 2001, « *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles* ».

¹⁰⁸¹ Conseil constitutionnel, n°2003-483 DC du 14 août 2003, « *Loi portant réforme des retraites* ».

¹⁰⁸² L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », *op. cit.*, p. 274.

1) La contrainte formelle et normative traditionnelle, le relativisme des « droits-créances »

Cela relève de l'évidence mais il demeure important de le rappeler, afin qu'une norme soit contraignante, il est nécessaire qu'elle soit reconnue comme telle et que d'elle puissent découler des effets juridiques. Les droits fondamentaux, par leur nature supra-législative, revêtent une importance de taille, ils constituent le sommet de la pyramide de Kelsen, c'est à partir d'eux que se développe l'ensemble du droit positif. En ce qui concerne la protection de la santé, comme de nombreux droits sociaux, il est inscrit à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui, *a priori*, n'a aucun effet contraignant sous l'ère de la Constitution de la Vème République.

C'est par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et par la création du « bloc de constitutionnalité » que le Préambule de 1946 obtint une force contraignante, une valeur constitutionnelle. En effet, lors de la décision du 15 janvier 1975¹⁰⁸³, le Conseil constitutionnel reconnu la « fondamentale » d'un tel texte et sa valeur constitutionnelle. Dans cette décision le Conseil constitutionnel n'est pas très explicite mais il suffira qu'il déclare que la loi déferée devant lui ne soit pas contraire au texte de 1946 pour que nous comprenions aisément que le Conseil a voulu lui donner une dimension constitutionnelle.

Cette reconnaissance a donc permis selon Laurence Gay, de « cristalliser l'antinomie juridique entre droits-libertés et droits-créances »¹⁰⁸⁴. Cette « antinomie » est donc constitutionnalisée et instaure d'une part des obligations positives exigibles par l'ensemble des individus et des droits-libertés qui sont eux opposable à l'Etat et se caractérise par une abstention d'atteinte aux droits fondamentaux. Cette opposition entre droits-créances et droits-libertés se perpétue par leur applicabilité. Alors que les premiers semblent constituer des objectifs dont le développement nécessite une intervention législative et subordonne de ce fait la jouissance dudit droit à ladite intervention, les seconds sont d'applicabilité directe. En réalité, cela se comprend aisément. Si les premiers nécessitent la mise en place de prestations matérielles, les seconds n'envisagent qu'une simple abstention de l'Etat dès leur proclamation. Jean Rivero considère alors que ces deux catégories se distinguent et s'opposent en ce que « la jouissance (des libertés) est immédiate »¹⁰⁸⁵.

En ce qui concerne les droits-créances, placés sous forme de principes moraux, ils nécessitent une intervention législative afin d'être effectifs. Cette effectivité se traduit par la mise en place d'un arsenal législatif concrétisant l'objectif et par une « juridicité » opérante. En effet, selon le professeur Xavier Prétot, avant de devenir effectif, leur

¹⁰⁸³ Conseil constitutionnel, n°74-54 DC du 15 janvier 1975, « *IVG* ».

¹⁰⁸⁴ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸⁵ J. Rivero, « *Les libertés publiques* », tome I, PUF, Thémis, 1995, p. 262.

caractère programmatique se heurtait au refus des « juridictions à déterminer, *proprio motu*, la portée »¹⁰⁸⁶. Un dispositif est alors nécessairement mis en place par l'Etat afin que l'individu puisse jouir de sa créance. « Tant que le service n'est pas créé, tant que l'Etat n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer »¹⁰⁸⁷. Encore faut-il, alors, que le législateur prenne la peine de mettre en place ledit service et ne se contente pas de le laisser inactif comme ce fût le cas lors de la Constituante avec les Constitutions de 1791 et de 1793. C'est ce qu'affirme Robert Pelloux pour qui « bien souvent, le législateur n'a pas réalisé les promesses contenues dans la Déclaration »¹⁰⁸⁸. Ainsi, la seule reconnaissance du texte, en ce qui concerne les « droits-créances », ne fait intervenir aucun caractère contraignant aux droits-créances proclamés dès lors qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un développement de la part du législateur.

La non-exigibilité de ces droits les rend inopérants. Le professeur Georges Burdeau disposant alors que ces normes « ne constatant pas un droit immédiatement exigible, mais traçant le cadre de l'activité législative, n'autorisent les gouvernés ni à se prévaloir du principe énoncé avant sa mise en œuvre législative, ni à invoquer à l'encontre du législateur une obligation juridique de faire »¹⁰⁸⁹. Les effets juridiques découlant alors de la norme ne sont pas automatiques en matière de « droits-créances », leur caractère contraignant est intimement lié à l'intervention du législateur qui doit les développer. Laurence Gay confirme le manque d'effectivité d'une norme programmatique, considérant que cette dernière n'a pas vocation à invalider une norme de rang inférieur lui étant contraire¹⁰⁹⁰. La contrainte des « droits-créances » est alors relative et dépend de l'intervention ou de l'abstention du législateur en la matière. Nonobstant, si nous concevons les théories ci-dessus évoquées, il n'en demeure pas moins que les dispositions du Préambule de 1946 ne se trouvent pas moins dépourvues de toute contrainte juridique comme peut valablement le démontrer la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975. Se distingue alors d'une même source, deux conceptions de la protection de la santé, une conception individualiste constituant un droit défensif et une conception collective constituant un droit-créance, d'une même norme, d'une même valeur protégée peut découler alors deux régimes.

2) La contrainte nouvelle, la contrainte normative substantielle

Lorsque nous évoquons le caractère « nouveau » de la contrainte cela renvoie au caractère alors constaté après qu'un « droit-créance » a été consacré. Le « droit-créance », une fois développé et parfaitement abouti par la mise en place d'un système, d'un service public, peut se montrer contraignant à l'égard des individus bénéficiaires

¹⁰⁸⁶ X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Revue de Droit social*, 1991, p. 187.

¹⁰⁸⁷ J. Rivero, « *Les libertés publiques* », op. cit., p. 100.

¹⁰⁸⁸ R. Pelloux, « Le préambule de la Constitution de 1946 », *Revue Droit public*, 1947, p. 382.

¹⁰⁸⁹ G. Burdeau, « *Les libertés publiques* », L.G.D.J., 1961, p. 22.

¹⁰⁹⁰ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », op. cit., p. 116.

mais également à l'égard des tiers. Cette contrainte s'exerce directement sur les droits défensifs ou les libertés.

Le premier exemple de contrainte se trouve dans l'article 13 du Préambule de 1946¹⁰⁹¹. Le droit à l'instruction est considéré comme obligatoire, les personnes y ayant droit ne pouvant y déroger. Laurence Gay n'hésitera pas à le qualifier ainsi¹⁰⁹², tout comme beaucoup de membres de la doctrine. L'article L. 131-2 du Code de l'éducation dispose ainsi que « *L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix* »¹⁰⁹³. Les « droits-créances » peuvent dès lors constituer des impératifs justifiant une atteinte aux droits défensifs ou encore aux libertés, notamment la liberté individuelle d'aller et venir.

Pour le professeur Jean-Eric Schoettl¹⁰⁹⁴, « les principes économiques et sociaux, de valeur constitutionnelle, ont une portée juridique réelle, même s'ils ne sont pas directement justiciables. La jurisprudence en fait apparaître la triple portée juridique (...) (le législateur) peut s'autoriser de ces principes pour tempérer d'autres exigences constitutionnelles, dans le cadre de la conciliation qu'il doit souvent opérer entre valeurs constitutionnelles éventuellement antinomiques ». C'est donc par le mécanisme de la conciliation que les libertés du patient seront limitées en raison du droit à la protection de la santé (a) faisant de lui un droit « hors-normes » ? (b).

a) L'exercice de la conciliation aux fins de limitations des droits fondamentaux

Cela confirme ce que nous supposons dès l'entrée de notre propos, à savoir que les « droits-créances » peuvent s'avérer liberticides pour les autres droits constitutionnellement garantis *via* la pratique de la conciliation. A ce titre, le professeur Guillaume Drago admet que s'il est impossible d'établir une hiérarchie entre les différents droits constitutionnels en raison d'une comparaison formelle, les normes étant alors égales, il est néanmoins envisageable d'établir une hiérarchie entre les différentes normes selon leur matérialité, leur substance, les droits qu'elles garantissent¹⁰⁹⁵. Alors il est possible d'envisager non pas une comparaison entre les différents droits et libertés confrontés mais par la nature de leur substance, justifiée par la protection du plus grand nombre. Ainsi, le droit de la santé dans sa conception collective justifie l'atteinte aux droits et libertés comme l'a pressenti le Conseil

¹⁰⁹¹ Article 13 du Préambule de la Constitution de 1946 « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ».

¹⁰⁹² L. Gay déclare que « L'éducation devient ainsi un service public obligatoire dont l'accès est, par hypothèse, garanti à tous », « *Les « droit-créances » constitutionnels* », op. cit., p. 105.

¹⁰⁹³ Article L. 131-2, alinéa premier du Code de l'éducation tel que rédigé par la loi n°2013-595 du 08 juillet 2013 portant « *loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République* ».

¹⁰⁹⁴ J-E, Schoettl, « Le registre international français est-il constitutionnel ? », Les Petites Affiches, n°142 du 19 juillet 2005, p.21.

¹⁰⁹⁵ G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », Recueil Dalloz 1991, p. 265.

constitutionnel dans sa décision de 1991 relative à la consommation d'alcool et de tabac¹⁰⁹⁶.

A dire vrai, il est compliqué de dégager une règle qui ferait primer certains droits constitutionnels par rapport à d'autres dans la mesure où l'issue d'une conciliation ne peut qu'émaner du pouvoir « souverain » du juge comme le rappelle Guillaume Drago¹⁰⁹⁷. Pour l'auteur, le principe de la conciliation et donc de l'affirmation d'un droit sur un autre ne peut relever que de l'espèce présentée au juge constitutionnel¹⁰⁹⁸. Une telle conception a pour conséquence de considérer les « droits-créances » comme des autres droits et, alors, de relativiser leur caractère contraignant. Il est nécessaire de rappeler que cette force contraignante ne peut être absolue et alors, primer l'ensemble des autres droits et libertés fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que le caractère impératif de l'obligation étatique peut faire plier, sans les rompre, les droits et les libertés qui se présenteraient devant le juge constitutionnel qui exercera alors son contrôle de proportionnalité. Ainsi, le professeur Xavier Prétot considère qu'en matière de « droit-créance, le Conseil constitutionnel, s'il reconnaît le caractère éminent sur le fondement du Préambule de 1946, n'en admet pas moins, quant à sa mise en œuvre, un pouvoir d'appréciation au Parlement et au Gouvernement dans l'exercice de leurs compétences respectives »¹⁰⁹⁹. Dans la mesure où le pouvoir législatif est à l'origine du texte qui constitue une conciliation de droits, M. Drago¹¹⁰⁰ en reconnaît ainsi la compétence exclusive du législateur en la matière, le Conseil constitutionnel ne réalisant en réalité qu'un contrôle plus ou moins poussé selon les droits concernés.

Laurence Gay considère, quant à elle, que nous ne pouvons établir une telle règle à propos de la contrainte des « droits-créances » car cette dernière ne se vérifie pas dans l'ensemble desdits « droits-créances »¹¹⁰¹. Les règles législatives sont, « en général contraignantes », lorsqu'elles concernent l'emploi, le logement ou la protection de la santé selon l'auteur. Dans les autres cas, il ne s'agit, ni plus ni moins que d'une simple conciliation entre des normes consacrant des droits ou libertés contradictoires. Que dès lors, cette conciliation entraîne obligatoirement sur son chemin une limitation desdits droits ou libertés. En définitive, l'existence certaine de contradictions au sein même d'un *corpus* juridique mène inéluctablement à une limitation, une restriction du développement de certains droits.

b) La protection de la santé, un droit hors norme ?

Malgré cela, certains auteurs comme le professeur Anne-Marie Le Bos-Le Pourhiet considère qu'en réalité le droit à la protection de la santé, à l'instar du droit à la

¹⁰⁹⁶ Conseil constitutionnel n° 90-283 DC du 08 janvier 1991, « *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ».

¹⁰⁹⁷ G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*

¹⁰⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹⁹ X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Revue Droit Social*, 1991, p. 194.

¹¹⁰⁰ G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *op. cit.*

¹¹⁰¹ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », *op. cit.*, p. 373.

vie ou du droit au respect de la dignité humaine, protège une valeur si importante que nul autre droit ne puisse le faire reculer lors d'un contentieux, d'un conflit de normes¹¹⁰². Premièrement cela démontre le lien de connexité qu'il peut exister entre ces différentes valeurs. Elles sont intimement liées dans la mesure où la protection de la santé procède de la protection de la vie, et de la protection des conditions de vie digne de la personne humaine. Ensuite, elle considère effectivement que dans la décision du Conseil constitutionnel de 1991 « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* »¹¹⁰³, la confrontation entre le droit de propriété, entre autres, et la protection de la santé n'est qu'une « hypocrisie » dans la mesure où ce dernier constitue un « super droit » ne justifiant aucune atteinte¹¹⁰⁴.

Nous pouvons en retour nous poser la question de l'intérêt d'un tel despotisme juridique. L'absolutisme d'un droit fondamental ou d'une liberté tend à la négation d'autres principes de même valeur. D'ailleurs, le professeur Turpin s'inquiète d'une telle portée dudit droit¹¹⁰⁵ en s'appuyant sur la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 qui a promu le droit à la protection de la santé au détriment du droit de grève¹¹⁰⁶. Cette politique de protection de la santé est d'autant plus forte et contraignante qu'elle concerne également la jurisprudence ordinaire qui, sous le label de l'article 11 du Préambule de 1946, applique des décisions contraignantes comme par exemple la limitation de la liberté du commerce et de l'industrie de marchands d'e-cigarettes¹¹⁰⁷ ou encore la Cour de cassation qui définit strictement les lieux clos et publics relevant de la loi Evin¹¹⁰⁸.

Le principe de la protection de la santé, s'il est indispensable à la protection de la personne, ne peut en aucun cas s'avérer comme absolu. Il est nécessaire que ce « droit-créance » soit difficilement concilié avec des principes qui relèvent d'une matérialité moins prioritaire, mais il ne doit pour autant tendre vers l'absolutisme afin que les libertés et droits du patient ne soient pas irrévocablement anéantis. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel l'a rappelé récemment dans sa décision relative à l'hospitalisation d'office¹¹⁰⁹. Dans cette décision, si le Conseil reconnaît l'importance d'un tel principe, ce dernier n'est pas exclu de toute conciliation. En effet, si la mesure qui le réifie, l'incarne et le concrétise s'avère disproportionnée ou contraire au principe de nécessité,

¹¹⁰² A-M. Le Bos – Le Pourhiet, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, n°59/1991, p. 165.

¹¹⁰³ Conseil Constitutionnel, Décision n°90-283 DC du 08 janvier 1991, « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ».

¹¹⁰⁴ Pour l'auteur, il est « plus franc d'admettre une fois pour toutes qu'à l'intérieur d'un même texte ou d'un même corpus de normes, il peut y avoir des dispositions d'inégale valeur, et qu'il n'y a pas de « droit de » ni de « droits à » qui tiennent face à la protection de la santé, de la vie et de la dignité humaine ».

¹¹⁰⁵ D. Turpin, « Le droit de grève face à un nouveau « principe de valeur constitutionnelle », *Revue Droit social*, n°11/1980, p. 447.

¹¹⁰⁶ Conseil constitutionnel, n°80-117 du 22 juillet 1980, « *Protection des matières nucléaires* ».

¹¹⁰⁷ Tribunal de commerce de Commerce de Toulouse du 09 décembre 2013, n°2013J1206 où les juges ont alors considéré que la vente de cigarettes électroniques constituant une incitation à la consommation de tabac. Que dès lors, la vente libre de ce genre de produit constituait une « concurrence déloyale » vis-à-vis des débiteurs de tabac soumis à des restrictions légales quant à la vente ou la publicité des produits.

¹¹⁰⁸ Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, du 13 juin 2013, n°12-22.170.

¹¹⁰⁹ Conseil constitutionnel, n°2011-174 QPC du 06 octobre 2011, « *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent* ».

outrepasse « *les objectifs poursuivis* », il est alors indispensable, pour le maintien d'une société démocratique et libérale, que les « droits-créances », quel que soit leur nature, s'effacent un tant soit peu afin de préserver les droits défensifs de la personne.

Notons que le « droit-créance » à la santé a été à plusieurs reprises conciliés avec des impératifs d'ordre économique. Dans une première décision du 12 décembre 2002¹¹¹⁰, le Conseil constitutionnel va privilégier le principe de « l'équilibre financier » à celui de l'accès aux soins. Ce principe sera une nouvelle fois affirmé dans la décision du 12 aout 2004¹¹¹¹.

Paragraphe 2 : Les « droits-créances », un outil d'expression de la protection de la dignité humaine

Affirmer que par essence, les « droits-créances » et la protection de la dignité humaine sont inéluctablement inhérents l'un de l'autre serait une avancée erronée. De nombreux exemples que les « droits-créances » peuvent être, comme tout autre droit, menaçants pour la dignité humaine existent. Ainsi, il suffit de reprendre l'arrêt « *Pretty* » de 2002, de la Cour européenne des droits de l'homme pour s'apercevoir que le soin à outrance est nuisible pour le respect de la dignité humaine. Que le consentement de la pratique médicale participe évidemment à la protection de cette donnée. Néanmoins, affirmer que les « droits-créances » et le principe de protection de la dignité humaine sont exclusifs l'un et l'autre serait tout autant dépourvu de bon sens. Après avoir affirmé, d'un point de vue théorique que les « droits-créances » peuvent être intimement lié à la protection de la dignité humaine (A), il nous faudra démontrer concrètement le lien qu'il peut exister entre un « droit-créance » et le principe de dignité humaine qui le transcende (B).

A) L'expression théorique de la dignité humaine à travers les « droits-créances »

Le lien qu'il peut exister entre la protection de la dignité humaine et l'avènement des droits-créances est évident contrairement à ce qu'affirme le professeur Virginie Saint-James¹¹¹². L'optique des rédacteurs des premiers « droits-créances » dans les Constitutions de 1791 et de 1793 était de pallier aux inégalités qui pouvaient être constatées, notamment en matière de « *Secours* » ou encore d' « *Instruction* » afin de permettre aux plus démunis, aux indigents de voir leur condition d'existence respective relevée à l'initiative étatique. Ce processus d'aide de la part de la collectivité repose sur le principe de la solidarité nationale. Le processus d'aide des plus démunis ou des plus faibles permet alors inéluctablement d'améliorer leur qualité de vie et ainsi procéder à la sauvegarde de leur dignité humaine. Le fait de disposer d'un logement décent,

¹¹¹⁰ Conseil constitutionnel, n°2002-463 DC du 12 décembre 2002, « *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003* ».

¹¹¹¹ Conseil constitutionnel, n°2004-503 DC du 12 aout 2004, « *Loi relative aux libertés et responsabilités locales* ».

¹¹¹² V. Saint-James, « *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique en droit français* », op. cit.

d'obtenir un emploi ou de garantir la protection de la santé permet la protection des catégories sociales les plus fragiles, d'assurer leur développement, leur épanouissement et ainsi de préserver leur qualité d'être humain, la protection de leur dignité.

Le développement et l'avènement des « droits-créances » s'avèrent donc nécessaires et constituent un devoir permettant aux individus d'accéder de manière effective aux différents droits subjectifs et libertés proclamés. Celui qui ne se trouve pas en capacité d'accéder par lui-même à l'effectivité des droits et libertés prônés par l'Etat doit être aidé par ce dernier. La consécration des « droits-créances » permet donc d'effacer le caractère formel et idyllique des droits et libertés et de laisser place à leur caractère réel. Le libre consentement au soin, basé sur le principe de la liberté contractuelle ou de l'autonomie de la volonté est bien vertueux seulement si l'individu bénéficie d'un accès aux soins. Une organisation médicale ultra libérale débouche alors sur un système comparable à celui des Etats-Unis, même si aujourd'hui cela tend à changer, un système fondé sur le financement personnel de sa santé. L'individu ne pouvant recourir aux soins est nécessairement privé de son droit à recourir librement aux soins. Les « droits-créances » permettent donc le rétablissement de l'égalité entre les individus, améliorant leur qualité de vie en leur permettant d'accéder à l'ensemble des droits fondamentaux reconnus. La technique des « droits-fondamentaux » favorise donc la protection de la dignité de la personne. Pour le professeur Canedo-Paris, la dignité humaine « peut servir de « catalyseur à la défense des droits sociaux » et à vocation à regrouper et défendre ces derniers. Ainsi, une partie de la doctrine considère que des situations de grande pauvreté pourraient être qualifiées de situations portant atteinte à la dignité de la personne. Certaines voient dans le droit aux ressources vitales, le droit au logement, le droit à l'accès effectif aux soins, le droit à l'éducation, le droit à la justice et le droit à une vie familiale autant de déclinaisons du principe de dignité »¹¹¹³.

Les « droits-créances » constituent alors, dans cette optique, le prolongement naturel des droits subjectifs et des libertés fondamentales évidemment limités dans la pratique. Ils peuvent être considérés comme les instruments nécessaires à la réalisation ou à la préservation d'un ensemble d'intérêts particuliers dont l'addition constitue un intérêt collectif, général dont la préservation prime alors toutes autres considérations. La préservation de sa santé personnelle constitue un droit subjectif auquel s'affère des droits qui doivent néanmoins s'estomper face à la protection de la santé de l'ensemble des individus dans la mesure d'une certaine proportion.

Ce mode d'intervention de l'Etat, que sont les « droits-créances », permet donc la préservation de l'intérêt général mais également, de manière indirecte, la préservation de l'intérêt individuel pour celui qui n'est pas en mesure de jouir librement de ses droits. Incombant à la personne publique, cette dernière dispose de prérogatives exorbitantes du droit commun, l'exercice des « droits-créances » recouvre donc une réalité coercitive

¹¹¹³ M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », op. cit.

qui n'en demeure pas moins nécessaire et empreinte d'une certaine vertu. Les droits sociaux ont-ils alors vocation à remplacer les droits subjectifs ?

La performance des « droits-créances » s'apparente en ce sens à la dignité humaine qui les transcende. Le professeur Bertrand Mathieu concède alors que la « dignité humaine a un caractère absolu. Alors qu'en droit constitutionnel aucun droit n'est absolu, en ce sens qu'ils doivent être conciliés entre eux, le Conseil constitutionnel, dans la décision 94-343-344 DC, manifeste l'idée selon laquelle ce principe, contrairement aux libertés individuelles par exemple, n'a pas à être concilié avec d'autres principes »¹¹¹⁴. La dignité humaine qui imprègne le droit à la protection de la santé, ne connaît effectivement aucune véritable limite. L'abus ou l'absolu respect de la dignité ne semble pas hostile à l'individu, à l'inverse il lui permet d'être un super régulateur des dérives qui peuvent être engendrées par un droit subjectif, une liberté ou un « droit-créance » excessif.

La dignité humaine peut alors recouvrir une réalité sociale. La promotion des droits sociaux correspond à cette approche moderne de la dignité humaine à travers les « droits-créances » qui permettent de rendre effectifs les droits de l'Homme. Nous trouvons alors des exemples dans le domaine de la santé, la contrainte médicale permet en ce sens de consacrer un réel accès au soins de la personne, le droit au travail lui permet de détenir un certain statut social et le droit au logement de protéger ses conditions de vie. Les « droits-créances » constituent alors un véritable moyen d'expression de la dignité humaine.

Cette association entre « droits-créances » et dignité humaine s'entend également par leur aspect « liberticide » respectif. Ainsi, la promotion de la santé publique implique nécessairement une contrainte. Cette contrainte s'exprime par une diminution de la liberté des individus, dans le but d'une protection qui leur est propre ou dans un but de préservation de la santé des tiers. Ainsi la Ministre de la Santé, Marisol Touraine déclarait, à propos du vaccin contre la grippe, qu'« Alors que l'épidémie grippale doit débiter dans quelques semaines, cette période doit être exploitée pour renforcer la vaccination préventive. La vaccination contre la grippe présente un bénéfice direct et individuel, mais permet aussi une protection collective indirecte des personnes les plus vulnérables par la vaccination de leur entourage »¹¹¹⁵. La promotion de la santé publique constitue également un frein à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété selon la décision de 1991 du Conseil constitutionnel ou encore du droit de grève. La dignité humaine si elle contient un versant protecteur des droits de l'Homme, notamment lorsqu'il s'agit de préserver l'individu des atteintes extérieures contre son intégrité physique, le préserver de la contrainte, elle demeure également un principe contraignant et « liberticide ». Par l'exercice d'une telle contrainte, les « droits-créances »

¹¹¹⁴ B. Mathieu, « La dignité humaine, quel droit ? quel titulaire », Recueil Dalloz 1996, p. 282.

¹¹¹⁵ Communiqué du Ministère de la Santé du 18 novembre 2014 pour la mobilisation du « personnel des établissements de santé et médico-sociaux », www.sante.gouv.fr.

et la protection et la promotion de la dignité humaine semblent afficher une certaine association cohérente.

B) L'expression concrète de la dignité humaine et de la contrainte à travers les « droits-créances » : la préservation d'un niveau de vie en adéquation avec ce principe

Nous avons pu constater tout au long de notre étude à quel point le droit-créance à la santé pouvait être contraignant. Nul besoin alors de revenir sur cette contrainte. Néanmoins un exemple saurait-il suffire à démontrer une thèse ? C'est pour cela que nous envisagerons, dans les prochaines pages de notre développement, de traiter des domaines qui, d'un point de vue pratique, sont bien éloignés du droit au consentement médical. Mais qui pourtant, ont un intérêt tout particulier, un véritable lien théorique, puisque l'étude respective du « DALO » (1) ou du « droit à l'éducation » (2) va nous permettre d'affirmer sans retenue que le développement législatif d'un « droit-créance » constitue une contrainte sur les divers droits subjectifs des individus. L'autre intérêt d'un tel développement nous permettra d'affirmer l'existence d'un lien irréfragable entre les droits sociaux et le principe de dignité humaine.

1) Le droit au logement opposable, un « droit-créance » d'ampleur minimale empreint d'une contrainte relative

Le droit au logement opposable (également appelé DALO) observe une singularité dans la promotion des « droits-créances ». Alors que la plupart des droits sociaux trouvent leur fondement dans un texte à valeur constitutionnel, principalement dans le Préambule de 1946, le DALO, lui ne bénéficie d'aucune base constitutionnelle explicite, à l'image de la dignité humaine. A ce titre, il paraît alors légitime que ce dernier ne puisse être considéré comme étant un droit fondamental, au moins au sens normatif du terme¹¹¹⁶. Le DALO est une création purement législative, le constituant ne l'ayant intégré dans aucun des textes fondamentaux de l'ordre juridique interne. Le DALO est-il alors un droit fondamental ? Est-il pour autant dénué de contrainte ? Nous nous apercevrons alors que malgré le défaut de base constitutionnelle pure, il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui le DALO semble être sur un pied d'égalité avec l'ensemble des autres droits de par son évolution à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, malgré sa relative contrainte.

a) Le Dallo, d'une « exigence d'intérêt général » à « l'objectif à valeur constitutionnelle »

Par deux décisions du Conseil constitutionnel, le DALO va passer de simple principe préservant l'intérêt général à celui d'« objectif à valeur constitutionnel ». Ces

¹¹¹⁶ L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », op. cit., p. 371.

deux décisions justifient d'une manière générale le caractère contraignant dudit droit, constituant dans un premier temps « *une exigence d'intérêt général* » pouvant justifier la contrainte, il devint ensuite « *un objectif à valeur constitutionnelle* » à l'instar de la protection de l'ordre public, d'où un lien évident avec le principe de la dignité humaine.

a1) L' « exigence d'intérêt national », un caractère suffisant à la contrainte

Dans une première décision du 19 mai 1990¹¹¹⁷, le Conseil constitutionnel va d'abord affirmer que le DALO, relevant de la solidarité nationale, constitue un droit social contraignant pour ceux qui sont tributaires de sa mise en œuvre. Ainsi, les députés saisissants de la loi contestent les dispositions de la loi permettant au pouvoir central de l'Etat, notamment les « *ministres chargés des collectivités territoriales, du logement et des affaires sociales* ». Cette possibilité contreviendrait en effet à l'article 72 de la Constitution¹¹¹⁸ consacrant la libre administration des collectivités locales.

Le Conseil constitutionnel va alors soulever un principe tendant à la protection de « l'intérêt général » afin de pouvoir limiter la liberté des communes, des départements ou de la Région Ile-de-France, dans la gestion de leur collectivité¹¹¹⁹. L'article 72 de la Constitution impliquant une liberté à valeur constitutionnelle pour les collectivités locales, c'est le Conseil d'Etat qui, par la suite, a affirmé qu'il s'agissait d'une réelle liberté fondamentale. Dans une décision du 18 janvier 2001, le juge administratif a ainsi considéré que « *le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi voulu accorder une protection juridictionnelle particulière* »¹¹²⁰, chose qu'il réitérera à multiples reprises, notamment dans une décision du 1^{er} mars 2006 où il déclare que le fait de ne pas respecter l'assentiment d'une commune « *affecte la libre administration des collectivités territoriales, qui constitue une liberté fondamentale...* »¹¹²¹.

Véritable « droit constitutionnel local »¹¹²², la libre administration s'impose alors par nature au législateur qui doit, en même, la définir. Le fait qu'un droit fondamental soit alors concilié avec une exigence d' « *intérêt national* » ne trouve une originalité que

¹¹¹⁷ Conseil constitutionnel, n°90-274 DC du 29 mai 1990, « *Mise en œuvre du droit au logement* ».

¹¹¹⁸ Article 72, alinéa 3 de la Constitution « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

¹¹¹⁹ Le Conseil constitutionnel considère qu'« *il revient au législateur de définir les compétences respectives de l'Etat et des collectivités territoriales en ce qui concerne les actions à mener pour promouvoir le logement des personnes défavorisées qui répond à une exigence d'intérêt national ; qu'à cet effet, il lui est loisible de prévoir l'établissement, pour chaque département, d'un plan départemental et, en outre, pour la région Ile-de-France, d'un plan régional, dont l'élaboration et la mise en œuvre incombent, dans le premier cas, à l'Etat et au département, et, dans le second cas, au représentant de l'Etat, dans la région, au président du Conseil régional et aux présidents des conseils généraux ; qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle, ni à ce que les communes soient simplement associées à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan ni à ce que la loi donne compétence aux ministres intéressés pour arrêter le plan départemental ou régional à défaut d'accord entre le représentant de l'Etat dans le département ou la région et les collectivités territoriales concernées ; qu'en ce qui concerne l'objet qu'aux effets d'un plan d'action pour le logement des personnes défavorisées, le législateur, en n'exigeant pas qu'en cas de désaccord à l'échelon local le plan soit arrêté à l'échelon central par décret en Conseil d'Etat, n'a pas méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution* ».

¹¹²⁰ Conseil d'Etat, Section, du 18 janvier 2001, n°229247, « *Commune de Venelles et Morbelli* ».

¹¹²¹ Conseil d'Etat, Juge des référés, du 01 mars 2006, n°290417, « *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat* ».

¹¹²² A. Roux, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », RFDA 1992, p. 435.

dans la dénomination dudit « *intérêt* ». Cette notion d' « *intérêt national* » représentant l'intérêt de la *Nation* et étant rattachée à celle « d'intérêt général » en ce qu'elle en constitue soit « une fragmentation » soit un « prolongement »¹¹²³ peut alors valablement restreindre une liberté fondamentale dès lors que cette dernière n'est pas de premier rang, ce que le Conseil constitutionnel ne semble pas considérer comme telle.

a2) *Le DALO promu « objectif à valeur constitutionnelle », l'entrée dans la cour des grands*

Dans sa décision du 19 janvier 1995¹¹²⁴, le Conseil constitutionnel va promouvoir le DALO comme un « *objectif à valeur constitutionnelle* » en se fondant sur diverses sources constitutionnelles, un rang qui permettra de concilier, de contraindre des droits fondamentaux de rang supérieur.

Pour en arriver à cette conclusion le Conseil constitutionnel se fonde diverses normes du Préambule de 1946. Le Haut Conseil va en effet considérer en premier lieu qu'il découle des alinéas 10 et 11 dudit Préambule un véritable droit au logement. Le DALO s'appuie donc sur le droit à mener une familiale normale¹¹²⁵. Cet argument s'entend et semble légitime. Effectivement il est difficile de concevoir le droit à développer une vie familiale normale sans disposer d'un logement décent.

Comme nous l'avons déjà évoqué, le bénéfice d'un logement décent contribue à la sauvegarde de la santé¹¹²⁶. Le législateur a pris des mesures de protection dudit droit à la santé, prohibant ainsi tous propriétaires de mettre à la disposition des personnes des locaux insalubres en raison de la protection de la santé des personnes. Il était alors évident que le DALO émane de la protection de la personne.

Enfin, le Conseil constitutionnel estime que le DALO participe directement de la protection de la dignité humaine. Cette affirmation est par la suite confirmée par une nouvelle décision du 29 juillet 1998¹¹²⁷ où le Conseil déclare que la « *sauvegarde de la dignité* » implique « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle* ».

Dans cette perspective nous pouvons alors considérer d'une part que le lien entre l'émanation des « droits-créances » et la sauvegarde de la dignité est inéluctable. La protection de l'individu *via* la promotion des droits sociaux démontre l'association qui peut en émaner. Alors, nous sommes en capacité de valablement consentir à ce que les droits sociaux constituent un mode d'expression privilégié du respect de la dignité. Il

¹¹²³ J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », Recueil Dalloz 1998, p. 327.

¹¹²⁴ Conseil constitutionnel, n°94-359 DC du 19 janvier 1995, « *Diversité de l'habitat* ».

¹¹²⁵ Alinéa 10 du Préambule de 1946 « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

¹¹²⁶ Nous avons déjà évoqué le lien certain qu'il peut exister entre la protection de la santé publique et la nécessité de disposer d'un logement décent. Il s'agit d'une mesure de protection, d'ordre public tendant à protéger la santé publique (cf page 366).

¹¹²⁷ Conseil constitutionnel, n°98-403 DC du 29 juillet 1998, « *Taxe d'habitation* ».

n'en demeure pas moins qu'en matière de droit au logement, la théorie qui voudrait que les individus se prévalent d'un tel argument devant les juridictions se voient en réalité confrontés à la non-judiciarisation dudit droit même au travers de principes pourtant justiciables comme le principe du respect de la dignité humaine.

b) La difficile application du droit au logement ou l'évolution subjective d'un droit objectif

L'invocation du DALO devant les juridictions reste compliquée et ce malgré l'intervention de la loi du 05 mars 2007. Au demeurant, il ne s'agit ici que d'un rappel de la non-judiciarisation d'un tel droit et ce quelque soit l'ordre de juridiction.

b1) L'application de la non-réception des « droits-créances » dans le référé administratif

Dans un premier temps, le juge administratif a refusé l'invocation du droit au logement lors d'un référé-liberté. A l'image de ce qu'il se produisit ultérieurement concernant la protection de la santé¹¹²⁸, le Conseil d'Etat prend le pas pour édicter sa règle selon laquelle les « droits-créances sont exclus de toute procédure tendant à protéger les libertés. Pour les mêmes raisons invoquées préalablement, à savoir qu'il s'agit d'un « droit contraignant » s'opposant manifestement aux libertés, incompatible avec l'article L. 531-2 CJA¹¹²⁹. Se posait alors le problème de l'opposabilité et de l'applicabilité concrète d'un tel droit. Effectivement, malgré son caractère d'« objectif à valeur constitutionnelle » dégagé par le Conseil constitutionnel, le considérant même résultat du principe de protection de la dignité humaine, ce principe est difficilement opposable aux collectivités territoriales débitrice d'un tel droit.

b2) Le DALO et le droit de propriété, une antinomie difficilement conciliable ou l'affirmation d'une relative contrainte ?

La confrontation entre le droit de propriété et le DALO démontre une certaine relativité du caractère contraignant du ce dernier. Simple « objectif de valeur constitutionnelle », étant privé de toute base légale supra législative, le DALO demeure un « droit-créance »¹¹³⁰. Ainsi, dans la décision de 1998¹¹³¹, le juge constitutionnel reconnaît que les dispositions relatives au DALO sont susceptibles de porter atteinte de

¹¹²⁸ Conseil d'Etat, Juge des référés du 08 septembre 2005, n°284803.

¹¹²⁹ Conseil d'Etat, Juge des référés du 22 mai 2002, n°242193, « Fofana ».

¹¹³⁰ Si suite à la décision du Conseil d'Etat du 10 février 2012, n°356456, où il considère le droit au logement opposable de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 CJA. Un véritable bouleversement dans la mesure où un « droit-créance » ne peut faire l'objet d'un recours sur le fondement du référé-liberté. La question s'est alors posée de savoir si le « droit-créance » du droit au logement ne s'était pas « muté » en un véritable « droit subjectif ». Si pour certains auteurs comme Arnaud Duranthon, cette décision était évidente (AJDA 2012, p. 716). Une théorie de la « mutation » soutenue par Jezabel Jeannot (cours de droit sur la dignité humaine), pour qui le principe de dignité auquel les « droits-créances » s'attachent peut valablement les renverser en droits subjectifs. Cette dernière affirme, en outre, qu'en réalité certains droits subjectifs ne constituent en réalité que le prolongement d'un « droit-créance » ce qui semble être davantage le cas.

¹¹³¹ Conseil constitutionnel, n°98-403 DC du 29 juillet 1998, « Taxe d'habitation ».

manière substantielle au droit de propriété. Les hauts-conseillers déclarent que « *s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés...* ».

Si la décision est parfaitement fondée sur le plan juridique, nous pouvons cependant discuter de la réelle portée du DALO. En effet, la violation du droit de propriété reflète valablement la portée limitée d'un tel droit au logement. Louis Favoreu souligne, à ce titre, que les « contraintes » subies par ledit droit de propriété ne constituent que très rarement une violation de ce dernier¹¹³². Il souligne que la dernière décision, avant celle-ci et retenant une violation du droit de propriété¹¹³³, remonte à 1982¹¹³⁴. Considéré comme relevant d'une immense importance aux époques ultra libérales, le droit de propriété cède le pas, aujourd'hui, face aux différents droits fondamentaux. Rappelons qu'en 1991 le « droit-créance » de la protection de la santé semblait primer ledit droit de propriété¹¹³⁵.

Pourtant, loin d'être considéré comme un droit naturel, le droit de propriété est apparu triomphant par la philosophie des Lumières mais a véritablement été consacré à la Révolution avec la reprise des théories de John Locke. Rousseau déclarait ainsi que « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : *Ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreur, n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la Terre n'est à personne. Mais il y a une grande apparence qu'alors les choses en étaient déjà venues au point de ne pouvoir plus durer comme elles étaient ; car cette idée de propriété, dépendant de beaucoup d'idées antérieures qui n'ont pu naître que successivement, ne se forme pas tout d'un dans l'esprit humain. Il fallut faire bien des progrès, acquérir bien de l'industrie et des lumières, les transmettre et les augmenter d'âge en âge, avant que d'arriver à ce dernier terme de l'état de nature »¹¹³⁶. Mais la propriété ne concerne pas seulement le sol ou ses fruits mais tous biens constituant un « besoin immédiat de l'homme »¹¹³⁷ selon la théorie de Locke¹¹³⁸.

¹¹³² L. Favoreu, « *Droit des libertés fondamentales* », op. cit., p. 373.

¹¹³³ *Ibidem*.

¹¹³⁴ Conseil constitutionnel, n°81-132 DC du 16 janvier 1982, « *Nationalisations* ».

¹¹³⁵ Conseil constitutionnel, n°90-283 DC du 08 janvier 1991, « *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ».

¹¹³⁶ J.-J. Rousseau, « *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* », Garnier-Flammarion, 1992, p.222.

¹¹³⁷ R.Libchaber, « *La propriété, droit fondamental* » in R. Cabrillac, « *Libertés et droits fondamentaux* », op. cit., p. 666.

¹¹³⁸ J. Locke, « *Traité du gouvernement civil* », Edition S. Goyard-Fabre, Garnier-Flammarion, 1992.

Le droit fondamental alors consacré implicitement aux articles 2 et 17 de la DDHC, après une courte apogée, a subi de nombreuses atteintes « tout au long du XXe siècle »¹¹³⁹. Léon Duguit considère que plus qu'un véritable droit, nous avons à faire aujourd'hui à une « fonction sociale »¹¹⁴⁰. Le professeur Zenati reconnaissant un tel droit comme étant sujet à de nombreuses limitations¹¹⁴¹. En somme, nous pouvons considérer que le droit de propriété ne constitue plus, aujourd'hui, une priorité constitutionnelle et que ce dernier est relégué au second plan de l'ensemble du dispositif fondamental. Alors, le DALO, s'inspirant lui de principes impérieux relatifs à la protection de la personne, ne semble pas en mesure d'équilibrer la balance. La contrainte que ce « droit-créance » inspire n'est sans que relative. Peut-on considérer que l'absence de disposition de rattachement dans le « bloc de constitutionnalité » y soit pour quelque chose ? Rien n'est moins sur, nous avons déjà évoqué le cas du principe de la dignité humaine, lui-même dénué de toute référence constitutionnelle mais pourtant largement contraignant, constituant même un « hyper droit » constitutionnel ayant pour ambition de soumettre l'ensemble du droit français sous son égide. La contrainte d'un « droit-créance » est alors relative, si nous avons vu que le droit à la protection de la santé pouvait impliquer certaines règles contraignantes, il s'agira alors de s'attarder sur un droit de même ampleur, le droit à l'éducation.

2) Le droit à l'éducation, un « droit-créance » d'ampleur équivalente au droit à la protection de la santé

Fruit de l'héritage du droit à l'« *Instruction publique* » institué sous la Constituante, le droit à l'instruction, véritable « droit-créance », est désormais garanti par l'alinéa 13 du Préambule de 1946¹¹⁴². Comme nous le savons, les « droits-créances » étant non-invocable directement devant une juridiction, il est nécessaire que le législateur les développe et organise l'action positive de l'Etat ainsi que des mesures de protections qui en découlent. A ce titre, le législateur n'a pas hésité à établir un ensemble de règles contraignantes à l'égard de l'élève constituant une démonstration adéquate concernant notre propos. Nous constaterons alors que le droit à l'éducation est, dans des proportions identiques au droit à la protection de la santé, contraignant pour les individus, ne pouvant s'en dispenser.

a) *L'obligation d'assiduité de l'élève et l'exercice d'un droit contraignant*

Ainsi, l'article L. 511-1 du Code de l'éducation prévoit pour les élèves une obligation d'assiduité aux enseignements. La présence des élèves est obligatoire à l'ensemble des enseignements. Cette obligation d'assiduité est directement déterminée

¹¹³⁹ R.Libchaber, « La propriété, droit fondamental », op. cit., p. 673.

¹¹⁴⁰ L. Duguit, « *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon* », L.G.D.J, 2008, p. 156.

¹¹⁴¹ F. Zenati, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », RTD civ. 1996, p. 932.

¹¹⁴² Alinéa 13 du Préambule de 1946 « ». *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

par le règlement intérieur de l'établissement selon l'article R.511-1 du Code de l'éducation.

a1) L'obligation de scolarité et la privation des droits de l'élève

L'assiduité de l'élève joue un rôle conséquent sur la liberté individuelle de l'élève. Ce dernier ne dispose pas d'une liberté d'aller et de venir pleine selon l'article 66 de la Constitution. Le « droit-créance » à l'éducation s'avère alors être plus contraignant que celui du droit au logement. Cela peut se justifier non pas le manque de disposition textuelle mais par l'étendue et l'ampleur d'une telle obligation pour l'Etat se trouvant alors débiteur exclusif de cette obligation. Le second point réside en l'impérieux motif que constitue le droit à l'éducation. Il constitue la base du développement de la personne, de l'enrichissement des connaissances. Il aurait pu alors être fondé de cette manière sur l'alinéa dixième¹¹⁴³ de ce Préambule relatif au droit au développement personnel.

L'absentéisme répété d'un élève peut alors déboucher sur une sanction qu'est la privation du droit à l'éducation même de l'élève, du moins d'une manière temporaire. Ainsi, le Conseil d'Etat a depuis longtemps admis cette idée de priver un élève dudit droit afin de lutter contre l'absentéisme¹¹⁴⁴. Cette possibilité ne constitue-t-elle pas un oxymore ? En ce sens où l'administration admet une sanction favorisant une privation dudit droit à l'encontre d'une personne qui ne désire pas y avoir recours. En ce qui concerne cette exclusion temporaire, privant l'enfant d'un réel droit à l'éducation, il a été demandé à la Cour européenne si cette sanction ne privait pas l'intéressé audit droit ? A cette question, la Cour répond qu'une telle mesure ne prive en rien le droit à l'instruction dès lors qu'elle poursuit un but légitime¹¹⁴⁵.

a2) L'obligation de scolarité et la privation des droits des responsables légaux

D'autres moyens de pression sont utilisés par les pouvoirs publics afin de contraindre un élève de se rendre en cours, de recourir de manière effective à son droit à l'éducation. D'un point de vue historique, la contrainte scolaire ne date pas d'hier. La loi « Ferry » du 28 mars 1882 prévoyait déjà, à l'époque, des sanctions en cas d'absentéisme non-justifié ou récurrent. Cette loi prévoyait des sanctions administratives mais également pénales. D'ailleurs, de nos jours, deux sanctions pénales sont prévues à l'encontre des parents d'enfants absentéistes. Il s'agit de l'article 227-17¹¹⁴⁶ du Code pénal et de l'article R. 624-7 du même Code. Ce n'est pas un hasard, si dans la première

¹¹⁴³ Alinéa 10 du Préambule de 1946 « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

¹¹⁴⁴ Conseil d'Etat, 4^{ième} sous-section du 28 octobre 1996, n°170560, « *Van Hulle* ».

¹¹⁴⁵ Cour européenne des droits de l'Homme n°40385/06 du 11 janvier 2011, « *Affaire Ali c/ Royaume-Uni* ».

¹¹⁴⁶ Article 227-17, alinéa premier du Code pénal « *Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la morale ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

de ces dispositions ne retrouvons une référence à la santé et à l'éducation, deux « droits-créances » de même ampleur contribuant à une certaine contrainte.

En outre, avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2013¹¹⁴⁷, la loi « *Ciotti* »¹¹⁴⁸ prévoyait la suspension ou la suppression du versement des allocations familiales aux parents d'enfants observant un absentéisme trop important, que cet enfant soit soumis à l'obligation scolaire ou bien qu'il soit majeur. Lors d'un litige relatif à cette loi, une demande de QPC a été examinée par le Conseil d'Etat. Dans son arrêt du 15 juin 2011¹¹⁴⁹, ce dernier a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ladite disposition en raison du manque de caractère sérieux de la contestation. Le Conseil d'Etat, en tant que juridiction « filtre » lors d'une QPC, a principalement considéré que la loi ne portait pas atteinte dixième et onzième alinéa du Préambule de 1946 qui « *implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille* ».

L'obligation scolaire prive alors indéniablement l'enfant mais également ses représentants légaux de certains de leurs droits fondamentaux. Cette privation démontre le caractère contraignant que peut revêtir un « droit-créance » d'envergure et de grande ampleur disposant d'une base textuelle de valeur constitutionnelle. A l'image du droit à la protection de la santé et à l'inverse du DALO, le droit à l'éducation implique une véritable action de l'Etat. Le DALO pouvant alors se résoudre principalement par la mise à disposition d'un logement entre personnes privées, l'éducation et la santé, elles, impliquent des moyens exorbitants qui être valablement supportées principalement par des personnes privées ou à des couts importants pour les individus. Cela aboutirait alors sur une restriction d'accès au droit à la santé ou à l'éducation et créerait inévitablement des inégalités entre les individus.

b) Les obligations annexes tendant à une bonne éducation

Les élèves sont soumis à diverses obligations annexes permettant un bon déroulement de l'enseignement et donc de parfaire le droit à l'éducation. L'article L. 511-1 du Code de l'éducation prévoit que « *Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études* ». Outre l'obligation d'assiduité, les élèves sont soumis à une obligation de faire. Il s'agit d'accomplir l'ensemble des prescriptions émises par le corps enseignant ou par le personnel d'un établissement. Ils sont obligés de respecter le règlement intérieur de l'établissement afin que leur scolarité soit effective.

En outre, s'ils disposent également de « libertés » telles que l'information ou l'expression, celle-ci est strictement limitée. Une telle restriction prévue par l'article L.

¹¹⁴⁷ Loi n°2013-108 du 31 janvier 2013 « *tendant à abroger la loi n°2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire* ».

¹¹⁴⁸ Loi n°2010-1127 du 28 septembre 2010 « *visant à lutter contre l'absentéisme scolaire* ».

¹¹⁴⁹ Conseil d'Etat, 1^{ière} et 6^{ième} sous-sections réunies du 15 juin 2011, n°347581, « *Association Justice pour toutes les familles* ».

511-2 du Code de l'éducation se fonde notamment sur le principe de neutralité. Le prosélytisme, ainsi que l'imposition de signes ostentatoires sont parfaitement interdits. La liberté vestimentaire de l'élève est donc restreinte lorsqu'un doute subsiste sur le caractère ostentatoire et religieux du port d'une tenue. Ainsi, le juge administratif du fond a considéré que le port permanent d'un bandana par une jeune fille pouvait être interprété comme « l'expression ostensible d'une appartenance religieuse »¹¹⁵⁰ juge Antony Taillefait¹¹⁵¹. Cette solution a par la suite été confirmée par le Conseil d'Etat¹¹⁵².

Il est dès lors manifeste que les « droits-créances » peuvent être contraignants. Cette contrainte s'exerce dans le but de pouvoir rendre le plus effectifs possible des droits indispensables pour la personne humaine, pour la sauvegarde de sa dignité mais aussi certainement dans le but de préserver des intérêts financiers. Les droits sociaux, dans leur ensemble tendent à la promotion et la protection de la dignité de la personne, lui permettre de disposer d'un niveau de vie en adéquation avec ce principe. Sont alors établis des principes cardinaux qui soutiennent ce principe. Dans un souci d'effectivité du principe de la dignité humaine, ces principes cardinaux incombant alors nécessairement à l'Etat peuvent alors absorber ce principe de dignité humaine et constituer des abus pour ce dernier. L'exercice d'une contrainte trop forte et disproportionnée nuire au résultat escompté.

Ainsi, en ce qui concerne le droit à la protection de la santé, s'oppose deux conceptions qui pourtant reposent sur le même principe régulateur, celui de la dignité humaine. Si la protection de la santé se réifie par l'existence d'un « droit-créance » effectif et impliquant un certain degré de contrainte, le droit à la protection de la santé s'entend également d'un droit subjectif impliquant que nul n'y porte atteinte, se basant alors sur le principe de l'autonomie de la volonté, du libre consentement qui s'exprime également à travers le principe de dignité. Le but du législateur en la matière sera donc de trouver le parfait équilibre entre l'effectivité du « droit-créance » à la protection de la santé et la sauvegarde des intérêts individuels en matière de protection de la santé laissant à la personne une certaine autonomie.

SECTION II – LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTE ENTRE « DROIT-CREANCE » ET DROIT DEFENSIF

Il existe un lien évident entre la protection de la santé publique et la protection de la santé de la personne. D'une part, cette relation évidente s'attache au domaine, ces deux conceptions s'attachant qu'à la promotion de la santé de l'individu. Ces deux conceptions permettent de donner une force supplémentaire à cette notion qui se décomposerait alors en une vision collective se manifestant à travers le « droit-créance » et individuelle à travers un droit subjectif. Cette décomposition permet alors d'apprécier

¹¹⁵⁰ Tribunal administratif de Versailles du 20 décembre 2006, n° 0502522.

¹¹⁵¹ A. Taillefait, « Régime juridique de la vie scolaire », JurisClasseur Administratif, Fascicule 233-10 du 31 décembre 2012.

¹¹⁵² Conseil d'Etat, 4^{ième} et 5^{ième} sous-sections réunies du 05 décembre 2007, n°295671, « Ghazal ».

une certaine complémentarité mais également une certaine relation conflictuelle tant nous savons que le « droit-créance » à la protection de la santé peut être contraignant pour la personne.

D'autre part, l'union des deux conceptions se base sur l'unification de la norme constitutionnelle. Ces dernières étant toutes deux issues de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Plusieurs questions découlent alors de cette subdivision.

Quelle est la portée d'un tel principe ? Quelle réalité englobe-t-il ? En quoi cette dualité est-elle bénéfique pour le patient ? Le consentement trouve-t-il sa place dans une conception plus que dans une autre ? Ou bien est-il valablement applicable aux deux domaines ?

Nous constatons donc que la reconnaissance d'un droit subjectif à la protection de la santé sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 constitue une consécration des droits du patient (Paragraphe 1). Le droit médical oscille donc entre protection de la santé publique et protection de la santé individuelle, deux conceptions qui, si elles tendent à la protection d'un intérêt commun, se neutralisent (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La reconnaissance d'un droit subjectif à la protection de la santé, la consécration des droits du patient

L'absence de disposition constitutionnelle expresse reconnaissant un droit subjectif à la protection de la santé, nous permet de nous questionner sur la réelle valeur d'un tel droit. Le Conseil constitutionnel est intervenu, et c'est de sa jurisprudence qu'a découlé la découverte d'un tel droit. Droit qui a pour conséquence l'ensemble des droits du patient si l'on se réfère à la philosophie protection de l'individu dans sa conception individualiste. Nous procéderons donc à une analyse comparée pour constater que dans la majeure partie des cas cette conception est absente des Constitutions (A) avant d'en éclairer la portée en France (B).

A) L'absence de disposition constitutionnelle expresse et le droit comparé

La Constitution, dans son ensemble, n'évoque pas expressément le droit à la santé dans sa conception individuelle ou personnelle. Le Préambule de 1946 ayant vocation à proclamer des droits sociaux, semble s'intéresser qu'à la dimension collective de la protection de la santé, à savoir l'accès aux soins, par l'exercice du « droit-créance ». Cette dimension collective se justifie donc par l'action positive de la « Nation » à procurer « à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé... ». Cette disposition implique une action positive de l'Etat à travers l'élaboration de normes à valeur législative afin que l'accès aux soins de l'ensemble des individus soit « garanti ». Cette conception s'oppose en apparence à l'édiction d'un véritable droit subjectif ou défensif impliquant la garantie d'un droit à la santé auquel l'Etat ne pourrait porter atteinte par la prise de législation contraire. Cette conception du droit à la santé comme droit subjectif repose sur « l'idée de bon fonctionnement du « mécanisme » du corps et

sans doute aussi de la psyché et de l'esprit humains »¹¹⁵³. Le professeur Syméon Karagiannis considère effectivement que si le droit subjectif à la santé demeure présent dans les textes internationaux, « nombre de Constitutions nationales ignorent un tel droit »¹¹⁵⁴.

1) L'absence dans les Constitutions espagnoles et portugaise du droit subjectif à la santé

Ainsi, les Constitutions préalablement évoquées¹¹⁵⁵ en matière de droit à la santé ne mentionnent, à l'image de la Constitution française, un tel droit que sous l'angle d'un « droit-créance ». Rappelons-nous, par exemple concernant la Constitution espagnole qui, en son article 43, proclame « *Le droit à la protection de la santé* ». Se distingue alors un certain vocabulaire permettant de catégoriser et de compartimenter les deux acceptations. La « *protection de la santé* » indique manifestement une certaine volonté des pouvoirs publics de mettre en place une politique permettant d'accéder à cet objectif valablement soumis à une obligation de moyen. En outre, le droit à la santé de l'individu recouvre plutôt une obligation de résultat, ne pas mettre en péril la santé d'autrui constitue l'objectif principal des actions ou inactions permettant à l'individu d'atteindre « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »¹¹⁵⁶. Ainsi, la protection de la santé dans sa dimension de « droit-créance » implique une relation exclusive entre les individus et l'Etat alors que la conception du droit subjectif suppose une relation multilatérale entre les individus entre eux, l'administration et l'Etat. La multiplicité des acteurs pouvant alors porter atteinte à la santé de l'individu semble alors justifier une abstention des constituants à consacrer une telle acceptation.

L'article 43 de la Constitution espagnole prévoit la « *protection de la santé* » de la même manière que la France, comme une obligation d'ouvrir l'accès aux soins au plus grand nombre et impliquant une obligation positive ne pouvant émaner que de l'Etat¹¹⁵⁷. Pour la plupart des constituants, la conception de la protection de la santé repose sur une organisation étatique de l'accès aux soins et de la prévention de la transmission des affections par l'administration de moyens préventifs, s'avérant parfois contraignants pour l'individu. En tant que texte organisant l'action de l'Etat, la plupart des Constitutions ne retiennent pas le droit à la santé comme étant un droit subjectif.

¹¹⁵³ S. Karagiannis, « Le droit à la santé dans certains textes internationaux et constitutionnels : entre généreuse utopie et mesquin pragmatisme ? », *Journal du droit international*, n°4, Octobre 2012, doctrine 11.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵⁵ Nous avons évoqué le droit à la protection de la santé à travers différentes Constitutions en introduction.

¹¹⁵⁶ Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New-York, 19 juin- 22 juillet 1946, signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats.

¹¹⁵⁷ Article 43, paragraphe 2 de la Constitution espagnole « *Il incombe aux pouvoirs publics d'organiser et de protéger la santé publique par des mesures préventives et les prestations et services nécessaires. La loi établira les droits et les devoirs de tous à cet égard* ».

Passons à la Constitution portugaise, qui, sur ce point, est bien plus précise. Si le constituant portugais s'attache à consacrer le droit à la « protection de la santé » comme ont pu faire les constituants français ou espagnol, nul doute que cette disposition recouvre la même réalité d'une obligation positive de la part de l'Etat et non pas la consécration d'un droit individuel subjectif. Consacré à l'article 64, dans un Chapitre second relatif aux « *Droits et devoirs sociaux* », nous pouvons conclure à la consécration d'un « droit-créance ». Comme nous l'avons déjà traité préalablement, le constituant portugais considère ce droit « à la protection de la santé » comme une obligation de l'Etat de garantir un accès efficace aux soins¹¹⁵⁸.

Dans son rôle d'organisatrice des institutions publiques, de leur rôle, fonction, l'ensemble des Constitutions définissent les obligations qui incombent à l'Etat. A ce titre, en France, le Préambule de la Constitution de 1946 établit divers droits sociaux dont la réalisation incombe exclusivement à l'Etat. Cet Etat débiteur prend alors des mesures protectrices qui se traduisent par la mise en place de moyens concrets et dont la définition appartient au législateur selon l'article 34 de la Constitution.

Le droit à la santé en tant que droit subjectif ne nécessite aucune action directe de l'Etat. Ledit droit n'est alors nullement hissé au sommet de la pyramide par l'action positive de l'Etat mais ce dernier doit néanmoins s'assurer que les actions qu'il entreprend dans d'autres domaines ne le rabaissent pas à la base de cette pyramide en portant atteinte à son contenu essentiel. L'Etat est alors débiteur d'une manière indirecte, en mettant en place des mesures protectrices qui empêcheront l'ensemble des acteurs de la société, qu'il s'agisse de personnes publiques ou privées, de porter atteinte à un tel droit. Le constituant semble alors estimer qu'il n'est pas nécessaire qu'un tel droit, en matière de santé soit expressément consacré.

2) La conception dualiste de la Constitution italienne

L'article 32 de la Constitution italienne semble consacrer expressément les deux conceptions du droit à la santé, preuve qu'une subdivision juridique peut être opérée de cette grande notion et valeur qu'est la santé. Déjà présenté de manière plus précise, le droit à la protection de la santé par la Constitution italienne déclare que « *La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle garantit des soins gratuits aux indigents* ». Si la seconde partie du premier alinéa concerne le « droit-créance » de la protection de la santé, la Constitution italienne reconnaît le droit à la santé dans sa conception individualiste et dans sa conception collective. En ce sens, la Constitution italienne présente une véritable exception parmi l'ensemble des textes fondamentaux de ses voisins européens.

¹¹⁵⁸ Article 64, paragraphe 2, a) de la Constitution portugaise permettant le droit « à la protection de la santé », « au moyen d'un service national universel et général qui tendra à la gratuité, eu égard à la situation économique et sociale des citoyens » ou encore selon l'article 64, paragraphe 3, b) de « doter le pays d'un réseau rationnel et efficace de ressources humaines et d'unité de santé ».

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, le professeur Cesare Pinelli¹¹⁵⁹ considère que « le droit à la santé est un droit *erga omnes*, immédiatement garanti par la Constitution et, en tant que tel, directement susceptible d'action judiciaire par les sujets légitimés envers les auteurs des comportements illicites »¹¹⁶⁰. Si le droit à la santé est susceptible d'un recours devant les juridictions, s'il est justiciable, alors cela signifie que nous avons bien à faire à une dualité de régime prévue par la Constitution elle-même. D'ailleurs, l'auteur ajoute « Par contre, dans sa dimension de droit à obtenir des soins (droit-créance), « le droit à la santé est garanti à chaque personne comme un droit constitutionnel conditionné, dépendant de la concrétisation qu'en donne le législateur ordinaire, lequel établit une conciliation entre l'intérêt protégé par ce droit et les autres intérêts protégés par la Constitution »... »¹¹⁶¹.

L'auteur considère enfin qu'« En tant que droit *erga omnes*, le droit à la santé relève de la compétence du juge ordinaire. Les choses sont plus compliquées pour ce qui concerne le droit à obtenir des soins. Celui-ci a été longtemps de la compétence du juge ordinaire qui, étant juge des rapports entre individus plutôt que juge de l'action administrative, a pu aisément garantir une protection pleine et immédiate du droit aux soins vis-à-vis des omissions ou des actions de l'administration, indépendamment de leur conformité à la loi... »¹¹⁶².

Pour le professeur Bertrand Mathieu¹¹⁶³, entendre la santé comme un droit subjectif c'est l'entendre de manière restrictive. Ce sens restrictif « concerne alors la poursuite du processus vital. Il s'agit, selon les termes de la Cour italienne, du droit minimum à la santé (...) De manière encore plus restrictive, le droit à la santé peut être conçu comme un droit à l'intégrité physique. Il impose alors l'obligation de ne pas porter atteinte à la santé d'un individu. Ce droit est par exemple formulé par l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande, où il est associé au droit à la vie. Ce respect du droit à la vie, peut être considéré, en ce sens, comme le stade ultime du droit à la santé ».

Cette vision peut être convenablement plus restrictive dans la mesure où elle s'attache à la conception individualiste du droit à la santé et non au droit social emportant une dimension collective. C'est ainsi que conçoit la Loi fondamentale allemande la protection de la santé de l'individu. Majoritairement dépourvue de toute proclamation de droits sociaux, ou « droits-créances », le constituant de la République fédérale allemande ne s'efforce pas à consacrer un droit à la santé qui peut être simplement déduit de l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale. En somme, la Constitution italienne semble la plus avancée sur le sujet de la protection de la santé

¹¹⁵⁹ C. Pinelli, « Santé et Constitution : l'exemple italien », RDSS 2013, p. 137.

¹¹⁶⁰ L'auteur édicte cette règle en s'appuyant sur de nombreuses jurisprudences de la Cour constitutionnelle italienne et notamment ses décisions n°88/1979, 184/1986 et 559/1987.

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² *Ibidem*.

¹¹⁶³ B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°6, janvier 1999.

proclamant dans le même article l'ambivalence que cette notion peut recouvrir. Une exception parmi les Constitutions européennes qui, à l'image de la France, si elle reconnaissent un droit à la santé, ce dernier n'est envisagé exclusivement comme un droit social, en raison de la protection de la santé publique, garantissant un accès permanent aux soins.

B) La reconnaissance d'un droit subjectif, d'un droit défensif en France

Si la Constitution ne le prévoit pas en tant que tel dans son corpus textuel, il n'en demeure pas moins que le droit à la santé envisagé sous l'angle d'un droit défensif existe. Chaque individu, outre la mise en place d'un système de santé garantissant un accès efficace aux soins, a le droit de voir sa santé sauvegardée, préservée des atteintes que peut éventuellement lui infliger l'Etat ou les tiers.

Si l'alinéa onzième du Préambule de la Constitution de 1946 ne prévoit *a priori* qu'une « protection objective de la santé », le professeur Xavier Bioy reconnaît que l'« ambiguïté de la santé a toujours posé problème au Conseil constitutionnel. Que la question soit posée dans le cadre d'un contentieux *a priori* ou *a posteriori*, qu'il s'agisse de l'accès aux soins ou de la limitation d'activités au nom de la protection de la santé publique, qu'il s'agisse de fiscalité ou d'organisation des professions de santé, on sent chez le juge constitutionnel une retenue liée à la considération qu'il accorde à la manifestation d'une politique publique, conditionnée par des choix techniques et financiers sur lesquels il doit se garder d'exercer son emprise »¹¹⁶⁴. En somme, la plupart des « affaires » présentées au juge constitutionnel renvoient le plus souvent à la protection de la santé entendue comme un « droit-créance ». Qu'il s'agisse de la liberté d'aller et venir en matière de soins psychiatriques, de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété, du droit de grève, chacun de ces droits et libertés ont été conciliés avec une vision objective du droit à la santé. La santé, qu'elle soit appréhendée de manière objective ou subjective doit alors emprunter deux définitions différentes pour que les deux pans qui la constituent, puissent être distingués.

- 1) La définition du droit subjectif à la santé, l'existence d'une définition autonome ?

Pourtant, il existe bien un droit subjectif à la santé, un droit à la sauvegarde et la préservation de sa propre santé, impliquant une reconnaissance d'un tel droit et corrélativement d'un corpus de règles hétéroclites veillant à ce que ledit droit soit préservé. Nous pensons alors directement à la définition donnée par l'OMS en la matière qui semble néanmoins « exagérée » et trop extensive. Pour le professeur Jean-Michel de Forges, cette définition s'attache au « bien-être social » qui concerne une matière du

¹¹⁶⁴ X. Bioy, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », RDSS 2013, p. 45.

droit en lien avec le droit de la santé mais qui pourtant s'en distingue¹¹⁶⁵. En effet, avant de découvrir le droit subjectif à la santé, il est nécessaire de lui donner une définition valable afin de mieux la discerner. Pour le professeur Jean-Marie Auby, la santé est « l'état d'une personne non atteinte de maladies ou d'imperfections organiques ou fonctionnelles susceptibles de limiter son activité physique ou mentale »¹¹⁶⁶. Cette définition rompt effectivement avec celle donnée par l'OMS la considérant comme un état de « *complet bien-être physique, mental et social* ».

Pour ces deux auteurs donc, la définition donnée par l'OMS est largement critiquable. Elle semble d'une part trop extensive, dénigrant alors le droit de la santé en tant que discipline autonome. Pour le premier de ces auteurs, la définition inscrite dans la Constitution de l'OMS revêt un costume trop proche de celui droit social, qui met en danger la discipline. Or, le droit à la protection de la santé, en tant que « droit-créance » est un droit social. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 malgré son attachement au droit à la protection de la santé, n'est pas étranger au droit social lorsqu'il assure aux individus un droit à « *la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* » voire au « *moyens convenables d'existence* ». Nous pouvons alors opérer un raisonnement différent de celui de M. De Forges, en considérant que la définition donnée par l'OMS n'a pas vocation à banaliser le droit de la santé mais à le concevoir simplement comme un « droit-créance », un droit social impliquant une action positive de l'Etat.

Pour le professeur Auby¹¹⁶⁷, selon sa définition de la santé, il s'agit alors d'une approche restrictive, s'attachant uniquement à la protection de la santé de l'individu comme l'a souligné le professeur Mathieu¹¹⁶⁸.

Le professeur Jean-Simon Cayla rappelle que « Le droit à la santé n'est pas un droit égal pour tous à un parfait état de santé »¹¹⁶⁹. La définition de l'OMS est ainsi critiquable. En effet, l'état de « *complet bien-être* » qu'elle prescrit, d'un point de vue subjectif, ne pourra pas être atteint par tous les individus. Il est alors possible de considérer que la définition donnée par l'OMS n'est point tenue pour vérité absolue. Elle constitue, en réalité, un objectif à atteindre. La définition donnée par le professeur Cayla semble alors bien meilleure. Elle recouvre tous les aspects du droit de la santé, tant le droit subjectif que le « droit-créance ». Il définit le droit à la santé comme « le droit de chacun à la protection et aux conditions de développement complet de ses potentialités sanitaires, adaptés à ses propres besoins et aux risques auxquels il est exposé ainsi qu'à un égal accès aux soins les meilleurs »¹¹⁷⁰.

1165 J.-M. De Forges, « *Le droit de la santé* », *op. cit.*, pp. 6-7.

1166 J.-M. Auby, « *Le droit de la santé* », P.U.F, Collection Thémis, 1981, p. 11.

1167 *Ibidem*.

1168 B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *op. cit.*

1169 J.-S. Cayla, « La santé et le droit », RDSS 1996, p. 278.

1170 *Ibidem*.

La première partie de la définition exprime une nécessaire protection de la santé des individus par l'interdiction d'y porter directement atteinte. Elle s'attache à l'approche subjective dudit droit. La seconde partie concernant la mise à disposition des personnes un égal accès aux soins « les meilleurs » concerne, elle, une conception objective impliquant une obligation positive de moyens de l'Etat.

2) Le contenu du droit défensif à la santé et les mesures de protection

L'ensemble du contenu défensif à la protection de la santé tend donc à être opposable à l'égard des tiers mais également de l'Etat. Un tel droit exclut alors comme le rappelle Laurence Gay toute ingérence¹¹⁷¹. Dès lors, le droit subjectif à la protection de la santé consacre une obligation négative de l'Etat. Néanmoins, sous l'égide d'une telle obligation abstentionniste s'opère une double distinction impliquant, paradoxalement, des obligations. D'une part l'Etat doit reconnaître l'existence d'un tel droit et dans un second temps doit établir une législation protectrice. Ces deux actions tendent néanmoins vers la même finalité qu'est l'interdiction de porter atteinte à la santé des individus.

Envisagé de telle sorte par plusieurs auteurs, le droit subjectif à la protection de la santé est un « kaléidoscope de droits »¹¹⁷². Pour le professeur Éric David, s'appuyant sur la définition donnée par l'OMS, le droit à la santé ne s'entend « plus » comme étant « un droit de l'homme » mais comme « un ensemble de droits de l'homme, présents et, sans doute, à venir... ».

a) Le « kaléidoscope des droits » du professeur Éric David... le contenu non exhaustif du droit à la santé

Dans son article précité, le professeur Éric David considère que le droit à la santé ne constitue pas purement et simplement le droit d'être en bonne santé, mais bien un objectif à atteindre et dont le résultat ne peut être préservé ou tenté d'être préservé que par le respect d'autres droits le constituant. Il fonde cette idée, premièrement, sur la multiplicité des sources internationales consacrant ce droit¹¹⁷³. L'auteur considère alors que les atteintes à la santé peuvent émaner de « la nature » ou des « individus » entre eux. La première de ces conceptions ne sera alors pas entreprise ici dans la mesure où elle renvoie inéluctablement à l'ensemble des règles de protection et de prévention, contraignantes, qui soutiennent l'aspect objectif de la protection de la santé.

¹¹⁷¹ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », op. cit., p242.

¹¹⁷² E. David, « Le droit à la santé comme droit de la personne humaine », Revue québécoise de droit international, 1985, p. 64.

¹¹⁷³ L'auteur déclare que l'« on observe que les normes internationales visant à assurer à tout individu le droit d'accéder à un tel état sont fort nombreuses, et ceci, sans doute, pour répondre à la variété et à la multiplicité des agressions physiques et psychiques dont l'homme peut faire l'objet ».

En revanche, bien plus intéressant pour nos actuels propos, l'étude de la protection de la santé « contre les agressions de l'homme et de la société » constitue une démarche répressive et réparatrice des atteintes à la santé de l'individu qui est alors envisagée sous l'égide de la protection subjective de la santé. Alors, si le droit de la santé s'entend de la protection de l'intégrité physique ou de la vie, la Convention de Genève relative aux « conflits armés » tend à améliorer le sort des individus, de leur santé. L'auteur cite également la « Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signée à La Haye, le 18 octobre 1907 ». Ces deux textes démontrent alors que la volonté de nuire à la santé est une préoccupation centrale, même en temps de guerre. Il rappelle également que d'une manière générale que « le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants » participent également à cette notion subjective de santé tout comme le travail forcé.

Ces conceptions rejoignent les considérations du professeur Bertrand Mathieu concernant le « sens restrictif » du droit à la santé¹¹⁷⁴. Le droit subjectif à la santé recouvre alors l'ensemble des droits déjà évoqués préalablement. Notamment, le droit subjectif à la santé s'appuie sur la protection de l'intégrité physique, du droit à la protection de la dignité humaine, sous certains aspects du droit à la vie, du respect de la vie privée, de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Ce panel de droits procédant à la protection subjective de la santé implique alors un certain libéralisme du droit à la santé, en opposition avec la contrainte du « droit-créance ». Cet aspect subjectif se traduit dans la loi du 04 mars 2002 des droits du patient, notamment le droit à l'information ainsi que le droit au refus de soins. Il s'agit d'une véritable consécration légale du droit subjectif à la santé.

b) L'inévitable lien entre le droit subjectif à la santé et les mesures protectrices

Outre le fait de devoir reconnaître un tel droit, l'Etat se doit également de mettre en place une législation protectrice. Il en est ainsi du droit pénal qui veillera particulièrement à la protection de la dignité de la personne comme l'a déclaré le professeur Viriot-Barrial¹¹⁷⁵, la santé et de la vie de la personne comme le rappelle le professeur Geneviève Giudicelli-Delage¹¹⁷⁶. Cette dernière déclare que « L'obligation faite à l'Etat d'assurer à tous la meilleure santé possible (...) conduit à sanctionner les actes portant atteinte à la santé d'autrui... ». Cela confirme la règle selon laquelle un droit subjectif à la santé qui oblige l'Etat à s'abstenir d'y porter atteinte implique également une obligation positive de ce dernier à mettre en place une législation protectrice. Ainsi, le droit pénal joue un rôle protecteur de la santé, il « n'a été conçu que

¹¹⁷⁴ B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », op. cit.

¹¹⁷⁵ D. Viriot-Barrial, « Dignité de la personne humaine », op. cit.

¹¹⁷⁶ G. Giudicelli-Delage, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC 1996, p. 13.

comme un instrument au service de règles ou de principes posés par d'autres droits »¹¹⁷⁷.

Le droit pénal, dans son rôle de protection de l'intégrité physique, de la vie de l'individu et dès lors de la santé tend à préserver l'individu des atteintes qui sont susceptibles de lui être portées. Il suffit de regarder la partie du Code pénal relative à la protection de la personne contre les atteintes dont elle est sujette pour s'apercevoir que la règle répressive s'attache à cette vertu de protection subjective de la santé. Néanmoins, le droit pénal demeure ambivalent et tend également à protéger l'aspect « droit-créance » du droit de la santé et la protection de la santé publique. Il suffit de soulever la question la législation vaccinale pour s'apercevoir que le droit pénal protège également la santé publique. Comme nous l'avons préalablement évoqué à des fins judiciaires, le droit pénal de fond et de forme peut porter atteinte à la santé de l'individu. Dans sa décision du 13 mars 2003¹¹⁷⁸, le Conseil constitutionnel soulève d'ailleurs cette ambivalence. Alors que la loi déferée devant le Haut Conseil prévoit la possibilité pour le procureur de la République ou pour le juge d'instruction d'ordonner un examen médical *via* une prise de sang sur demande d'une victime d'agression sexuelle ou dans son intérêt à l'égard d'un auteur présumé, lorsqu'il existe contre ce dernier « *des indices graves et concordants* », « les sages » n'ont pas invalidé cette contrainte médicale. Ils ont considéré que « *dans ces conditions, la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause et, plus particulièrement, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, de la protection de la santé de la victime...* ». Si protéger la santé c'est également protéger l'intégrité physique, alors la contrainte médicale, qui touche nécessairement et directement la personne ne peut être tolérée. Le texte rappelle d'ailleurs que le consentement de la personne doit être en priorité recherché. Il revient alors de la liberté des individus de pouvoir consentir à des pratiques médicales. En revanche, si le Conseil semble valablement indiquer que le libre consentement constitue le principe, ce dernier peut faire l'objet de dérogations notamment lorsqu'il s'agit de préserver un intérêt impérieux rendant alors la contrainte « *nécessaire* ». En l'occurrence, la protection de la santé de la victime prime celle de l'auteur car cette dernière doit être informée, selon les termes de la loi, de son propre état de santé vis-à-vis des risques de transmission sexuelle d'une maladie.

Il existe alors un conflit permanent entre les deux pans de la protection de la santé. Laurence Gay déclare ainsi que « Les règles juridiques illustrent depuis longtemps les possibles conflits entre ces deux biens¹¹⁷⁹ (maîtrise de soi et contrainte sanitaire) ». Ce conflit, qui se manifeste également en droit civil, dont les articles 16 et suivants exposent l'opposition entre la protection de l'intégrité physique et la possible contrainte médicale, est délimité et organisé par le principe de dignité humaine qui par son

¹¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹¹⁷⁸ Conseil constitutionnel, n°2003-467 DC du 13 mars 2003, « *Loi pour la sécurité intérieure* ».

¹¹⁷⁹ L. Gay, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », op. cit., p. 245.

ambivalence naturelle jouera un rôle de régulateur imposant un cadre respectif aux deux pans du droit à la protection de la santé.

3) La consécration de la lecture subjective du droit à la protection de la santé

Pour que la lecture subjective du droit à la protection de la santé soit considérée également comme droit fondamental, il faut que cette dernière dispose d'une norme supra législative lui servant de fondement. A défaut de fondement constitutionnel express, il est nécessaire que ledit droit dispose d'une législation protectrice afin que le juge constitutionnel puisse en déduire qu'il s'agit d'un droit fondamental et ainsi le rattacher à une norme constitutionnelle.

Le droit subjectif à la protection de la santé dont s'inspire le droit au consentement médical peut valablement s'appuyer sur de nombreux principes ou libertés fondamentaux. Nous l'avons vu, ce droit peut s'appuyer sur le principe du respect de la dignité humaine et sur ses principes « satellites », mais également sur le principe du respect de la vie privée de l'individu ou encore sur la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel qui a accepté une telle lecture ne semble pourtant pas se fonder sur de tels principes mais déduit de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 une double acceptation de la protection de la santé.

a) La naissance du droit subjectif à la santé avec la décision « IVG » de 1975

Cela peut paraître paradoxal mais le droit à l'IVG peut valablement « concevoir ». La discussion de l'ouverture d'un droit aux femmes d'interrompre volontairement leur grossesse a donné naissance au droit subjectif de la protection de la santé. Un principe qui, rappelons-le, envisage une interdiction (obligation d'abstention) opposable à l'Etat et aux tiers de porter atteinte à la santé d'autrui. Dans la décision du 15 janvier 1975¹¹⁸⁰, le Conseil constitutionnel est donc saisi d'une demande d'inconstitutionnalité de la loi ouvrant le droit aux femmes de disposer volontairement de leur grossesse. C'est en filigrane que se dessine le principe selon lequel l'alinéa 11 du Préambule de 1946 recèle un droit subjectif à la protection de la santé.

Les contestations autour de cette loi étaient de porter atteinte à l'embryon en développement. Il est reproché à cette pratique de tuer un enfant à naître. A cela le Conseil constitutionnel répond alors qu'il ne tolérerait que « *soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie* » et qu'en conséquence cette mesure n'était alors pas contraire aux dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Le raisonnement est alors de considérer qu'il ne peut être porté atteinte à la santé de l'embryon qu'à partir de l'instant où ce dernier constitue « *le commencement de la vie* ». Nous pouvons alors légitimement penser qu'il est interdit de

¹¹⁸⁰ Conseil constitutionnel n°74-54 DC du 15 janvier 1975, « IVG ».

porter atteinte au principe dudit article lorsque cela concerne une personne en vie, qu'alors cet article implique un droit subjectif à la protection de la santé. Comme le rappelle Laurence Gay¹¹⁸¹, il ne s'agit que d'une stricte application de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 prévoyant que la protection de la santé s'applique distinctement à la « mère » et à « l'enfant ». Il était alors difficile d'appliquer un tel principe de la protection de la santé dès la conception de l'enfant. Il fallait attendre inévitablement que ce dernier se distingue, au moins juridiquement de sa mère. Malgré cela, la décision du Conseil constitutionnel n'en est pas moins empreinte de subtilité. Le Conseil n'affirme pas explicitement que l'alinéa 11 du Préambule de 1946, qui est en premier lieu programmatique, se subdivise également en un droit défensif. Cela se déduit de l'argumentation faite par ce dernier. S'il avait considéré que ledit droit s'entendait uniquement d'un point de vue du « droit-créance » il se serait certainement contenté de rappeler que ce dernier n'était pas applicable, non pas en raison du statut de l'embryon, mais à raison de la technique juridique.

b) La confirmation du droit subjectif à la protection de la santé, la décision « IVG II »

Lorsque la nouvelle loi « IVG » se présenta au Conseil constitutionnel en raison du prolongement du délai d'intervention de dix à douze semaines, les auteurs de la saisine ne prirent même plus la peine d'invoquer le droit subjectif à la protection de la santé de l'embryon tant le sujet leur paraissait délicat en raison du statut juridique de ce dernier et ainsi voir leur demande d'inconstitutionnalité de la loi balayée. Ils se sont alors fondés sur le droit subjectif à la protection de la santé de la mère, soumise à des procédures plus risquées lorsque leur demande dépasse la dixième semaine. Cette seule demande démontre déjà que l'interprétation de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 peut s'entendre comme consacrant un droit subjectif de défense.

La réponse du Conseil constitutionnel fut alors bien plus claire qu'en 1975. Il déclare en ce sens que « *si l'interruption volontaire de grossesse constitue un acte médical délicat lorsqu'elle intervient entre la dixième et la douzième semaine, elle peut être pratiquée, en l'état actuel des connaissances et des techniques médicales, dans des conditions de sécurité telles que la santé de la femme ne se trouve pas menacée...* »¹¹⁸². Le Haut Conseil prend alors acte de la décision de 1975 et la confirme dans une décision bien plus limpide que la précédente. Il reconnaît effectivement qu'il existe bien un droit subjectif à la protection de la santé, que ce dernier recouvre un caractère fondamental par sa « supra législativité » dans la mesure où la loi ouvrant cette technique doit apporter les garanties nécessaires à la préservation dudit droit, ce qui, en l'espèce, est le cas.

Le seul regret que nous pouvons avoir quant à cette décision est que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé nécessaire de directement invoquer l'alinéa 11 pour motiver

¹¹⁸¹ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », op. cit., p. 250.

¹¹⁸² Conseil constitutionnel, n°2001-446 DC du 27 juin 2001, « IVG II ».

sa décision même si cela peut s'avérer « futile » dans la mesure où la saisine était motivée sur cette disposition, nous pouvons considérer qu'il la visait directement.

c) Le développement du droit subjectif à la protection de la santé, le développement d'un droit « libéral »

Le droit subjectif à la protection de la santé envisagé en 1975 et confirmé en 2001 est néanmoins marqué par une étape intermédiaire ouvrant le champ d'un tel droit et confirmant sa nature « libérale ». Contrairement au « droit-créance » qui peut s'avérer contraignant, le droit subjectif à la protection de la santé ne contraint pas l'individu mais lui permet de pouvoir librement recourir aux soins dans la limite du cadre de la loi. Malgré tout, en 1978, avant qu'un tel droit soit confirmé, le Conseil constitutionnel s'était penché sur son développement.

c1) Un doute sur la qualité constitutionnelle et du principe du libre choix du médecin

Dans sa décision du 18 janvier 1978¹¹⁸³, la Haute « Juridiction » va alors considérer qu'outre la protection véritable de la santé de l'individu, le droit subjectif à la protection de la santé implique, en outre, diverses libertés pour le patient. Notamment, la liberté pour chacun de choisir librement son médecin. Le Conseil déclare alors qu'« aucune des dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel (...) ne porte atteinte à la liberté de choix du praticien et à la liberté de prescription de celui-ci ». Néanmoins, il se refuse à qualifier ces libertés de fondamentales ou comme ayant une valeur constitutionnelle¹¹⁸⁴. En clair, si le Conseil reconnaît l'existence de tels principes, il ne considère pas comme opportun de devoir étudier leur caractère fondamental ou leur valeur constitutionnelles à partir de l'instant où les règles qui sont présentées à lui ne méconnaissent pas de telles libertés. Le Conseil botte donc en touche et perd l'occasion de déclarer la « fundamentalité » d'un tel droit.

En 1990¹¹⁸⁵, dans une nouvelle décision, le Conseil est à peine plus clair qu'en 1978. D'une part le médecin ne donne, à nouveau, aucune base référentielle permettant de fonder l'éventuel droit fondamental. Deuxièmement, le Conseil ne déclare pas explicitement que la liberté de choisir son médecin constitue un principe ayant valeur constitutionnelle. Néanmoins, nous pouvons dégager cette idée de la syntaxe et des déclarations du juge constitutionnel. En effet, lorsqu'il déclare que « l'article 17 de la loi ne méconnaît en rien les principes invoqués », il semble alors opérer un contrôle de conformité de la loi. Si la loi doit être conforme aux principes invoqués, il est alors

¹¹⁸³ Conseil constitutionnel, n°77-92 DC du 18 janvier 1978, « Contre-visite ».

¹¹⁸⁴ Dans ladite décision le juge constitutionnel déclare qu'à partir de l'instant où la loi qui lui est déférée ne méconnaît pas les libertés en jeu, il n'est pas nécessaire « d'examiner si ces libertés constituent des principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle ».

¹¹⁸⁵ Conseil constitutionnel, n°89-269 DC du 22 janvier 1990, « Dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé ».

possible de penser que ces principes ont une valeur supra législative, une valeur constitutionnelle qui permet de les considérer comme fondamentaux. Pouvons-nous en être aussi certains ? S'agit-il d'un véritable contrôle de constitutionnalité ? Ce contrôle devrait-il alors se contenter de cette simple phrase ? Il ne s'agit que d'une présomption et non d'une affirmation en dépit d'une formulation jurisprudentielle claire et non-équivoque.

D'ailleurs, pourquoi ne pas simplement considérer ce droit comme une liberté publique ? Le premier élément de raisonnement s'inspire du fait que le Conseil s'est toujours refusé, malgré les multiples occasions, à déclarer un tel principe comme étant constitutionnel. En effet, le Conseil refuse d'exprimer clairement la qualité constitutionnelle de ce droit lorsqu'il déclare qu'il est alors inopportun « *de déterminer si les principes en cause ont valeur constitutionnelle* ».

Deuxièmement, le Conseil, dans cette décision du 22 janvier 1990 rappelle que la loi prévoit un tel principe et que l'existence d'une telle norme suffit à donner autorité à ce dogme. Il tient à rappeler que ce dernier constitue, au minimum, une liberté publique¹¹⁸⁶. Il déclare qu'il existe toujours « *des principes déontologiques fondamentaux* » consacrés par la loi¹¹⁸⁷. Notons que la loi du 04 mars 2002 prévoit également ce principe tout en demeurant ambiguë¹¹⁸⁸. En effet, la loi évoque la notion de « *principe fondamentale de la législation sanitaire* ». S'il est qualifié de principe « *fondamental* », en vertu de cette disposition, ne peut-on pas considérer que le législateur a seulement voulu souligner l'importance d'une telle règle ? Ainsi, la qualification qui est faite au terme de « *législation* » peut nous laisser présumer, qu'à titre subsidiaire et à défaut de pouvoir être qualifié de principe fondamental constitutionnel, il s'agit bien d'une liberté publique.

D'ailleurs, le professeur Xavier Bioy, en référence à une jurisprudence du Conseil d'Etat, estime que la question n'est toujours pas tranchée¹¹⁸⁹. Il déclare qu'« Il aurait été pourtant intéressant de trancher la question de l'éventuelle valeur supra-législative de ce principe sur lequel le Conseil constitutionnel ne s'est d'ailleurs jamais prononcé explicitement ». Le doute persistant, il sera difficile de faire ressortir des décisions de 1978 et 1990 une véritable règle confirmant le caractère constitutionnel et donc fondamental de ce principe.

¹¹⁸⁶ Il déclare que « *l'article 17 de la loi ne méconnaît en rien les principes invoqués ; qu'au surplus, demeure en vigueur l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale qui se réfère à des principes déontologiques fondamentaux et notamment au libre choix du médecin par le malade et à la liberté de prescription du médecin* ».

¹¹⁸⁷ Article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale « *Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraire en vigueur à la date de promulgation de la loi n°71-525 du 03 juillet 1971* ».

¹¹⁸⁸ Article L. 1110-8, alinéa 1 CSP « *Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire* ».

¹¹⁸⁹ X. Bioy, « Rémunération des médecins et libre choix du médecin par le patient », Constitutions 2011, p. 405.

c2) Un attachement certain du Conseil constitutionnel au principe de libre choix du médecin

D'autres décisions permettent pourtant de considérer que le Conseil constitutionnel est attaché à ce fameux principe de liberté de choix du médecin. Il est vrai que jusqu'ici, si le Conseil constitutionnel reconnaît la possibilité de considérer un tel principe comme étant constitutionnel, il suffirait alors, même sans l'exprimer, qu'il déclare une loi comme non conforme à ce principe pour en avoir le cœur net. Dans sa décision du 16 janvier 1991¹¹⁹⁰, le Conseil constitutionnel ne va pas jusqu'à affirmer la non-conformité d'une loi par rapport à un tel principe mais va pousser le développement de son argumentation afin de vérifier une telle conformité. Ainsi, de manière plus prudente nous pouvons affirmer que le libre choix du médecin constitue un principe fondamental.

Une nouvelle fois, en 2004, le Conseil a eu à se prononcer à propos de ce principe, concernant la loi instaurant le « médecin traitant ». Évoquée précédemment, la loi du 13 août 2004¹¹⁹¹ prévoit d'instituer la déclaration d'un médecin de référence pour chaque assuré social afin d'établir une meilleure coordination dans le parcours de soins. Ceci en vue d'abaisser les charges de l'Etat, le « médecin traitant » étant alors la « case départ » permettant de juger de l'opportunité d'une consultation chez un spécialiste ou de la prescription d'un examen. Cette loi limite alors l'initiative du patient, son indépendance et sa liberté dans le choix d'un praticien. Ladite loi a donc été confiée à l'examen du Conseil constitutionnel. Une fois de plus, dans sa décision du 13 août 2004¹¹⁹², le Conseil constitutionnel n'a pas retenu la violation du texte.

Nous ressentons cependant, dans ces deux décisions que le Haut Conseil demeure attaché à ce principe malgré les atteintes subies sans pourtant que ces dernières conduisent à une inconstitutionnalité de la loi. Il laisse donc planer encore le doute sur sa valeur supra législative même si dans la décision du 12 août 2004 démontre l'attachement du Conseil à un tel principe par son argumentation de plus en plus poussée. D'une part, le Conseil constitutionnel ne se questionne plus sur la réelle nature et valeur d'un tel principe comme auparavant, mais de surcroît il pousse son argumentation afin de démontrer que le libre choix du médecin demeure un principe fondamental. En effet, il considère en l'espèce que la loi est conforme aux exigences dudit principe en raison de la liberté de choix du médecin traitant.

A partir de cet instant, quel fondement semble le plus adapté pour justifier un tel principe ? Inévitablement l'alinéa 11 du Préambule de 1946 fait figure de fondement privilégié. Ce texte dont découle, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un

¹¹⁹⁰ Conseil constitutionnel, n°90-287 du 16 janvier 1991, « *Loi portant dispositions relatives à la santé publiques et aux assurances sociales* ».

¹¹⁹¹ Loi n°2004-810 du 13 août 2004 « *relative à l'assurance maladie* ».

¹¹⁹² Conseil constitutionnel, n°2004-810 du 12 août 2004, « *Loi relative à l'assurance maladie* ».

véritable droit subjectif à la protection de la santé, il ne pourrait en être autrement. Le fondement semble adéquat car choisir librement son médecin revient à choisir ce qui nous semble être le mieux pour notre santé. Imposer un médecin ou un établissement médical à une personne reviendrait alors à porter atteinte de manière indirecte à notre santé, il semble alors légitime de choisir un fondement tel que l'alinéa 11.

L'attachement du libre choix du médecin traitant au droit subjectif à la protection de la santé nous démontre également que ce droit repose sur une conception « libérale » de la santé. Cette conception repose véritablement sur une certaine autonomie de la personne, une certaine forme de protection de sa volonté et de son consentement. Néanmoins, cette conception « libérale » de la santé n'est pas sans limite, souvent rattrapée par des impératifs publics.

d) La restriction au droit subjectif à la protection de la santé, l'anonymat du donneur de gamètes

Lors de la présentation au Conseil constitutionnel des lois de bioéthique¹¹⁹³, il a été soulevé par les auteurs de la saisine la violation du droit à la santé par l'instauration de l'anonymat du don¹¹⁹⁴. Effectivement, connaître le patrimoine génétique du donneur peut permettre de pallier le développement de certaines affections ou de mieux comprendre la santé de l'enfant. L'instauration d'un anonymat total obscurcit les informations nécessaires à la protection de la santé de l'enfant.

A cette question, le Conseil constitutionnel répond « *que l'interdiction de donner les moyens aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par ce Préambule* ». Le Conseil refuse donc de considérer que cette disposition soit considérée comme une atteinte au principe garanti par l'alinéa 11. Ainsi, les atteintes indirectes ou « négatives » ne peuvent engendrer de violation du droit à la protection de la santé. L'atteinte doit alors être directe afin d'être concernée par ladite disposition.

Laurence Gay considère que cette décision peut être justifiée par la volonté du juge constitutionnel à ne pas ouvrir de manière trop large le droit à l'accès aux origines¹¹⁹⁵. Elle estime également que cette décision ne remet pas pour autant en cause le droit subjectif de défense de la protection de la santé. Elle déclare pour cela que « La garantie de la protection de la santé, même si elle a d'abord été perçue comme fondant un droit à des prestations permettant de se soigner, implique aussi que ce bien soit protégé contre les atteintes extérieures susceptibles de lui être portées. Le Conseil

¹¹⁹³ Conseil constitutionnel, n°94-343/344 du 27 juillet 1994, « *Lois de bioéthique* ».

¹¹⁹⁴ Les parlementaires considèrent que « *l'interdiction faite aux enfants qui seront nés d'une fécondation in vitro faisant intervenir un « tiers donneur » de connaître leur identité génétique et leurs parents naturels porte atteinte au droit à la santé de l'enfant et au libre épanouissement de sa personnalité* ».

¹¹⁹⁵ L. Gay, « Les « droits-créances » constitutionnels », op. cit., p. 252.

constitutionnel n'a donc pas à solliciter le texte pour en déduire une liberté. Par contre, il semble limiter son contenu à une acception classique, comme protégeant l'organisme d'atteintes organiques ou fonctionnelles manifestes »¹¹⁹⁶.

La simple acception du « droit-créance » à la protection de la santé n'est plus. Il faut désormais compter sur la protection de la santé dans un sens plus subjectif et plus libéral permettant de constituer pour l'individu un motif d'épanouissement personnel. Noëlle Lenoir considère ainsi que « le droit à la protection de la santé dépasse la simple notion de l'accès aux soins qui renvoie à un objectif de justice sociale. Il peut aussi être l'expression de la dignité de la personne, méta-valeur à la base des valeurs humanistes qui inspire la philosophie et le droit des droits de l'homme »¹¹⁹⁷. Il n'est donc pas anodin que si les deux dimensions d'un tel droit ont la même finalité, les moyens qu'elles emploient en vue de sa protection peuvent parfois s'opposer. L'un disposant de la puissance publique pour imposer et sauvegarder la protection de la santé publique, l'autre essayant de ne pas voir sa propre santé atteinte par cette puissance, il se trouve qu'aujourd'hui la législation sanitaire oscille entre libéralisme et contrainte.

Paragraphe 2 : L'oscillation de la législation sanitaire entre protectionnisme et libéralisme ?

L'évolution des mœurs influe nécessairement sur les considérations politiques et juridiques. Le cours de la loi oscille donc depuis toujours entre nécessaire protection en réponse à des événements ponctuels et liberté. La protection de l'individu implique une action positive de l'Etat, ainsi la première conception de la santé repose sur l'idée du « droit-créance » et de ce fait restreint, parfois de manière conséquente, la liberté des personnes. S'installe donc un rapport de force qui ne laisse que trop peu de place à l'optimisme. Nous pouvons aujourd'hui considérer que les droits subjectifs de la personne sont trop peu respectés par la contrainte que « droit-créance » exerce sur eux. Le consentement médical a-t-il alors vocation à s'appliquer lorsque l'ordre public s'exprime ? Quels sont les domaines qui, aujourd'hui, donnent lieu à un débat en perspective d'une évolution prochaine plus libérale ?

Ce régime contraignant relègue alors le consentement, la liberté, de l'individu dans un second plan. D'une manière générale, dans l'étude des législations dites contraignantes, la place pour le consentement est nulle (A). De plus, les perspectives en faveur d'un développement du « libéralisme sanitaire » nous laissent plutôt pessimistes (B).

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 253.

¹¹⁹⁷ N. Lenoir, « Constitutions et santé », RDSS 2013, p. 161.

A) La place éteinte du consentement au sein des législations contraignantes

Le droit au consentement ne semble pas trouver de place lorsque la santé publique est en jeu. La Ministre de la Santé, Marisol Touraine semble d'ailleurs de cet avis et déclare que « La liberté s'arrête là où commence la santé publique et la sécurité de l'ensemble de la population »¹¹⁹⁸. Cette déclaration s'inspirant de la logique de l'article 4 de la DDHC vient donc confirmer qu'il n'existe pas de liberté lorsque la santé publique est en jeu et que cette discipline est alors singulièrement contraignante.

Néanmoins, il ne s'agit pas de la seule matière contraignante dans notre droit. Ce dernier est empreint de contrainte quelque soit les matières. Les règles de protection sont ainsi bien souvent privatives de liberté. Ce débat traditionnel met en balance « sécurité » et « liberté » (1) n'épargne pas le domaine sanitaire (2).

1) « Sécurité et liberté » ou « sécurité ou liberté » ?

Il n'existe aucune matière dépourvue de contrainte. Le droit est par lui-même contraignant. Aucun domaine du droit ne permet une liberté totale de l'individu, une liberté de mouvement, de pensée, d'action. Le droit règlemente tous les domaines et par essence il est contraignant pour l'individu. La prescription, l'interdiction favorisent souvent la « sécurité » au détriment de la « liberté ».

a) « Sécurité » et « Liberté », l'antinomie de notions indissociables et conciliables

Depuis l'instauration de la « société civile » ce débat suscite de nombreuses théories. Ce débat n'épargne pas le droit de la santé. Effectivement, nous pouvons nous poser la question de savoir s'il est indispensable de laisser l'être seul maître de sa santé au risque de sa santé et de celle d'autrui ou s'il est tout autant nécessaire d'instaurer des règles contraignantes afin d'« éduquer » les individus et ainsi sauvegarder au mieux leur sécurité ? Il en est ainsi de la loi, et ce quel qu'en soit le domaine. La liberté totale existe-t-elle ? Du moins existait-elle ? Pour le professeur Malaurie, cet état de total liberté exista, un temps. Il déclare alors que « Dans l'Etat de nature, avant que n'existât la société civile, régnaient la vertu, le bonheur et l'indépendance »¹¹⁹⁹.

L'auteur cite Rousseau qui déclarait que dans cet « état de nature », l'homme « considérant... qu'il a dû sortir des mains de la nature, je vois un animal moins fort que les uns, moins agile que les autres, mais à tout prendre, organisé le plus avantageusement de tous : je le vois se rassasiant sous un chesne, se désaltérant au premier ruisseau, trouvant son lit au pied du même arbre qui lui a fourni son repas, et voilà ses besoins satisfaits... »¹²⁰⁰. Voilà ce qu'est la « liberté » pour Rousseau. Néanmoins, toujours pour cet auteur, cette liberté n'était en réalité que néfaste pour l'Homme. En effet, les plus

¹¹⁹⁸ Article du 09 octobre 2014, « Refus de vacciner un enfant : la constitutionnalité en question », www.liberation.fr.

¹¹⁹⁹ P. Malaurie, « Anthologie de la pensée juridique », Saint-Amand-Montrond, Cujas, Deuxième édition, 2001, p. 110.

¹²⁰⁰ J.-J. Rousseau, « Discours sur l'inégalité », Première partie, tome III, p. 135.

faibles étaient systématiquement subordonnés aux plus forts et ce de manière continue. La création de l'Etat a permis de confier à ce dernier un pouvoir permanent afin d'être le garant, le protecteur des Hommes. Rousseau ajoute que « L'ordre social est un droit sacré, qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature ; il est donc fondé sur des conventions. Il s'agit de savoir quelles sont ces conventions »¹²⁰¹. Ce « contrat social » a donc légitimé l'Etat en tant que pouvoir omnipotent. Cet Etat ne soulevait alors aucun intérêt s'il ne démontrait pas son autorité.

Comme nous l'avons vu, en introduction, Carré de Malberg reprendra cette « philosophie » en considérant que « *L'Etat détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir* »¹²⁰². Ainsi, pour l'auteur, toute considération juridique n'émane en réalité que d'une seule entité qu'est l'Etat. C'est à ce dernier que revient le pouvoir de contraindre l'individu, il est seul légitime à cela. C'est donc la loi, le fruit de l'Etat, qui optera pour des considérations tantôt sécuritaires, tantôt libertaires.

Pour Olivier Schrameck, Président de section au Conseil d'Etat, le débat entre ces deux notions s'est accentué « depuis la loi de 1981 »¹²⁰³. Pour lui, la loi dite « Sécurité et liberté », « appelle autant la contradiction que la conciliation »¹²⁰⁴. Effectivement, ces deux notions sont autant antinomiques qu'indissociables. D'ailleurs, les recours devant le juge constitutionnel sont souvent, pour ne pas dire toujours, empreints de cette recherche d'équilibre permettant de préserver les libertés des individus tout en instaurant des règles qui répondent aux impératifs sociaux et au respect de l'ordre public. Ainsi, ces notions ne sont pas indépendantes l'une vis-à-vis de l'autre mais sont véritablement jointes. La jointure entre ces deux aspects ne serait-elle pas matérialisée par la dignité de la personne humaine ?

Ainsi, une totale liberté a été jugée comme étant défavorable au développement de la dignité humaine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995¹²⁰⁵. L'individu ne peut disposer d'une liberté trop importante sans porter atteinte à ce principe. Tout comme une contrainte trop forte qui, tend à renier la qualité d'être humain de la personne comme l'énoncent les articles 16 et suivants du Code civil ou encore, d'une manière différente, la Cour européenne des droits de l'Homme qui ne retient qu'une vision subjective de la notion de dignité.

La sécurité et la contrainte qui s'en inspire sont-elles seulement juridiquement tolérées par le droit international ?

Selon les normes internationales, notamment l'article 4 du Pacte international des Droits civils et politiques, consacrant un certain nombre de droits fondamentaux, il

¹²⁰¹ J.-J. Rousseau, « Contrat social », Livre I, Chapitre 1, tome III, p. 352.

¹²⁰² R. Carré de Malberg, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Tome I, p. 57.

¹²⁰³ O. Schrameck, « Sécurité et liberté », RFDA 2011, p. 1093.

¹²⁰⁴ *Ibidem*.

¹²⁰⁵ Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, n°136727, « Commune de Morsang-sur-Orge ».

est loisible aux « *Etats parties* » de déroger à leurs obligations respectives « *Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la Nation et est proclamé par un acte officiel* » ou encore l'article 15 de la CEDH qui déclare qu' « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la Nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention* ». Les mesures contraignantes doivent ainsi être spécialement justifiées de manière à légitimer et rendre nécessaire la méconnaissance des libertés ou des droits fondamentaux. La Cour européenne a d'ailleurs estimé qu'en ces situations, l'appréciation de la nécessité est fondamentale. Elle considère qu' « *il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est nécessaire dans une société démocratique* »¹²⁰⁶.

Elle ajoute qu'il est nécessaire pour l'Etat d'opérer une « conciliation » entre deux notions que sont la « sécurité » et la « liberté ». La liberté excessive conduit-elle à l'insécurité permanente ? La sécurité excessive conduit-elle à l'écrasement de la liberté ? Nous pouvons affirmer très aisément que la réponse à ces deux questions est affirmative. Trop de liberté reviendrait à revenir à l'Etat naturel où les plus faibles connaissent des nuisances perpétuelles de la part des plus forts, trop de sécurité c'est également admettre une forte restriction des libertés. Alors, il est nécessaire de trouver le juste équilibre permettant à ces deux notions de vivre en osmose. L'osmose se réifie donc dans le respect des conditions de nécessité et de proportionnalité à chaque cas d'espèce. Ainsi, dans un arrêt du 04 juillet 2006 la CEDH déclare que « *Pour ce qui est de la présente affaire, la Cour admet que la détention du requérant pose de sérieuses difficultés aux autorités françaises. En effet, celui-ci, impliqué dans plusieurs attentats terroristes dans les années 70, était à l'époque considéré comme l'un des terroristes les plus dangereux au monde. Il convient d'ailleurs de noter sur ce point que le requérant, qui s'est exprimé à de nombreuses reprises depuis lors, n'a jamais renié ni regretté ses actes. La Cour comprend donc que les autorités aient estimé nécessaire de prendre des mesures extraordinaires de sécurité dans le cadre de sa détention* »¹²⁰⁷.

b) Les exemples de contraintes exercées sur les libertés en vue de la sécurité

Il est indispensable que la contrainte qui émane de la loi soit ainsi justifiée. Notons alors quelques exemples de règles contraignantes qui permettent à l'Etat et aux autorités qui le représentent d'anéantir tout consentement. Outre le droit pénal général qui est naturellement coercitif en raison de la protection « de toute vie sociale »¹²⁰⁸, il s'agira de mentionner, de manière non-exhaustive, quelques exemples de contraintes.

D'abord au niveau constitutionnel, l'article 16 de la Constitution prévoit qu'il est possible pour le Président de la République d'acquiescer l'ensemble des pouvoirs des institutions. Lorsque les formalités sont accomplies, le Président de la République

¹²⁰⁶ CEDH n°18984/91 du 27 septembre 1995, « *Affaire McCann et autres c/ Royaume-Uni* ».

¹²⁰⁷ CEDH n°59450/00 du 04 juillet 2006, « *Affaire Ramirez Sanchez c/ France* ».

¹²⁰⁸ N. Molfessis (dir), « *Droit pénal général* », Lonrai, Economica, 2009, p. 1.

« prend les mesures exigées par les circonstances sans se soucier de la répartition normale des compétences. Pour bien montrer que ces mesures transcendent les règles habituelles de compétences, elles sont dénommées décisions et sont soumises, pour avis, au Conseil constitutionnel »¹²⁰⁹.

Sur le plan légal, les règles de procédure pénale en matière de terrorisme sont, elles aussi, empreintes d'une contrainte hors normes. Jean-Christophe Martin, professeur, confirme ainsi les propos de Philippe Chaudon, avocat, en considérant que « le terrorisme viole les droits fondamentaux et a pour effet d'inciter l'Etat à porter atteinte aux droits et libertés, non seulement des terroristes mais aussi du reste de la société »¹²¹⁰. De manière concrète, le droit à la liberté et à la sûreté sont concernés par la durée exceptionnelle en matière de garde à vue (article 706-88-1 CPP), en matière de détention provisoire (article 706-24-3 CPP), tout comme la liberté de circulation ou encore le droit au respect de la vie privée, la liberté d'expression, le droit au respect de la propriété. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs prononcé sur une question de restriction de liberté en matière de terrorisme. Il affirme qu'« *il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et à la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »¹²¹¹. La solution de cette décision ressemble fortement à celle rendue le 06 octobre 2011 en matière d'hospitalisation d'office¹²¹². Dans les deux cas, il appartient au législateur de prendre les mesures strictement nécessaires à la protection des personnes et de l'ordre public même si cela revient à limiter ou restreindre la liberté des personnes dans la stricte limite d'une proportionnalité établie. La protection de la santé publique, la protection de la Nation contre le terrorisme ou les risques exceptionnels semblent alors du même ordre, des droits contraignants où le consentement ne semble pas avoir sa place.

Enfin, en droit administratif, l'état d'urgence et l'état de siège sont toutes deux des « circonstances exceptionnelles ». Qualifiées ainsi par la doctrine¹²¹³, ces situations ont permis d'étendre les pouvoirs de l'administration. Fondées sur des situations de guerre et motivées par la protection de la population le Conseil d'Etat en a dégagé plusieurs applications distinctes. Dans un arrêt du 28 juin 1918¹²¹⁴, il a alors considéré que l'obligation de communication du dossier de l'agent public avant une mesure disciplinaire cessait en temps de guerre. Tout comme la liberté d'aller et venir de « *filles galantes* »¹²¹⁵. Dans cette dernière espèce, le Conseil d'Etat fonde sa décision sur le respect de l'ordre public, mais également sur « *le danger que présentaient pour la défense*

¹²⁰⁹ L. Favoreu, « *Droit constitutionnel* », l'Isle-d'Espagnac, Dalloz, Collection Précis, 2005, p. 604.

¹²¹⁰ J.-C. Martin, « Libertés et terrorisme », JurisClasseur Liberté, Fascicule n°660 du 25 février 2009.

¹²¹¹ Conseil constitutionnel, n°2011-223 QPC du 17 février 2012, « *Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat* ».

¹²¹² Conseil constitutionnel, n°2011-174 QPC du 06 octobre 2011, « *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent* ».

¹²¹³ M. Lombard et G. Dumont, « *Droit administratif* », l'Isle-d'Espagnac, Dalloz, Collection HyperCours, 2007, p. 74.

¹²¹⁴ Conseil d'Etat du 28 juin 1918, « *Heyriès* », Rec. 651.

¹²¹⁵ Conseil d'Etat du 28 février 1919, « *Dames Dol et Laurent* », Rec. 208.

nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgation qui pouvaient en résulter ». De telles conditions justifiaient, selon le Conseil d'Etat, la prise de mesures exceptionnelles restreignant de manière significative « *la liberté individuelle* » et la « *liberté du commerce* ». Pour la doctrine, « les dérogations au principe de légalité ne peuvent durer qu'autant que l'exigent les circonstances et un acte initialement justifié par des circonstances exceptionnelles ne pourra plus recevoir application lorsque celles-ci ont pris fin »¹²¹⁶. Plus, tard, l'état d'urgence sera règlementé par une loi du 03 avril 1955¹²¹⁷. Alors que le pouvoir règlementaire a l'initiative de la déclaration de l'état d'urgence, ce dernier ne peut excéder douze jours. Afin d'être prorogé, il est nécessaire que le législateur intervienne à cette fin, ce qui amène certaine garanties à la qualité « démocratique » de ladite décision. Lorsqu'il est décrété, l'état d'urgence entraîne de nombreuses restrictions notamment en matière de liberté individuelle où la liberté de circulation peut être largement entravée. Très peu utilisé, l'état d'urgence a été déclaré en 2005 pour la dernière fois lors des émeutes urbaines. À cette occasion, le décret de déclaration de l'état d'urgence fût transmis au Conseil d'Etat lors d'un référé suspension afin qu'il en analyse la légalité. Dans sa décision du 14 novembre 2005¹²¹⁸, le Conseil d'Etat rappelle qu'il appartient au gouvernement de prendre l'initiative de l'état d'urgence. Qu'en second lieu, le contrôle qu'il exerce sur ledit décret n'est que restreint et se caractérise par la seule disproportion manifeste des mesures entreprises. De la même manière, l'état de siège renforce les pouvoirs de l'Etat dans un temps strictement limité. Ainsi, Philippe Zavoli, maître de conférence, considère que la « légalité ordinaire ne disparaît pas pour autant, elle est simplement mise entre parenthèses, le temps que les mesures prises dans le cadre de la légalité d'exception parviennent à rétablir l'ordre et la paix »¹²¹⁹. Lorsque l'état de siège est déclaré, l'autorité militaire voit son pouvoir et ses compétences accrues. Les règles de procédure pénale sont plus sévères et les libertés, dans leur ensemble, sont limitées.

Dans le cadre de la conciliation entre « sécurité » et « liberté » force est de constater que les libertés sont souvent sacrifiées au nom de l'ordre public. Cet ordre public s'exprime, comme nous l'avons vu, également en matière sanitaire. C'est pour cette raison que le droit de la santé recouvre un aspect dirimant et que le droit au consentement n'est en réalité que trop peu résistant à cette législation contraignante.

2) La protection de la santé publique, une législation des plus contraignantes ?

Si ces dernières années, le droit subjectif à la protection de la santé a connu certaines évolutions tendant à son renforcement (a), l'obligation vaccinale constitue le principal point noir de la législation sanitaire (b).

¹²¹⁶ M. Lombard et G. Dumont, « *Droit administratif* », *op. cit.*

¹²¹⁷ Loi n°55-385 du 03 avril 1955 « *instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie* ».

¹²¹⁸ Conseil d'Etat, Juge des référés du 14 novembre 2005, n°286835, « *M. Rolin* ».

¹²¹⁹ P. Zavoli, « L'état de siège », Recueil Dalloz, mars 2014.

a) Pourtant, nombreuses sont les évolutions tendant au libéralisme médical

Le protectionnisme étatique ne semble guère laisser de place aux valeurs libérales. Qu'il s'agisse du domaine civil ou du domaine médical, la protection des individus demeure un impératif excluant de son champ d'application les droits fondamentaux alors substantiellement atteints.

Pourtant, tout n'est pas si noir, obscur et fataliste, certaines matières du domaine médical semblent pourtant considérer l'humain avant tout. D'une part, nous vu préalablement que le Règlement sanitaire international malgré la contrainte qu'il peut soulever, laisser une place au respect du consentement de la personne (article 23) et à la protection de sa dignité humaine (article 32).

D'autre part, soulignons notamment les régimes d'hospitalisation sans le consentement de la personne dont le maintien en établissement implique dorénavant la saisie d'un magistrat de l'ordre judiciaire, à savoir le juge des libertés et de la détention et l'impossibilité d'hospitaliser sur la seule « *notoriété publique* ». Ajoutons, que la loi, du 27 septembre 2013¹²²⁰, sous l'impulsion du Conseil constitutionnel¹²²¹, a permis au patient faisant l'objet d'un trouble mental de pouvoir s'opposer aux soins. Il ne s'agit pas d'un véritable droit au consentement dans la mesure où les soins peuvent toujours être imposés, néanmoins, la personne peut s'y opposer. Pour Mathias Couturier, maître de conférence, si « le programme de soins peut être imposé au patient (...), il est impossible de l'exécuter si le patient s'y oppose »¹²²². Ainsi, il ne s'agit nullement de la recherche systématique et initiale d'un consentement, mais d'un simple respect de la volonté de la personne. Ce qui constitue, en la matière, une avancée notable. Cette règle n'a alors aucune autre prétention que d'éviter une contrainte exagérée. Depuis l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel, l'hospitalisation et le maintien de la personne sans son consentement bénéficient de garanties légales spéciales.

Enfin, nous pouvons évoquer les moyens permettant l'expression du consentement lorsque la personne n'est pas en mesure de pouvoir l'exprimer. Nous pensons notamment aux directives anticipées ou à la personne de confiance qui, à défaut d'avoir une réelle portée contraignante, permettent au médecin de se faire un avis sur la volonté de la personne. L'obligation d'information ou la recherche continue du consentement sont les progrès réalisés par le législateur afin de tenter d'établir une certaine forme de libéralisme dans ce domaine contraignant.

b) Un dernier point noir au tableau, l'obligation vaccinale

La législation vaccinale est-elle plus contraignante que les mesures exceptionnelles précitées ? Si le droit de la santé a, ces dernières années, permis de

¹²²⁰ Loi n°2013-869 du 27 septembre 2013 « *modifiant certaines dispositions issues de la loi n°2011-803 du 05 juillet 2011 relative aux droits e*

t à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ».

¹²²¹ Conseil constitutionnel, n°2012-235 QPC du 20 avril 2012, « *Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement* ».

¹²²² M. Couturier, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RSSS* 2014, p. 120.

développer les droits subjectifs du patient, sa liberté de consentement, l'obligation vaccinale fait encore « tâche ». Effectivement, elle constitue à elle seule, aujourd'hui, un véritable régime d'exception comme peut l'être le régime de la lutte contre le terrorisme en matière de procédure pénale. Ce régime d'exception n'est pas fondé sur un aspect temporel mais bien matériel, impliquant, comme nous avons pu le voir une obligation de la personne de recourir au vaccin.

Pourtant, si le régime de lutte contre le terrorisme, préalablement exposé, s'applique d'une manière générale lorsqu'une menace existe, permettant alors au législateur de légitimer une telle législation, l'obligation vaccinale est bien universelle et générale. Ainsi, toute personne, dès son plus jeune âge se voit contrainte d'être vaccinée, tout comme l'adulte désirant exercer une activité particulière. Pourtant, contrairement à la législation de lutte contre le terrorisme, l'obligation vaccinale existe en tout lieu et en tout instant, elle n'est fondée sur aucun critère de temps ou de lieu. Elle s'impose, contraint, porte atteinte à la vie privée, au consentement, à la liberté contractuelle, à l'intégrité physique et pire, constitue un risque de développer des maladies. Ainsi, comme nous l'avons précédemment évoqué, la législation espagnole en la matière semble bien mieux prendre en compte cette notion de nécessité, n'imposant le vaccin qu'en cas de menace grave pour la santé d'une population. Malgré, l'information que doit le praticien lorsqu'il administre un vaccin¹²²³, l'indemnisation concernant la défectuosité d'un vaccin ou des préjudices que ce dernier peut causer existe mais demeure difficile à prouver comme l'affirme le professeur Inès Gallmeister « la cause exacte de la maladie est inconnue, et ni les expertises, ni les études, ne permettant de conclure à l'existence probable d'une association entre le vaccin et la maladie. Dans ces conditions, le lien de causalité, condition de mise en jeu de la responsabilité du producteur ne saurait être présumé »¹²²⁴.

Pour le Conseil d'Etat¹²²⁵, la démarche est un tant soit peu différente, ce dernier ayant établi une grille permettant de s'assurer du lien de causalité entre l'injection du vaccin et la survenance d'une pathologie. Il exige de ce fait que la durée entre les deux facteurs ne soit pas trop grande.

Le fait que l'administration d'un vaccin soit contestable ne tient pas seulement des risques qu'il peut faire courir mais de deux éléments. D'une part, du fait qu'il est contraignant et que contrairement à de nombreuses autres pratiques médicales, le consentement de la personne est inopérant en l'espèce. En second lieu, l'administration d'un vaccin est critiquable dans la perspective préventive et non curative qu'il représente, la contrainte repose donc sur un aléa. Ainsi, il fait courir à la personne des risques concernant son état de santé alors qu'au départ cette dernière est saine. Le ratio alors établi entre la perspective de bénéfices et le risques qui s'y affèrent est alors

¹²²³ Cour de cassation, Première Chambre civile du 23 janvier 2014, n°12-22.123.

¹²²⁴ I. Gallmeister, « Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B », Dalloz actualité du 30 mai 2008.

¹²²⁵ Voir l'ensemble de la jurisprudence du Conseil d'Etat étudié lors du chapitre concernant l'obligation vaccinale.

véritablement déséquilibré et penche en faveur des risques. Il est alors impératif qu'un nouveau contrôle de proportionnalité soit opéré par le législateur ou le Conseil constitutionnel saisi récemment sur cette question. La volonté de l'Etat de protéger la population le pousse à prendre rapidement des mesures qui peuvent parfois s'avérer néfastes. Le professeur Jean-Paul Markus considère par exemple que « L'affaire du vaccin contre la grippe H1 N1, qui visait en 2009 un ministre de la Santé ayant fait acheter 90 millions de vaccins préventivement contre une pandémie qui finalement n'a pas eu lieu, est typique de cette tolérance zéro qui pousse les gouvernement à sur-réagir en cas d'alerte sanitaire »¹²²⁶.

En revanche, tout n'est pas figé, l'ordre public sanitaire qui se traduit dans la protection de la santé publique et la transcription du « droit-créance » n'est, à l'image de l'ordre public traditionnel, pas fixe et demeure empreint d'un certain caractère évolutif permettant l'acceptation plus ou moins large de la contrainte médicale et par conséquent du libéralisme médical. Cette fluctuation, ce mouvement, cette opposition a pour moteur le respect de la dignité humaine et son interprétation ambivalente. Ce qui était contraire à la dignité hier ne l'est peut-être plus aujourd'hui et inversement. Ainsi, c'est à travers deux canaux bien différents mais pourtant si complémentaires que les revendications de chacun d'entre nous peuvent un jour, tôt ou tard, permettre une évolution. La voie législative demeure alors un moyen d'évolution des mœurs, incombant au législateur d'opérer un véritable contrôle de proportionnalité, il est alors nécessaire que ce dernier soit pratiqué de manière régulière concernant des domaines sensibles, dès lors qu'une contrainte est exercée. La deuxième voie, beaucoup plus moderne, est le recours devant le juge constitutionnel d'une QPC sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. C'est d'ailleurs ce fondement qui a permis l'évolution significative connue en matière d'hospitalisation sans consentement, l'évolution de la loi reste alors soumise à la décision des « sages » du Conseil constitutionnel qui ne semblent pas prêts à faire évoluer l'obligation vaccinale.

B) Les perspectives avortées ou inachevées en matière de contrainte sanitaire, les exemples de l'obligation vaccinale ou de la fin de vie

Afin que le consentement des personnes soit plus fort, fasse figure de véritable principe effectif pour l'administration médicale, il est nécessaire que certaines évolutions soient consacrées. D'une manière générale si les atteintes positives sont plus encadrées, plus maîtrisées, en somme plus proportionnées aux valeurs qu'elles défendent, comme nous l'avons dit, le domaine vaccinal demeure une exception qui, pour l'heure, semble stagner (1). En ce qui concerne la contrainte passive, c'est-à-dire les pratiques refusées à la personne désirant y avoir recours, un domaine semble encore en évolution, il s'agit de l'euthanasie qui touche droit à la vie et donc *in fine* à la santé de la personne. Cette dernière évolution reste cependant très limitée (2).

¹²²⁶ J.-P. Markus, « Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public *versus* qualité » RDSS 2014, p. 1063.

1) Les perspectives d'évolution en matière vaccinale, le désenchantement

Le 13 janvier 2015¹²²⁷, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a effectivement considéré comme valable la question posée devant elle relative à l'obligation vaccinale. A l'origine, un couple est poursuivi pour avoir refusé de soumettre leur enfant à la vaccination obligatoire sur le fondement de l'article 227-17 du Code pénal¹²²⁸. Pour autant le Conseil constitutionnel a refusé de donner raison aux arguments du couple, il s'agit d'une réelle perspective d'évolution avortée. Ce désenchantement en est-il réellement un ? Pouvait-on s'attendre à une autre décision de la part du Conseil constitutionnel ? Nous constaterons que les chances étaient maigres pour que le juge constitutionnel fasse droit à la demande du couple (a). Cette décision vient donc briser tout espoir d'évolution sur ce fondement (b).

a) La décision du Conseil constitutionnel attendue et porteuse d'espoir

a1) L'avis du Haut Conseil de la santé publique sur l'obligation vaccinale

Dans des avis rendus les 13 mars 2013 et 06 mars 2014¹²²⁹, le Haut Conseil de la santé publique donne son point de vue concernant l'obligation vaccinale. Selon le Haut Conseil, la vaccination est fondamentale car elle permet de sauver des vies et d'éradiquer certaines pathologies en protégeant la personne directement vaccinée mais également l'ensemble des personnes non-vaccinées qui l'entourent. De ce fait, le Haut Conseil cite Stanley Plotkin, célèbre médecin américain pour qui « à l'exception de l'eau potable, aucune modalité d'intervention – y compris les antibiotiques – n'a eu autant d'impact sur la réduction de la mortalité et la croissance de la population »¹²³⁰.

La politique menée depuis 1902¹²³¹ par la France a donc été de privilégier la contrainte en vue de la protection de tous plutôt que d'instaurer un système libéral. Depuis cette date, d'autres vaccins ont été rendus obligatoires puis facultatifs selon l'étendue constatée des pathologies. Aujourd'hui, si le tétanos reste une maladie difficile à cerner du fait qu'elle provient de la terre, la diphtérie ou la poliomyélite sont des maladies quasi inexistantes¹²³² en France. Pourtant le Haut Conseil considère que le

¹²²⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle du 13 janvier 2015, n°14-90.044.

¹²²⁸ Article 227-17 du Code pénal « *Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

¹²²⁹ Haut Conseil de la santé publique, « *Avis relatif à la politique vaccinale et à l'obligation vaccinale en population générale et à la levée des obstacles financiers à la vaccination* » des 13 mars 2013 et 06 mars 2014.

¹²³⁰ S. Plotkin, « A short story of vaccination », in « *Plotkin SA, Orenstein WA, eds. Vaccines* », Philadelphia : WB Saunders 2004, pp. 1-15.

¹²³¹ Cela correspond à la date où le premier vaccin obligatoire a été légiféré. En effet, l'article 6 de la loi du 15 février 1902 « *relative à la protection de la santé publique* ».

¹²³² L'avis note qu'entre 1990 et 2009 seulement 7 cas de diphtérie ont été « identifiés » et tous « d'importation ». Pour la poliomyélite le Haut Conseil note que le dernier cas observé date de 1995.

maintien d'une obligation vaccinale les concernant est « nécessaire » en raison de la circulation continue de ces affections dans le monde.

Comme nous l'avons vu, ces trois vaccins constituent une obligation vis-à-vis de la population en générale. Il faut ajouter les vaccins obligatoires liés à la profession ou encore liés au transit. Le Haut Conseil estime par exemple que d'autres vaccins devraient être généralisés comme celui contre l'hépatite B ou celui contre le papillomavirus. Il considère, en conclusion que « le maintien du principe de l'obligation vaccinale en population générale relève d'un choix sociétal lequel mérite un débat que les autorités de santé se doivent d'organiser »¹²³³. Effectivement, nous ne pouvons qu'être d'accord sur le fait que le vaccin est une prise de conscience personnelle, individuelle qui ne peut mener vers la contrainte. Il est désormais nécessaire que le législateur intervienne.

Rappelée par la loi du 09 aout 2004¹²³⁴, l'obligation vaccinale constitue une politique contraignante tendant à la protection de la santé publique. Ayant pour but de rendre un accès effectif à la santé à l'ensemble de la population elle s'oppose à la vision plus libérale de la protection de la santé, une vision qui protège un droit subjectif selon lequel il est nécessaire de ne pas porter atteinte à la santé d'autrui, chose négligée en matière vaccinale.

Alors qu'en pense la Cour de cassation ? Quelles sont les opportunités pour le Conseil constitutionnel ? Quelles étaient les perspectives de prendre une décision différente ?

a2) La décision potentiellement forte du Conseil constitutionnel et le triomphalisme du droit subjectif à la santé ?

Premièrement, la Cour de cassation en décidant de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC déclare que les conditions de forme sont remplies. Notamment celle de savoir si elle présentait un caractère sérieux. Pour le professeur Marc Guillaume, le caractère sérieux « vise à écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire »¹²³⁵ et s'applique à « tous les cas où existe un doute sérieux sur la constitutionnalité de la loi »¹²³⁶. Pour la Cour de cassation il existe donc un réel doute sur la constitutionnalité d'une telle disposition. Elle affirme que « *la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle implique de déterminer si la protection individuelle et collective de la santé justifie de rendre obligatoires certaines vaccinations de mineurs, sauf contre-indication médicalement reconnue, et de poursuivre les titulaires de l'autorité parentale qui s'opposent à leur réalisation comme étant dangereuse pour l'enfant* »¹²³⁷. Il est intéressant

¹²³³ *Ibidem*.

¹²³⁴ Loi n°2004-806 du 09 aout 2004 « relative à la politique de santé publique ».

¹²³⁵ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », Recueil Dalloz, janvier 2014.

¹²³⁶ *Ibidem*.

¹²³⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle du 13 janvier 2015, n°14-90.044.

de noter que la Cour appréhende le problème sous l'angle du « droit-créance » et du droit subjectif à la protection de la santé. La Cour de cassation reconnaît donc les deux approches lorsqu'elle évoque la protection de la santé dans ses dimensions « individuelle et collective ». Pourtant, en cette matière les deux conceptions s'opposent. L'obligation vaccinale ne peut constituer une contrainte, du moins espérons-le, concernant la protection individuelle de la santé, alors qu'elle peut être considérée comme telle dans son acception collective. Le Conseil constitutionnel pouvait donc se demander quelle conception de la santé privilégier en matière de vaccin. Faut-il maintenir la contrainte concernant la prévention des maladies, qui aujourd'hui ne sont que très rares et dont les effets secondaires peuvent être néfastes, ou faut-il laisser une certaine liberté à chacun de pouvoir avoir recours aux vaccins ?

Deuxièmement, nous espérons que la décision ne se contente pas de répondre aux questions posées par l'arrêt du 13 janvier 2015¹²³⁸. Nous souhaitons que la réponse soit empreinte d'un certain développement dans la mesure où la simple réponse, ce qui fut le cas, aurait été dépourvue d'intérêt. En effet, si le Conseil constitutionnel admettait les dispositions litigieuses comme conformes à la Constitution cela aurait alors signifié, de manière implicite, que la liberté médicale, la liberté de consentement doit se plier à la sauvegarde de la santé publique, à la contrainte médicale. Inversement si les dispositions contestées étaient déclarées inconstitutionnelles. La solution serait alors qualifiée de « solution d'espèce », n'ayant aucune portée générale. L'intérêt du développement de la décision du Conseil réside alors en la confrontation expresse des deux conceptions afin d'en dégager une solution de principe. Était attendu de cette décision que le droit subjectif à la protection de la santé soit plus largement reconnu par la loi, qu'il ne se contente pas d'édicter de beaux et vertueux principes non-appliqués. Le droit à la protection de la santé c'est l'obligation de se soumettre au principe de précaution lorsque les circonstances l'imposent mais c'est également l'obligation pour chacun de pouvoir organiser sa propre protection de la santé lorsqu'aucune menace, impliquant un risque pour les tiers, n'est constatée ou reconnue. Si le droit à la vie n'implique pas un droit à la mort en raison de la valeur qu'il défend, le droit à la santé « droit-créance » implique également un droit à la santé subjectif. En ce sens où le droit de se faire vacciner devrait impliquer, également, le droit à ne pas se faire vacciner.

En outre, nous pouvions donc espérer de cette décision une dépénalisation de l'obligation vaccinale des mineurs. Pouvait-on s'attendre à une décision de portée générale concernant toutes les obligations vaccinales ? Nul doute qu'il faille répondre par la négative. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé que sur les

¹²³⁸ L'arrêt du 13 janvier 2015 pose les deux questions suivantes « *Les dispositions de l'article 227-17 du code pénal prévoyant et punissant le non-respect de l'obligation vaccinale sont-ils contraires au préambule de la Constitution de 1946 repris dans le préambule de la Constitution de 1958 relatifs aux droits et à la santé en ce qu'ils imposent aux détenteurs de l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs, une obligation vaccinale leur interdisant de s'en exonérer au regard des dangers réels ou supposés desdites vaccinations ?* » et « *Les dispositions des articles L. 3111-1 à L.3111-3 et L.3116-2 du code de la santé publique sont-ils contraires au préambule de la Constitution de 1946 repris dans le préambule de la Constitution de 1958 relatif aux droits et à la santé en ce qu'ils imposent aux détenteurs de l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs, une obligation vaccinale de s'en exonérer au regard des dangers réels ou supposés desdites vaccinations ?* ».

dispositions qui lui étaient soumises. De la même manière qu'en matière d'hospitalisation sans le consentement de la personne, le Conseil constitutionnel s'était d'abord prononcé sur l'hospitalisation sur demande d'un tiers¹²³⁹ avant de s'exprimer, plus tard sur l'hospitalisation d'office.

Nous pouvions cependant apporter une nuance et éventuellement espérer que la « juridiction filtre » qu'est le Conseil d'Etat puisse étendre la généralisation de la liberté vaccinale à l'ensemble du droit sans pour autant passer par le Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour entreprendre une telle démarche de généralisation. La règle est issue de l'arrêt du 16 janvier 2015¹²⁴⁰. Les conditions qui en découlent ne seraient, en revanche, pas respectées.

Pour être compétent à étendre l'inconstitutionnalité d'une disposition sans avoir recours à la saisine du Conseil constitutionnel, il faut que les dispositions litigieuses soient « identiques dans leur rédaction et leur substance » et qu'elles soient antérieures à la décision ayant fait l'objet déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse. Concernant ainsi l'obligation vaccinale, cette extension n'aurait pas pu aboutir car les termes utilisés concernant l'obligation de vaccination contre l'hépatite B des personnes visées à l'article L. 3111-4 CSP ne sont pas les mêmes que ceux des dispositions relatives à l'obligation générale de vaccination. De ce fait, il serait impossible, lors d'un litige devant le juge administratif, d'avancer un tel argument.

a3) Les chances trop minces du droit subjectif à la santé face au « droit-créance » à la protection de la santé ?

Si nous devons comparer l'opposition qui se présente dans ce litige à un combat de boxe, le droit subjectif à la santé aurait de maigres chances de remporter le match face à un poids lourd du rang du « droit-créance » à la protection de la santé. Leur palmarès respectif au sein de la jurisprudence constitutionnelle opère un contraste effarant. Alors que le « droit-créance » à la protection de la santé a fait plier bon nombre de droits fondamentaux lors de conciliations, le droit subjectif à la santé, bien que reconnu par le Conseil constitutionnel, n'a connu le succès qu'en matière d'hospitalisation sans consentement. Autant dire que les deux conceptions ne boitent pas dans la même catégorie. Le professeur Tatiana Gründler considère ainsi que l'aspect individualiste de la protection de la santé représente une faible « effectivité » dans la jurisprudence, contrairement à la conception collective de la protection de la santé¹²⁴¹. Pour autant, les juges constitutionnels pouvaient valablement s'inspirer de nombreuses jurisprudences d'autres juridictions consacrant l'aspect libéral du droit à la santé.

¹²³⁹ Conseil constitutionnel, décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010 dite « *Mlle Danielle S.* »

¹²⁴⁰ Conseil d'Etat, 9^{ième} et 10^{ième} Sous-sections réunies du 16 janvier 2015, n°386031, « *Société Métropole Télévision* ».

¹²⁴¹ T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », RDSS 2010, p. 835.

a4) *Les arguments pouvant justifier la victoire du droit subjectif à la protection de la santé*

Notons tout d'abord le fameux arrêt « *Pretty* »¹²⁴² qui considère que chacun est libre de disposer de son corps comme il l'entend et qu'imposer un traitement médical contre la volonté de la personne est contraire à la dignité humaine. Effectivement, la dignité humaine était un argument de poids concernant la décision du Conseil constitutionnel. Le souci demeure en ce que cette dignité humaine peut valablement être invoquée pour justifier la contrainte médicale, comme préservant l'ordre public sanitaire et dont le « droit-créance » est l'outil d'expression. Néanmoins, la dignité humaine, étant le régulateur des relations entre les droits fondamentaux, pouvait voir son curseur placé par le Conseil constitutionnel sur un pan plus libéral de la protection de la santé et ainsi consacrer un droit subjectif à la santé plus effectif.

Peu de temps après l'arrêt « *Pretty* », la Cour européenne des Droits de l'Homme a eu à se prononcer sur le régime de la vaccination obligatoire en Italie. La Cour considère à cet effet que l'injection obligatoire de vaccins est contraire à l'article 8§1 de la Convention relative au respect de la vie privée¹²⁴³.

Ensuite, l'arrêt du 17 juillet 2014 de la Cour de Justice de l'Union européenne¹²⁴⁴, bien que moins clair que les précédents, n'en demeurerait pas moins pourvu d'intérêt. Dans cette espèce, des parents slovaques ont refusé de vacciner leur enfant malgré l'obligation prescrite par un acte réglementaire, soutenant que la vaccination pouvait entraîner à l'égard de l'enfant des effets indésirables et que la non-vaccination n'a que peu de conséquences sur la réelle protection de la santé publique. Les parties ont donc demandé à la Cour si les articles 35 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 168 TFUE prévoyant, tous deux, une protection de la santé publique par l'accès à des moyens de prévention, tels que les vaccins, devaient s'interpréter d'une manière libérale ? Savoir donc, si le fait du droit au vaccin et à la protection de la santé devait s'entendre d'une manière négative c'est-à-dire par le droit de ne pas avoir recours au vaccin ? La CJUE se déclare incompétente dans la mesure où le moyen invoqué devant elle concerne une « *réglementation nationale* », qu'elle se borne à interpréter le droit de l'Union. Qu'en ce qui concerne l'article 168 TFUE, il ne reconnaît aucune obligation particulière vis-à-vis des Etats membres en matière de vaccination. Dès lors, il est impossible pour la Cour d'en déduire une quelconque obligation ou interdiction pour les Etats d'instaurer une vaccination à caractère obligatoire.

De cette décision, malgré le silence de la Cour sur l'obligation vaccinale, découlent deux conséquences. La première est explicitée, c'est de considérer qu'il n'existe pas à la charge des Etats, malgré l'obligation de protection de la santé publique, d'obligation d'instaurer un régime contraignant de vaccination. Rappelons qu'avec l'Italie, nous

¹²⁴² CEDH n°2346/02 du 29 avril 2002, « *Affaire Pretty c/ Royaume-Uni* ».

¹²⁴³ CEDH n°42197/98 du 09 juillet 2002, « *Affaire Salvetti c/ Italie* ».

¹²⁴⁴ CJUE, Neuvième Chambre, n° C-459/13 du 17 juillet 2014, « *Affaire Milica Sirokà c/ République de Slovaquie* ».

sommes les deux derniers pays d'Europe à maintenir une telle contrainte permanente. Il se déduit donc de cela que la protection de la santé publique n'implique nullement une obligation vaccinale, que l'objectif de préservation de la santé publique peut être atteint sans cela, comme le font les autres pays européens.

La seconde conséquence réside dans l'abstention pour la Cour de se prononcer au fond. Ainsi, chaque juriste peut se faire ses propres opinions de pareilles décisions. En l'occurrence, le silence de la Cour peut s'interpréter de deux manières. D'une part il est possible de considérer, alors qu'il existe une obligation vaccinale qui se déduit des textes soulevés devant elle, qu'une décision qui confirmant la réglementation nationale en question ne risquerait pas d'outrepasser ses compétences. A l'inverse, la Cour peut également considérer, comme les requérants, que de ces textes résulte une réelle liberté vaccinale alors contraire à la réglementation slovaque. Il était ainsi plus délicat pour la Cour de déclarer la réglementation slovaque comme contraire aux textes européens dans la mesure où elle est incompétente. Si « Qui ne dit mot, consent », alors les libres interprétations peuvent fluctuer en toute liberté, nous considérerons, en ce qui nous concerne, qu'une telle liberté existe. D'ailleurs, notons à cet égard que la Cour déclare qu' « *il y a lieu de relever d'emblée que l'article 168 TFUE, qui a trait à la compétence de l'Union dans le domaine de la santé publique, n'édicte, à la charge des Etats membres, aucune obligation relative à la vaccination des enfants mineurs qui pourrait être invoquée pour faire examiner la conformité de mesures nationales avec le droit de l'Union* »¹²⁴⁵. Le fait d'évoquer le vaccin comme pouvant être une obligation, n'est-ce pas là une preuve ou une présomption permettant d'établir la vision de la Cour ? Si elle avait été totalement étrangère à de telles considérations n'aurait-elle pas parlé d'interdiction plutôt que d'obligation ? S'il est difficile de tirer de cette décision une portée claire, nous pouvons néanmoins établir une interprétation allant dans le sens de la libéralisation.

Nous attendions donc que le Conseil constitutionnel fasse preuve de courage et d'audace en matière vaccinale. Derniers des bastions maintenant l'obligation vaccinale, la France fait preuve d'un certain protectionnisme conservateur qui n'est, aujourd'hui, plus justifié. Il était nécessaire qu'à l'image des Etats qui nous entourent, nous constatons une certaine évolution allant vers la libéralisation de la pratique vaccinale qui demeure le « talon d'Achille » de l'équilibre pourtant entrepris par la loi du 04 mars 2002. La conception libérale de la santé doit alors démontrer qu'elle existe face à la contrainte. S'il est une question d'ordre public de préserver la santé de la population cela peut, parfois et de manière paradoxale, passer par la préservation d'une certaine forme de libéralisme. Dans la mesure où les vaccins peuvent s'avérer dangereux pour la santé de l'Homme, il est alors indispensable que ces derniers deviennent une faculté plutôt qu'une obligation. La seconde étape était donc de faire évoluer l'ensemble de la législation, notamment la législation réparatrice. La généralisation de la liberté vaccinale entraînant *de facto* la fin de l'indemnisation de l'ONIAM, il faudrait alors que la Cour de cassation développe sa jurisprudence concernant les fabricants de vaccins sur le

¹²⁴⁵ *Ibidem*.

fondement des produits défectueux afin que l'Homme libre puisse avoir recours à des produits de qualité, ne mettant sa santé, et *in fine* sa vie, en danger.

b) L'avortement de tout espoir en matière vaccinale

Le conseil constitutionnel dans sa décision du 20 mars 2015¹²⁴⁶ a coupé toutes les supputations et les espoirs que nous pouvions avoir en matière d'obligation vaccinale. Les prétentions des parties étaient effectivement fondées sur le droit subjectif à la santé découlant de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Considérant que la pratique du vaccin contenait un risque de développement d'effets secondaires plus néfastes que positifs, cette disposition semblait tout à fait fondée.

Outre le fait de considérer que « *les dispositions contestées* » ne « *porte pas atteinte* » atteinte à la santé de l'Homme, le Conseil constitutionnel renvoie en réalité au législateur le soin de modifier, selon son appréciation, la législation en matière de vaccin. Autrement dit, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent en la matière. Pourtant, cette position est regrettable. Quelle que soit la décision prise par ce dernier, nous pouvions espérer que celle-ci soit motivée et que les « *sages* » s'expriment sur les deux conceptions fondamentales s'opposant en la matière.

Au demeurant, cette décision permet, néanmoins, de laisser la porte ouverte à toute évolution. Déclarer que le « *droit-créance* » à la protection de la santé doit systématiquement l'emporter sur le droit personnel à la santé aurait conduit le législateur à maintenir une telle obligation. Comme nous l'évoquions préalablement, l'avenir de l'obligation vaccinale est, dès lors, placé entre les mains du législateur seul compétent à modifier les politiques de santé publique. Ce législateur est cependant, comme nous allons le voir, plutôt timide concernant les avancées en matière de santé. Il est pourtant nécessaire que l'obligation de vaccination, qui est aujourd'hui le principe, devienne demain l'exception. Cette contrainte exceptionnelle remplirait alors les critères retenus généralement par le Conseil constitutionnel que sont la « *proportionnalité* » et la « *nécessité* ».

2) Les perspectives d'évolutions en matière de fin de vie, une évolution inachevée ?

Nous avons constaté que la contrainte revêtait plusieurs aspects. D'une part, elle peut être positive (obligation vaccinale), mais nous avons également considéré qu'elle pouvait être négative. Il s'agit en ce sens du refus de la loi, de l'administration médicale de recourir à des pratiques demandées, voulues et donc consenties par les patients comme l'euthanasie. Nous considérons à ce sujet que la loi « *Léonetti* » du 22 avril 2005 était parfaitement équilibrée, que le droit de mourir ne pouvait exister pour diverses raisons et notamment la protection de la santé et de la vie, deux notions parfaitement

¹²⁴⁶ Conseil constitutionnel, n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, « *Obligation de vaccination* ».

liées. Pourtant l'opinion publique à ce sujet semble attendre plus que les dispositions inachevées proposées. Cette disposition empêche un libéralisme exacerbé qui aurait pour conséquence de consacrer un véritable droit à mourir, chose qui ne peut être entendue selon la CEDH¹²⁴⁷. L'actualité relance pourtant sans cesse de l'huile sur le feu afin de sensibiliser la population sur ce sujet, véritable enjeu sociétal. Avec l'aide de la jurisprudence, le législateur semble avoir pris note des considérations publiques en proposant une modification de la loi du 22 avril 2005.

a) L'impulsion de la jurisprudence du fond en matière d'euthanasie, la dépenalisation de « l'assassin » médical

L'actualité nous l'a démontré, de nombreuses poursuites judiciaires à l'encontre de praticiens ayant intentionnellement donné la mort à leur patient qui la demandait ont été acquittés ou ont bénéficié d'un non-lieu. Une situation ahurissante dans la mesure où cet acte, non légalisé, s'apparente à un assassinat dans la mesure où l'acte est planifié, prémédité et que l'élément moral et matériel sont constitués. C'est pour cela que le professeur Alain Prothais considère que « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie »¹²⁴⁸.

D'une part Alain Prothais estime que le litige opposant les pro ou anti-euthanasie est insoluble tant les arguments de chacune des parties à l'opposition sont respectables. Ainsi il souligne que le droit de mourir relève de la possibilité pour chacun de pouvoir décider de la fin de sa vie, et que cette dernière soit la plus « digne » possible mais il n'en demeure pas moins une tolérance à l'acte meurtrier, chose inacceptable dans une démocratie. Une nouvelle fois, la liberté s'oppose à l'ordre public. Dois-je pouvoir faire ce que je veux de mon corps, de ma santé et de ma vie ? Ou dois-je me conformer aux règles constituant la protection de la personne, les règles de l'ordre public ? La dignité humaine est alors au cœur, une nouvelle fois de ce dilemme cornélien. Les uns arguent du respect du principe de la dignité à la faveur du droit à mourir, nous arguons du principe de la dignité à la faveur du droit à la vie. Si la dignité ou plutôt le respect de la personne ne s'éteint pourtant pas avec elle, il est difficile de parler de dignité humaine pour la représentation inerte et froide de la personne passée.

Le meurtre et l'assassinat ne sont pourtant pas les deux qualifications retenues lors de procédures à l'encontre des prévenus ayant donné la mort à un patient en fin de vie. Il s'agit d'une qualification plus précise et plus restrictive qu'est celle de l'empoisonnement. L'incrimination de l'article 221-5 du Code pénal¹²⁴⁹ ne nécessite aucun résultat matériel afin d'être retenue. Il s'agit d'une infraction formelle où le seul

¹²⁴⁷ Cf à ce sujet l'arrêt « *Pretty* » préalablement évoqué.

¹²⁴⁸ A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *Revue de Droit pénal*, n°5, mai 2011, étude 7.

¹²⁴⁹ Article 221-5 du Code pénal « *Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement* ».

fait de d'administrer une substance nocive pour la vie de la personne constitue l'infraction eu égard de la mort avérée de la victime. Il est donc vrai que d'une telle infraction puisse être retenue pour qualifier l'euthanasie dans la mesure où il ressort de cette pratique la recherche de la mort de la personne par l'administration ou l'incubation d'une solution létale ayant vocation à porter atteinte à la vie de la personne. Alain Prothais considère cette qualification comme adéquate car « l'intention criminelle ou délictueuse existe malgré le mobile compassionnel de l'auteur ou le consentement de la victime. L'intention est la volonté d'accomplir l'acte incriminé en connaissance de cause, peu importe donc le mobile de l'agent ou la psychologie de la victime »¹²⁵⁰.

Pour cet auteur, il existe pourtant des voies d'issue pour ce genre de fait, notamment l'article 122-4 du Code pénal qui prévoit que « *n'est pas responsable pénalement la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* »¹²⁵¹. Qu'à cet effet, le Code de déontologie médicale ou encore la loi entreprennent la fin de vie en ordonnant au médecin de permettre la mort du patient de manière indirecte ou passive ou éventuellement en administrant un traitement « double-effet ». La contrainte morale pourtant retenue par le juge d'instruction pour déclarer le non-lieu à l'égard de « Mme Humbert et le docteur Chaussoy » est donc pour l'auteur inapplicable en matière d'euthanasie¹²⁵².

L'auteur évoque alors, la faible portée que peut avoir de tels actes devant l'appareil répressif. Il considère alors qu'« Il est facile de relever la faiblesse de la répression effectivement pratiquée. D'abord, on ne peut que remarquer la rareté des poursuites par rapport à la fréquence des cas où le problème pourrait se poser. Le parquet use, en effet, largement, en la matière de son pouvoir de ne pas déclencher de poursuites s'il les estime inopportunes (...) Si l'affaire vient jusque devant un juge d'instruction, comme pour Vincent Humbert à cause de la forte médiatisation polémique, c'est à ce magistrat que revient de prononcer le non-lieu poursuivre (...) Si, exceptionnellement, les faits viennent à être jugés, en cas de condamnation, celle-ci, usuellement, demeure fort symbolique. Même lorsque, très exceptionnellement, l'affaire est soumise à une cour d'assises, le procès peut très bien se terminer par un acquittement. Les juges, les jurés se montrent toujours sensibles au mobile compassionnel ou au consentement de la victime dans leur détermination de la répression méritée »¹²⁵³.

La procédure pénale, dans son ensemble paraît hostile à la condamnation des auteurs d'euthanasie, lorsque celle-ci constitue véritablement le mobile de l'acte. Il demeure anormal de ne pas sanctionner de tels actes qui ne sont, contrairement à ce que laisse penser l'auteur, pas autorisés par la loi. La loi « *Léonetti* » permet de donner la

¹²⁵⁰ A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *op. cit.*

¹²⁵¹ *Ibidem.*

¹²⁵² *Ibidem.*

¹²⁵³ *Ibidem.*

mort de manière passive, de sorte qu'aucun acte positif entraînant de manière certaine la mort n'est toléré.

A contrario, il existe donc une évidente tolérance de l'appareil répressif à l'égard des auteurs d'euthanasie pour l'ensemble des raisons évoquées préalablement. Il s'agit donc d'une certaine prise de position à l'égard de cette pratique qui, aujourd'hui, semble faire l'unanimité et pousser le législateur à entreprendre une réforme de la loi d'avril 2005 qui n'est, pour la plupart, plus aux goûts du jour. Cette loi que l'on peut qualifier de « timide », de « moyennement avant-gardiste » mais qui préserve le droit à la vie intacte semble à bout de souffle et en décalage avec les mœurs actuelles. C'est pour cette raison qu'une proposition de loi a été déposée afin de garantir de nouveaux droits aux patients.

b) Une proposition de loi sous l'impulsion d'une volonté sociétale

Il s'agit d'une confirmation de nos propos préalables, à savoir que l'ordre public, les principes qui en découlent, sont soumis aux mœurs actuelles. Ainsi, l'ordre public n'est pas figé, une règle qui tend à le protéger peut demain être abrogée en faveur d'une règle plus libérale. Si l'euthanasie n'existait pas avant 1999, il connaît dorénavant un essor considérable qui se manifeste par une importante volonté de l'opinion publique à ce que la loi change de nouveau.

b1) Des propositions déjà avortées...

Plusieurs propositions avaient déjà été déposées mais ont débouché sur des échecs. Notamment, la proposition de loi n°586 du 08 juin 2012 qui proposait de mettre en place une aide active à mourir »¹²⁵⁴. Cette proposition prévoyait de créer un nouvel article L. 1110-2 dans le Code de la santé publique selon lequel « *Toute personne, majeure non protégée, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit l'origine, lui causant des souffrances physiques ou psychiques qui ne peuvent être apaisées ou qu'elle juge insupportables, peut demander à bénéficier, dans les conditions prévues au présent titre, d'une assistance médicale pour mourir* ».

Tout d'abord, il ressort évidemment que cette disposition consacre une aide active à mourir. Cette pratique n'était réservée qu'aux majeurs et aux capables. Cette formulation tend à réserver cette pratique aux seules personnes en mesure de consentir valablement à cette pratique. Dans l'optique d'une légalisation de l'euthanasie active, il est nécessaire que cette dernière ne soit exclusivement permise à l'égard des personnes disposant de toute leur faculté mentale afin que leur consentement, à une telle pratique, soit libre et éclairé. Il est nécessaire qu'un tel consentement libre et éclairé ne soit pas seulement celui de l'article L. 1111-4 CSP, il est nécessaire qu'il soit spécial comme en de nombreuses matières, par exemple en matière de don d'organes. Il doit être vérifié et réitéré afin que le corps médical s'assure que de telles garanties soient préservées.

¹²⁵⁴ Proposition de loi du Sénat « *relative à l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs* », n°586 du 08 juin 2012.

Une fois de telles garanties observées, la personne « *peut demander* » de recourir à une telle pratique. Cette formulation s'entend d'une possibilité pour le malade qui demeure néanmoins soumis à la décision médicale. Nul doute que les médecins vérifieront si toutes les conditions tant relatives à la volonté, qu'à l'état physiologique de la personne sont remplies afin de prendre une décision. La personne peut donc se voir objecter un refus. Au contraire, le médecin peut alors décider de l'euthanasie alors même que les conditions ne sont pas réunies. Dans ce cas, il s'agira bel et bien d'un crime puisque l'autorisation légale permettant aux professionnels de santé de donner la mort en toute impunité fera défaut. Il s'agira d'un abus d'euthanasie sanctionné par la loi pénale.

La proposition de loi prévoyait également l'ajout d'un article L. 1110-13 dans le Code de la santé publique qui, à l'image de ce qui existe en matière d'avortement, permettrait à chaque professionnel de santé de refuser un tel acte en raison de ses convictions personnelles. Dans ce cas, le médecin serait obligé de renvoyer la personne vers « *un autre praticien susceptible de déférer à sa demande* ». Cette clause de confiance doit permettre d'assurer la réelle effectivité d'une telle pratique, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, dans la mesure où cette dernière demeure soumise au renvoi du patient vers un confrère.

De plus, la proposition de loi prévoyait de soumettre la demande d'« assistance médicale à mourir » à un collège de médecins, mis en place afin de vérifier que l'ensemble des conditions au concours de cette pratique sont bien remplies. L'article L. 1110-10-1 CSP prévoyait effectivement que le consentement de la personne ne soit pas seulement « *libre et éclairé* » mais qu'il soit également « *réfléchi* ». Cette réflexion nécessite alors une réitération de la position de la personne malade. Bien entendu, la demande d'euthanasie peut être « *révocable* » à tout instant comme le prévoyait la proposition de loi. Il n'était pas nécessaire de le rappeler mais dès lors que le consentement aux soins est révocable, il est logique qu'une telle révocation soit également envisageable en matière d'euthanasie.

Les sénateurs ont voulu introduire un délai de recours à l'euthanasie. Nous évoquions cela préalablement et discussions de l'intérêt d'un tel délai. Un délai trop court entre la demande et la réalisation de l'euthanasie n'est pas souhaitable dans la mesure où il ne permettrait pas de s'assurer de l'effectivité de la volonté du patient. Il ne faut pas que cette volonté soit initiée par un état de détresse particulier. Il est alors indispensable que ce délai soit d'au moins une semaine pleine afin de s'assurer du réel consentement de la personne. A l'inverse, un délai trop long ne ferait qu'accroître la douleur de la personne tant sur un plan physique que psychologique de la personne et priverait donc l'euthanasie active de tout intérêt. Ne nous souhaitons pas, en revanche que ce délai de huit jours soit abrégé en raison de la volonté de la personne. Comme le prévoit ladite proposition, il est nécessaire, pour abréger un tel délai, de combiner deux conditions que sont la volonté de la personne mais également l'urgence que peut éventuellement susciter son état de santé.

En outre, la proposition de loi prévoyait de renforcer le rôle de la personne de confiance ou des directives anticipées en la matière. Ainsi, dorénavant, ces dernières semblaient disposer d'une réelle valeur contraignante. Les sénateurs déclarant que « *le médecin est tenu d'en tenir compte* », cela renforce donc le consentement de la personne lorsque cette dernière n'est pas en mesure de l'exprimer. Il s'agit d'une loi renforçant fortement la liberté du patient face aux restrictions médicales, son droit subjectif à la santé, sa liberté face à la contrainte médicale. Pour Maryline Bruggeman, maître de conférence, dans ce texte, les sénateurs « prennent acte des avancées permises par la loi *Léonetti* de 2005, les auteurs de cette proposition de loi en déplorent les limites et jugent que la situation française ne répond pas aux souhaits de la majorité de nos concitoyens de pouvoir recourir à une aide active à mourir »¹²⁵⁵.

b2) La solution du Conseil consultatif national d'éthique, la « conjugaison du curatif et du palliatif »

Cette proposition de loi n'a pas été retenue. Depuis, le Conseil consultatif national d'éthique a rendu un rapport en 2014 sur la fin de vie¹²⁵⁶. Il suggère, comme nous l'avons fait préalablement, d'avancer sur les soins palliatifs plutôt que d'emblée consacrer une aide ou assistance active pour mourir. Ce développement des soins palliatifs est celui de « conjuguer » les soins curatifs avec les soins palliatifs. Ainsi, comme nous le disions la dignité de la personne est entièrement respectée. Cette conjugaison donne le sentiment de ne pas abandonner la personne à sa triste fatalité, tout en lui assurant un certain bien-être, un certain confort par l'atténuation de la douleur. Cette pratique permettrait de consacrer la sauvegarde de la dignité humaine dans ses deux versants. D'une part son côté contraignant, par l'exercice de soins, ne laissant pas à la personne la possibilité de pouvoir tout décider pour elle-même, notamment en optant pour des choix qui seraient dangereux pour sa personne, mais d'autre part, son côté protecteur de l'intégrité physique en supprimant toute souffrance physique ou psychique, en lui assurant un certain bien être.

En dernier lieu, il est également important de noter que selon ce rapport, cette vision des soins palliatifs permettrait un décroisement de la pratique de ces derniers qui seraient dès lors, pluridisciplinaires. Chaque spécialité du corps médical pourrait entreprendre ce type de soins, ne laissant plus les soins palliatifs comme une spécialité à part et un isolement de personnes en fin de vie, entre elles. Chose qui peut être néfaste pour elle, sur leur volonté de guérir, leur volonté de lutter contre la maladie.

¹²⁵⁵ M. Bruggeman, « Fin de vie : vers une aide active à mourir ? », Revue Droit de la Famille, n°9, Septembre 2012, alerte 46.

¹²⁵⁶ « Rapport du CCNE sur le débat public concernant la fin de vie », du 21 octobre 2014.

b3) La proposition d'une nouvelle loi sur la fin de vie, des perspectives structurelles limitées

La proposition de loi nouvelle de Jean Léonetti et Alain Claeys s'articule autour de douze articles qui refondent le droit des personnes en fin de vie. En premier lieu, l'article premier modifierait l'actuel article L. 1110-5 CSP relatif au traitement proportionné et à l'interdiction d'une obstination déraisonnable. Ledit article serait dès lors scindé en deux afin que la première partie ne concerne que l'exigence de soins proportionnés. La proposition de loi prévoit d'insérer à l'issue de ce premier alinéa une nouvelle référence à la dignité humaine¹²⁵⁷. Il s'agit d'une énième référence à la dignité humaine dans ce corpus législatif. Cette redondance est-elle véritablement nécessaire ? Au contraire, nous pouvons considérer que la multiplication des références au principe de la dignité humaine ne fait que l'affaiblir. Elle retranscrit une « névrose » du législateur à vouloir toujours justifier ses dispositions sur le fondement du respect de la dignité humaine. Plus fort serait ce principe s'il n'était simplement rappelé dans un article préliminaire et généraliste selon lequel « L'ensemble des dispositions relatives à la fin de la vie du malade s'inspire de principes tels que le respect de la dignité humaine, de la protection de la santé, de la vie, du libre consentement de la personne ». Une juxtaposition qui permettrait donc d'envisager l'ensemble des principes à concilier.

Concernant l'article second, il prévoit de créer un nouvel article L. 1110-5-1 n'appréhendant seulement l'obstination déraisonnable qui serait maintenue. Notons qu'une nouvelle référence à la dignité de la personne est faite. Il est cependant intéressant de noter que le législateur entend préciser la notion de « traitement » en y intégrant les actes élémentaires vitaux¹²⁵⁸. Nul doute que cette précision émane de la jurisprudence et notamment de l'affaire Vincent Lambert, sur laquelle les juges s'étaient posés la question de savoir si l'alimentation ou l'hydratation artificielles constituaient un traitement ou non. Pour revenir sur ce cas, Vincent Lambert ne nécessite actuellement d'aucun traitement particulier, ce dernier n'étant pas en fin de vie. Il est alimenté et hydraté de manière artificielle et son cas relève d'autant plus de l'obstination déraisonnable que de la fin de vie. En ce sens, cette précision devient intéressante pour l'arrêt du maintien en vie de cette personne. L'argument qui peut être opposé aux juges de nos jours serait de dire que l'alimentation ou l'hydratation fussent-elles artificielles, sont loin de constituer un traitement pour une personne en vie. Elles constituent un processus afin de combler un besoin primaire naturel. En notant que de tels procédés constituent un traitement, les décisions d'arrêt de soins, lorsque ces derniers n'ont pour but que de maintenir la personne en vie, seront plus faciles à rendre pour les juridictions.

¹²⁵⁷ La proposition de loi prévoit d'ajouter à la fin de l'alinéa premier de l'article L. 1110-5 CSP « *Toute personne a droit à une fin de vie digne et apaisée. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour satisfaire ce droit* ».

¹²⁵⁸ Selon cette proposition de loi et son article 2, « *La nutrition et l'hydratation artificielles constituent un traitement* ».

L'« avancée majeure » de cette proposition de loi réside en son troisième article qui prévoit une nouvelle technique de sédation. Alors que, pour rappel, la sédation est le moyen constituant le traitement « double-effet ». Ce traitement a donc pour objet de calmer la douleur de la personne et est susceptible d'entraîner la mort de la personne de manière indirecte. Il ne s'agit néanmoins que d'une possibilité, la mort n'étant pas recherchée. Le nouvel article L. 1110-5-2 CSP prévoit alors d'administrer au patient « *un traitement à visée sédatif et antalgique provoquant une altération profonde et continue de la vigilance jusqu'au décès* ». Il s'agit de plonger la personne dans un état de coma jusqu'à son décès qui interviendra de manière naturelle. De ce fait, cette pratique évite à la personne toute souffrance physique ou psychique, et entraîne son décès à court terme. Cette sédation profonde est « *associée à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie* ». Cette pratique ne semble pas pour autant créer une réelle « assistance active pour mourir ». Contrairement à la proposition des sénateurs de 2012 la sédation profonde n'induit pas l'administration d'une substance létale provoquant de manière corrélative la mort du patient. Cette procédure ne s'applique d'ailleurs qu'aux personnes dont l'espérance de vie ou de survie est très courte et qui font face à un traitement engendrant une souffrance ou lorsque l'arrêt d'un traitement aurait pour conséquence d'écourter de manière substantielle la vie du patient. Il ne s'agit nullement d'une aide active à la mort. De ce point de vue, l'avancée demeure minime. Ledit traitement peut seulement être qualifié de « super soins palliatifs ».

L'alinéa suivant fait alors ressortir une exception concernant les personnes incapables d'exprimer leur volonté. Alors que le principe repose sur la demande de la personne à recourir à cette pratique, il n'en va pas de même lorsque cette dernière n'est plus en mesure de s'exprimer¹²⁵⁹. Ainsi le contrôle appartient au médecin et le patient semble plus subir ledit traitement plutôt que de le choisir. Ce qui est critiquable dans cette disposition, c'est qu'il n'est fait nullement référence à une quelconque consultation des directives anticipées éventuelles ou de la personne de confiance ou de la famille, d'un proche. Il n'y a donc aucune place à l'autonomie et l'expression de la volonté de la personne en cette circonstance. Il est nécessaire qu'une telle modification du texte aille en ce sens.

Le quatrième article de la loi vient confirmer qu'une telle procédure ne vise pas à donner directement la mort et de manière certaine. Il évoque simplement une possibilité lorsque le législateur déclare que « *Le médecin met en place l'ensemble des traitements antalgiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie* ». Il peut avoir pour effet d'abrégé la vie, cela ne correspond pas à une certitude.

¹²⁵⁹ L'alinéa 2 de l'article L. 1110-5-2 CSP dispose que « Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et dans le cadre du refus de l'obstination déraisonnable visée par l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, le médecin applique le traitement à visée sédatif et antalgique provoquant une altération profonde et continue de la vigilance jusqu'au décès ».

Les avancées en matière de fin de vie sont donc mineures. Effectivement, les députés, auteurs de ladite proposition, ne semblent pas en faveur d'une avancée trop radicale allant vers le droit à mourir. Nous ne pouvons que nous en féliciter dans la mesure où un tel droit, rappelons-le, paraît contraire aux principes directeurs de notre droit préalablement rappelés. Le consentement de la personne ne peut aller au-delà de ce qui est toléré par la loi ou justifié implicitement par le respect de l'ordre public privilégiant le respect, la protection de la personne contre les atteintes qu'elle peut subir de l'extérieur ou des atteintes qu'elle peut elle-même s'infliger car il s'agit bien de cela. Malgré tout, l'autonomie de la personne ne s'en trouve pas moins affaiblie dans la mesure où le législateur place le consentement de cette dernière au cœur de sa législation. Il n'en demeure pas moins, de manière coutumière en la matière, que ce consentement ne peut outrepasser les limites depuis toujours fixées, incarnant des principes protecteurs et contraignants. Remémorez-nous la jurisprudence du Conseil d'Etat, « *Commune de Morsang-sur-Orge* » où le juge s'efforce à préserver la dignité humaine contre l'autonomie de la personne.

b4) La proposition d'une nouvelle loi sur la fin de vie, des perspectives conjoncturelles intéressantes

D'autres dispositions de la proposition de loi s'attachent, cependant, à cette libéralisation des droits de la personne, allant même jusqu'à approfondir la loi du 04 mars 2002 et ses règles relatives au consentement.

En effet, les articles cinq et suivants de la proposition de loi ambitionnent de modifier l'article L. 1111-4 CSP protégeant le consentement de la personne, en le développant de manière significative. Rappelons-nous que le droit au refus de soins, s'il existe, demeure soumis à l'appréciation du médecin qui doit, en cas de danger pour la santé de la personne, s'efforcer à la convaincre d'y avoir recours.

La proposition de loi prévoit une réécriture de l'alinéa second dudit article afin de supprimer toute allusion au professionnel de santé. En effet, le nouvel alinéa serait ainsi rédigé « *Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas subir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif* ». Cette disposition consacre de manière non équivoque le parfait consentement aux soins qui se traduit, nous l'avons vu, par une information complète sur les risques d'un traitement, d'une thérapie mais également sur la possibilité pour la personne de pouvoir la refuser. Ainsi, d'une manière générale, la personne aurait donc la possibilité de pouvoir refuser « *tout traitement* ». La loi ne distinguerait plus entre les différents types de traitement.

Tout traitement serait-il alors susceptible d'un refus ? A la seule lecture de ce texte, il nous répondre par l'affirmative. Il n'en demeure pas moins que certaines exceptions subsisteront, notamment en matière vaccinale où, d'après la décision du Conseil constitutionnel, cette obligation doit être préservée. Pour l'heure, nous pouvons

considérer que cette disposition se heurterait à celles qui protègent l'ordre public. Une autre question ne semble pas être encore traitée par le législateur, celle de recourir à tous les soins désirés. Ainsi, tant qu'une disposition ne déclarera pas qu'« Il est loisible pour chacun de refuser ou d'accéder à tout traitement », les interruptions volontaires de grossesse seront toujours soumises au respect d'un délai légal, la procréation médicalement assistée soumise à la recherche d'un palliatif thérapeutique ou l'assistance positive pour mourir bannie de notre législation.

Concernant donc le rôle du professionnel de santé, il serait retiré de l'alinéa deux pour être intégré dans un nouvel alinéa trois. Il a d'abord un rôle passif, effectivement la nouvelle disposition excipe l'obligation pour ce dernier de ne pas s'opposer au refus de soins exprimé par le patient. Il devra néanmoins « *avoir informé* » le patient « *des conséquences de ses choix et de leur gravité* ». En outre, lorsque par l'expression d'un refus de soins « *la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable* ». Cette disposition tend alors à préserver le consentement « *éclairé* », que la décision du refus de soins ne soit pas le fruit d'un trouble mental passager ou d'une « *lubie* ». Le rôle actuel du médecin quant à la persuasion du patient ne se limite qu'à la sollicitation d'un confrère afin que ce dernier puisse mener des informations complémentaires sur les conséquences du refus de soins.

En outre, l'article L. 1111-4 CSP connaîtrait d'autres modifications. Ainsi, l'alinéa quatrième actuel serait supprimé. Il prévoit actuellement, l'obligation qu'a le médecin, hors situation d'urgence ou en cas d'impossibilité, de contacter les proches de la personne hors d'état de s'exprimer afin de pouvoir pratiquer des soins sur elle.

Que signifie une telle suppression ? Nous pourrions penser que cette suppression entraîne *de facto* un total contrôle du médecin dans les situations où la personne n'est pas en état de s'exprimer. En réalité nous trouverons la réponse dans le cinquième alinéa. Ce dernier dispose que « *la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-11-1, ou la famille ou les proches aient été consultés* ». Cette disposition signifie que le médecin n'est plus obligé de consulter les directives anticipées, ou de consulter la personne de confiance, la famille ou les proches lorsqu'il décide de prodiguer les soins à la personne qui n'est pas en mesure de s'exprimer. Il s'agit en réalité que d'une consécration de la pratique, le médecin favorisant toujours les soins. Il s'agit éventuellement d'une atteinte au consentement, néanmoins cette atteinte n'est qu'indirecte dans la mesure où l'individu n'est pas « *personnellement* » consulté.

La modification du cinquième alinéa est également intéressante. S'intéressant à la limitation ou à l'arrêt d'un traitement d'une personne hors d'état de pouvoir s'exprimer, la proposition de loi évoque la notion de « *décès* » et non plus de « *danger pour sa vie* ». La vision du législateur a donc changé. Si, dans la disposition actuelle, sa vision semble s'intéresser à la vie du patient, la vision moderne de la proposition s'intéresse à son « *décès* ». La conceptualisation est alors totalement différente, alors qu'aujourd'hui on

attache de l'importance à la protection de la vie de la personne, la vision moderne voudrait que l'on s'attache plutôt à la préparation de son décès. Alors que l'espérance de vie de la population occidentale s'accroît de plus en plus, il semble incohérent de vouloir sans cesse se préoccuper de la mort plutôt que du vivant. L'optique première de la loi est de protéger la personne contre toutes sortes d'atteintes. Qu'il s'agisse d'atteinte à l'intégrité physique, à la santé ou à la vie de la personne, ces notions doivent primer leur aspect négatif.

D'autres dispositions de la proposition de loi permettent de « fortifier » le consentement de la personne, notamment lorsque cette dernière n'est pas en mesure de pouvoir s'exprimer. Les dispositions concernent en premier lieu les directives anticipées. L'article huit de ladite proposition renforce la contrainte des directives anticipées. Alors que l'actuel article L. 1111-11 CSP déclare que les directives anticipées « *indiquent les souhaits de la personne* », la nouvelle version indique que ces directives « *expriment la volonté la volonté de la personne* ». Finie la simple indication, désormais le législateur semble donner une force toute nouvelle à ce mode d'expression de la personne inconsciente. Cette modification entraîne, en apparence, une véritable révolution au sein du droit au consentement de la personne. L'article qui ajoute que ces directives « *s'imposent au médecin, pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement* » donne un véritable droit au consentement de la personne. En apparence seulement car le médecin garde toujours la possibilité de pouvoir s'en délier. En effet, si elles « *apparaissent manifestement inappropriées, le médecin, pour se délier de l'obligation de les respecter, doit consulter au moins un confrère et motiver sa décision...* ». Il appartiendra, alors, à la jurisprudence de préciser à quoi correspond des directives anticipées « *manifestement inappropriées* ». Le seul espoir pour que cette nouvelle disposition soit révolutionnaire se trouvera alors entre les mains des juges qui devront définir précisément ces termes afin que le médecin puisse s'en « *délier* » plus ou moins facilement.

S'agissant de la personne de confiance, la loi vient expliciter une thèse que nous avons avancée préalablement. A savoir que l'avis de cette dernière prime tout autre avis¹²⁶⁰. Il n'en demeure pas moins que le « témoignage » de cette personne n'en demeure pas moins être un simple avis, comme c'est le cas aujourd'hui. L'avancée dans ce domaine demeure alors que très succincte. D'autres éclairages ont été proposés comme le fait pour le médecin de se baser sur tout témoignage afin de déterminer au mieux la volonté de la personne hors d'état de s'exprimer. Il s'agit de l'établissement d'un « faisceau d'indices » permettant au médecin, éventuellement au juge, de pouvoir se baser une présomption solide du consentement de la personne inconsciente. Ce procédé a été entrepris dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2014 relatif à l'affaire « Vincent

¹²⁶⁰ Article 9 de la proposition de loi créant un nouvel article L. 1111-11-1 selon lequel « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle témoigne de l'expression de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage...* ».

Lambert »¹²⁶¹. Il s'agit alors qu'une mise au point, d'une consécration d'un moyen déjà effectif devant le Conseil d'Etat.

Une dernière précision concernant la personne de confiance dégage une présomption selon laquelle « *les titulaires de l'autorité parentale sont réputés être personnes de confiance* » du mineur. Cette règle demeure logique dans la mesure où selon l'article L. 1111-4 CSP, alinéa 6 et l'article L. 1111-5, si le mineur a le droit d'exprimer son consentement, il n'en demeure pas moins soumis à la volonté des titulaires de l'autorité parentale.

Cette proposition de loi énonce des avancées significatives dans la libéralisation de la relation du patient avec le médecin sans pour autant rompre l'équilibre nécessaire à la protection de la santé. Le droit à la protection de la santé, dans son acception objective, paraît donc contraignant, allant même jusqu'à potentiellement porter atteinte à la santé en matière vaccinale. Cette contrainte permanente s'exprime dans un régime spécial du droit à la protection de la santé pouvant être comparé aux mesures les plus contraignantes pour la liberté, lorsque l'état d'urgence ou l'état de siège sont déclarés. Elle peut encore être comparée, en matière de procédure pénale, à la législation luttant contre le terrorisme qui permet aux autorités de prendre des mesures contraignantes. A la différence avec l'ensemble de ces textes, la législation concernant l'obligation vaccinale s'opère de tout temps et en tout lieu, non pas seulement lorsqu'une réelle menace existe. En cela, la législation vaccinale est véritablement contraignante contrairement à des pays comme l'Espagne où cette contrainte s'exerce qu'en cas d'épidémie grave et avérée.

Il n'en demeure pas moins que dans le droit, notamment de nos jours où les lois se multiplient, rien ne reste figé. Le développement du droit subjectif reconnu par le Conseil constitutionnel a permis d'instaurer de nombreuses règles permettant à la personne de voir son autonomie prendre de l'ampleur. De nombreuses techniques permettent de développer ce droit subjectif à la santé. La manière la plus classique demeure la voie légale. Le législateur de 2002, ou celui de 2005 et 2015 (avec l'examen de la nouvelle proposition de loi) permet à l'individu de voir sa sphère d'autonomie grandir et préserver de l'arbitraire médical. Une autre technique classique réside dans la jurisprudence « ordinaire ». Nous avons pu constater qu'à de nombreuses reprises le juge administratif fût saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 CJA. L'intervention rapide du juge permet de limiter les atteintes aux droits subjectifs des patients qui sont, bien évidemment, invocables devant lui contrairement au « droit-créance » de la protection de la santé. Enfin, comme nous avons pu l'étudier en matière de vaccin ou d'hospitalisation sans consentement, la saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution est une nouvelle arme pour chacun, pour le patient de faire valoir ses droits. Cette procédure qui tend à déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi est certainement la plus efficace en la matière. En ce qui concerne son effectivité, nous avons constaté qu'en matière d'hospitalisation sans le

¹²⁶¹ Conseil d'Etat, Assemblée du 24 juin 2014, n°375081, « *Mme F... I... et autres* ».

consentement de la personne, le « juge constitutionnel » a renforcé les garanties fondamentales du patient, il n'en demeure pas moins que cette effectivité n'a pas connu le même sort en matière d'obligation vaccinale.

Il ne faut sans doute pas oublier, non plus, que très souvent, les « droits-créances » prennent le pas sur les « droits-liberté ». De sorte que, protégeant un intérêt général, ils s'avèrent plus contraignants que ceux qui protègent un intérêt individuel. Si leur absolutisme ne peut être conçu, c'est au regard du principe de la dignité humaine qui par son ambivalence régule de manière automatique et systématique la relation entre ces deux catégories de droit. Le droit à la santé ou à la protection de la santé n'échappe pas à cette règle tant cette valeur irrigue l'ensemble du droit. Nous considérerons donc, que la dignité humaine transcende de manière effective le droit de la santé et les droits du patient. Cette valeur, cette notion permet d'organiser de manière cohérente l'exercice d'une contrainte afin de préserver un ordre public, qu'il soit traditionnel ou sanitaire sans pour autant anéantir totalement les droits du patient qui tendent à une certaine forme de libéralisme.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Nous avons donc pu constater tout au long de notre propos que deux conceptions de la santé s'opposent. Si toutes deux disposent de la même norme constitutionnelle comme fondement, à savoir l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, elles sont clairement antinomiques. L'une de ces conceptions qu'est le droit subjectif à la santé repose sur des valeurs plutôt libérales, laissant le patient maître de son corps, de sa santé. Dans ce contexte, nul doute que le consentement médical découle de cette conception. Ainsi, le principe libre consentement aux soins s'oppose à la conception « droit-créance » de la protection de la santé qui est plus contraignante).

Si nous pouvons douter du caractère fondamental d'un tel droit au consentement en raison de l'effectivité de la Convention d'Oviedo devant les juridictions internes, nous pouvons néanmoins affirmer que cette conception du droit au consentement peut être soutenue par de nombreux principes. Ces « adjuvants » sont constitués par des principes dont la valeur ou la force juridique n'est plus à prouver contrairement à ce droit au consentement aux soins. Ainsi, qu'il s'agisse du domaine médical ou non, nous pouvons considérer premièrement que l'acte médical non-consenti constitue naturellement une atteinte à l'intégrité physique, la nature de l'activité médicale s'y prête bien. Si l'article 16-3 du Code civil reconnaît bien qu'il peut être porté atteinte à l'intégrité physique pour raison médicale, cela doit nécessairement s'accompagner du consentement de la personne selon l'alinéa second.

En lien avec la protection du corps humain, la Cour européenne a depuis longtemps construit une jurisprudence lui permettant de sanctionner les atteintes à l'intégrité physique. Ainsi, la protection de la vie privée constitue, le fondement privilégié du juge européen en la matière dès lors que l'outrage porté n'atteint pas un degré suffisant pour constituer une atteinte à l'article 3 CEDH relatif à la protection de la dignité humaine, nous y reviendrons. Concernant l'article 8 de la Convention, ce dernier constitue effectivement un rempart contre les atteintes arbitraires à l'intégrité physique. Néanmoins, cette conception n'est pas reconnue par la jurisprudence interne attachant la violation de la vie privée à des préjudices exclusivement moraux. Il n'en demeure pas moins que tenter d'importer cette conception en droit interne permettrait aux patients de bénéficier d'une protection supplémentaire en matière médicale.

Concernant la dignité humaine, ce « super » droit fondamental est également en lien avec la protection de l'intégrité physique. Il repose également sur le dénigrement de la qualité humaine de la personne de sorte à pouvoir être en lien direct avec la protection du consentement de l'individu et de son intégrité physique. Nul ne peut être contraint en raison de l'égalité qu'il existe entre tous les acteurs de la société mais surtout en raison de notre qualité d'être humain. Si la protection de l'intégrité physique constitue un principe « satellite » de la dignité humaine, alors toute contrainte médicale positive doit y porter atteinte. Néanmoins, le principe de dignité humaine est un principe difficilement identifiable et définissable. Il n'existe pas de norme de référence

permettant de caractériser une violation dudit principe selon la législation interne. Ainsi, il est difficilement qualifiable de droit subjectif et encore moins de droit objectif lorsqu'il a pour objet de protéger les droits de la personne. Peut-être est-il un droit hybride dont tout découle de lui, un droit « matriciel » comme il est souvent nommé par la doctrine. Il ressort néanmoins un problème avec de droit à la dignité humaine. Son ambivalence permet de le considérer tant comme un adjuvant de la protection de l'autonomie de la personne que comme un adjuvant de la contrainte médicale dans son rôle de régulateur.

Enfin, il existe un dernier adjuvant qui, lui, n'est applicable qu'aux relations médicales privées. Il s'agit de la liberté contractuelle. Effectivement, après avoir confirmé que la relation médicale libérale reposait toujours sur un contrat, nous pouvons logiquement y appliquer la liberté contractuelle qui permet à l'individu de librement contracter ou de ne pas contracter, de choisir le contenu du contrat ou de choisir son cocontractant. Rien n'est pourtant aussi simple en matière médicale où tout est conventionné ou régi par la loi. Une telle intrusion du législateur dans le contrat porte alors nécessairement atteinte à cette liberté contractuelle, la privant d'une partie de son effectivité.

Quoi qu'il en soit l'ensemble de ces principes ne semblent pas être en mesure de contrer la contrainte médicale, elle soutenue aussi par certains adjuvants. Des principes à valeur constitutionnels comme l'ordre public et donc la protection de la dignité humaine dans sa dimension contraignante et liberticide, mais également la protection de l'ordre public sanitaire. Ajoutons qu'en dehors de ces principes, les « droits-créances » sont également, de par leur nature, contraignants. Nous avons donc pu constater ce caractère contraignant par l'étude du droit au logement opposable mais encore du droit à l'éducation qui est de la même nature que le droit à la santé. En cela, la législation sanitaire constitue une réelle contrainte pour l'individu, certainement pour des raisons budgétaires ou économiques. La législation sanitaire détient un régime contraignant par sa matérialité, elle contraint l'intégrité physique du malade mais également par sa forme, elle s'applique ainsi d'une manière générale et uniforme à l'ensemble de la population et en tout temps.

S'il existe aujourd'hui une prise de conscience de la part de la population sur le caractère néfaste d'une telle contrainte, il faudra encore attendre pour que le libre recours aux soins constitue le principe. Il appartient exclusivement au législateur, selon la décision du Conseil constitutionnel du 20 mars 2015 précitée, d'établir une politique sanitaire. Les évolutions sont attendues en tous domaines du droit de la santé. Les réponses données à ces attentes demeurent cependant trop timorées.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le consentement aux soins, le consentement aux actes médicaux est-il reconnu et appliqué en France ? Reconnu, il l'est. Effectivement, qu'il s'agisse des dispositions du Code civil, en son article 16-3, qu'il s'agisse du Code de la santé publique ou encore dans la Convention d'Oviedo, le droit au consentement est véritablement consacré dans l'ensemble de ces textes. Ainsi, rappelons que l'article 5 de ladite Convention énonce qu' « *une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne y a donné son consentement libre et éclairé* ». Pourtant rédigé comme s'il constituait un principe, ne pouvons-nous pas considérer qu'il s'agit plutôt d'une exception au principe de la contrainte médicale ?

L'article 5 de la Convention d'Oviedo a pourtant été repris par le Code de la santé publique et notamment son article L. 1111-4.

La loi du 04 mars 2002 est effectivement venue consacrer au plan légal l'ensemble des règles préalablement établies par la jurisprudence et qui tendent à la protection d'un tel consentement. Ainsi, le droit à l'information et le droit au refus de soins ne sont pas nés de la loi mais bien de la jurisprudence du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Du droit au consentement « *libre et éclairé* » découlent effectivement, comme nous l'avons vu, le droit à l'information de la personne ou, encore le droit au refus de soins qui constitue la matérialisation de « l'autonomie de la personne ». Le droit de ne pas recourir aux soins constitue effectivement le symbole le plus fort de ce libre consentement. La loi du 04 mars 2002 a érigé le droit au libre consentement en matière médicale au rang de « liberté publique ». Si les personnes relevant de la relation médicale privée peuvent arguer de la liberté contractuelle, les usagers du service de santé hospitalier peuvent, eux, se reposer sur cette « liberté publique », *a priori* suffisante pour encadrer le pouvoir de l'administration en la matière. La loi a donc eu un rôle d'harmonisateur.

Incombe donc aux professionnels de santé un devoir d'information sur l'ensemble des risques auxquels la personne s'expose en acceptant d'avoir recours aux soins. Cette règle issue de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment par le fameux arrêt « *Teyssier* » du 28 janvier 1942¹²⁶² a perduré pour être aujourd'hui consacrée par loi. La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative a toujours veillé au respect de cette obligation débouchant systématiquement sur une indemnisation lorsque cette dernière a conduit à la réalisation d'un dommage imprévu. C'est donc avec la plus grande fermeté que les juges de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat ont veillé à son application. Le droit à l'information semble aujourd'hui constituer la meilleure arme indemnitaire à la disposition des patients, d'autant que sa preuve incombe au professionnel de santé.

¹²⁶² Cour de cassation, Chambre des requêtes du 28 janvier 1942, « *Teyssier* ».

Aux cotés de ce droit à l'information existe une autre prérogative du patient qu'est le refus de soins. En effet, le même article L. 1111-4 du Code de la santé publique impose le respect du consentement exprimé par le patient, que celui-ci soit une acceptation des soins ou, à plus forte raison, un refus. En revanche, dans la deuxième situation, le professionnel de santé est pourtant autorisé à exercer une « pression psychologique » sur le patient afin de le faire changer d'avis. En informant la personne sur les dangers qu'elle risque si elle n'accepte pas les soins, il s'agit effectivement d'un moyen d'intimidation ou de chantage permettant de pouvoir faire changer d'avis la personne. Cette pratique ne peut néanmoins entrer dans la catégorie des vices du consentement car elle tend à défendre les intérêts supérieurs du patient, à savoir sa santé ou sa vie.

D'ailleurs, la jurisprudence considère qu'il n'est pas toujours fautif de procéder aux soins alors que la personne avait préalablement exprimé un refus. Ce refus exprimant un simple rejet de l'offre de soins ou se basant sur une conviction religieuse, résultant alors de la liberté de culte, ne peut être considéré comme absolu, les professionnels de santé pouvant le sacrifier au nom de l'obligation de soins qui s'imposent à eux, ou au nom de la préservation de la santé ou de la vie. Si « le respect du consentement se trouve renforcé si le refus se fonde sur les convictions religieuses de l'intéressé »¹²⁶³, il n'en demeure pas moins relatif comme l'a affirmé le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence. Ainsi, la sociologue Janine Barbot considère qu'« En situation d'urgence vitale, le médecin serait aujourd'hui en mesure de choisir entre transfuser le patient et commettre un acte illicite, mais non fautif, « si les circonstances le justifient », ou bien de ne pas le transfuser au risque de le voir mourir : la non-assistance à personne en danger ne devrait probablement pas être retenue contre lui, compte tenu de la force nouvelle du refus de soins, et toujours « si les contraintes le justifient » »¹²⁶⁴. Il semble alors que la loi, en ce domaine, n'a pas eu les effets escomptés. Le professionnel de santé dispose, malgré lui, d'autant de prérogatives que ce qu'il pouvait en avoir avant cette légalisation. Cette législation n'est visiblement pas effective.

Comment justifier alors cela ? Il semblerait que les principes du droit à la vie ou du droit à la santé, dans sa vision « droit-créance », priment toute libéralisation du « marché médical ». L'administration médicale et l'ensemble des professionnels de santé sont donc les dépositaires du droit de vie ou de mort de la personne. Eux qui peuvent désormais créer la vie en dehors de tout processus naturel, peuvent aussi décider de ne pas laisser mourir une personne, malgré l'expression d'un refus au détriment de droits tels que le respect de la vie privée, de la liberté contractuelle.

Cette contrainte sanitaire est alors transcrite tout au long du Code de la santé publique et s'exprime de manière positive ou négative, lorsque la loi empêche l'individu d'avoir recours à des pratiques désirées. Effectivement, c'est le législateur qui détient le monopole d'appréciation et de décision en matière de contrainte. D'ailleurs, le Conseil

¹²⁶³ 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, p. 21.

¹²⁶⁴ J. Barbot, « Soigner en situation de risque judiciaire », Revue française de science politique, 2008, p. 985.

constitutionnel a considéré qu'il était seul compétent en la matière dans sa décision du 20 mars 2015¹²⁶⁵. La seule limitation qui s'oppose au législateur est alors celle de la contrainte « *proportionnée* » et « *nécessaire* » avec « *l'objectif poursuivi* », selon les formules traditionnelles du Conseil constitutionnel.

Malgré le « *melting-pot* » de droits fondamentaux en jeu dans cette problématique de consentement aux soins, un seul sort du lot. Le seul droit qui constitue tant un droit protecteur que régulateur.

Il s'agit, sans surprise, du respect de la dignité humaine. Ce droit protège effectivement, grâce à son ambivalence, tant le droit subjectif à la santé que le « *droit-créance* ». Il protège tant le consentement de la personne que la contrainte qu'elle peut subir. Il est alors le droit régulateur en matière sanitaire. Cette régulation n'est pas rigide, elle fluctue en fonction des mœurs et des domaines. C'est dans cette perspective, par exemple, que s'est ouverte la discussion autour de la fin de vie qui a débouché sur l'adoption de la loi du 22 avril 2005, dite « *Léonetti* ». La dignité humaine a permis de libéraliser la pratique des soins lorsque la personne se trouve en fin de vie, lui permettant de disposer des soins palliatifs mais surtout d'interdire l'obstination déraisonnable.

C'est aussi la dignité humaine qui, parce qu'elle transcende les « *droits-créances* », impose l'obligation de se faire vacciner, interdit le recours à la gestation pour autrui, interdit d'ouvrir le droit à l'enfant ou d'avorter librement au-delà de la douzième semaine. Ce droit « *matriciel* » est omniprésent dans les considérations médicales. Il ressort de l'éthique liée à cette matière et il ne peut en être autrement. Cela paraît d'ailleurs logique. Si la dignité humaine est inhérente à la personne qui l'incarne, elle est alors inhérente au droit de la santé qui la touche au plus près de son corps et de son intimité.

Nous pouvons considérer que la contrainte médicale n'est pas nécessairement contraire à la dignité humaine, qu'elle tend d'ailleurs à la protéger. Cette contrainte s'attache donc « *au but poursuivi* » selon du Conseil constitutionnel¹²⁶⁶. Le but étant la préservation de l'individu et de ses conditions de vie qui doivent être appropriées au respect de sa dignité mais aussi la préservation de l'ordre public. Nul doute, qu'en ce domaine le droit à la dignité recouvre un caractère « *objectif* ». Nous doutons en revanche de l'adoption d'une telle solution devant la Cour européenne des droits de l'homme qui ne retient qu'une vision subjective du droit à la dignité humaine, contrairement au droit français. Nous pouvons donc en conclure que la contrainte médicale exercée sur le consentement de la personne n'est pas contraire au respect de sa dignité. Elle a pour objectif premier de protéger d'impérieux motifs comme le droit à la vie ou à la santé et qu'elle respecte les conditions énoncées par le Conseil

¹²⁶⁵ Conseil constitutionnel, n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, « *Obligation de vaccination* ».

¹²⁶⁶ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs utilisé cette expression dans la décision relative à l'hospitalisation d'office du 06 octobre 2011, n°2011-174 QPC, « *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent* » où il déclare que « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* ».

constitutionnel, à savoir, qu'elle constitue une atteinte « *adaptée, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis* »¹²⁶⁷.

La dignité humaine protège l'individu des atteintes susceptibles de provenir des tiers mais également des atteintes qui peuvent émaner de la personne elle-même. Dans l'optique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995, « *Commune de Morsang-sur-Orge* »¹²⁶⁸, l'individu ne peut être totalement libre et se retrouve privé de certaines prérogatives en vue de sa propre protection. L'individu, s'il doit être le plus autonome possible doit également se responsabiliser. Ainsi, il ne peut refuser ou consentir à tout traitement, dans le dessein de protéger tant sa personne qu'autrui. Le principe du respect de la dignité humaine est donc le principe régulateur permettant à la personne de ne pas recourir à des soins ou à des pratiques qui s'y apparentent qui pourraient porter atteinte à sa dignité.

Le principe de dignité humaine est pris entre deux feux. Ainsi, si la dignité humaine peut s'avérer contraignante pour le patient, elle peut également tendre à la protection de ses libertés comme le rappellent les professeurs Philippe Pédrot et Guylène Nicolas¹²⁶⁹. Cette acception découle, selon ces mêmes auteurs, de la loi du 04 mars 2002. Cette conception de la dignité permet de protéger le patient contre le développement des nouvelles technologies médicales, contre les procédés bioéthiques, comme en matière de fin de vie, où le professeur Xavier Bioy rappelle que le principe de dignité humaine est omniprésent¹²⁷⁰. En matière de recherche médicale, où Sophie Paricard, maître de conférence, nous rappelle que suite aux atrocités de la seconde guerre mondiale, « il est apparu que le traditionnel principe de la liberté de la recherche devait être assorti de limites posées par le droit et non plus livrées à la seule conscience du chercheur »¹²⁷¹. Ainsi, le principe de la dignité humaine, s'il inspire le « droit-créance » à la protection de la santé, protège également les droits de la personne tel que son consentement ou encore son intégrité physique. Son ambivalence est manifeste en matière médicale.

Dans un arrêt du 28 janvier 2010, la Cour de cassation reconnaît la double protection des droits de la personne. En rendant sa décision sur le fondement de l'article 16-3 du Code civil, qui découle du principe de la dignité humaine, la Cour reconnaît comme fautif le défaut d'information incombant au médecin ainsi que le préjudice physique qui résulte d'une « *intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée* »¹²⁷².

¹²⁶⁷ *Ibidem*.

¹²⁶⁸ Conseil d'Etat, Assemblée du 27 octobre 1995, n°136727, « *Commune de Morsang-sur-Orge* ».

¹²⁶⁹ P. Pédrot-G. Nicolas, « Droits. Malades. Usagers. Démocratie sanitaire. Responsabilité médicale. Aléa thérapeutique. Risques sanitaires », RDSS 2002, p. 351.

¹²⁷⁰ X. Bioy, « Actualité du droit à la santé et de la bioéthique », Constitutions 2010, p. 304.

¹²⁷¹ S. Paricard, « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », RDSS 2009, p. 98.

¹²⁷² Cour de cassation, Première chambre civile du 28 janvier 2010, n°09-10.992.

Et si la ligne directrice que suit le principe de la dignité humaine était l' « intérêt médical » ? La réponse ressort effectivement dudit article 16-3 du Code civil. Cet intérêt médical semble inhérent, indissociable du respect de la dignité humaine. C'est pour cette raison que les recherches sont tolérées, c'est également pour cela que le consentement de la personne peut être limité, mais également en raison de cette notion que l'individu est protégé de tout abus. C'est cette même raison qui interdit de proclamer un droit à l'enfant et d'ouvrir à tous l'assistance médicale à la procréation, ou qui instaure un régime de soins palliatifs plutôt qu'un droit à mourir, qui limite le droit à l'interruption volontaire de grossesse au-delà de la douzième semaine ou qui dicte aux autorités le placement d'une personne en centre psychiatrique. C'est également cet intérêt médical qui impose aux politiques publiques d'établir une législation vaccinale contraignante, dans un but de protection de la santé individuelle ou collective comme le prévoit l'article 16-3 du Code civil. La loi intervient dans chacun de ses domaines afin de rappeler ce qui relève de l'intérêt médical ou ce qui ne l'est pas. Cela signifie-t-il alors que les pratiques, s'apparentant des techniques médicales, dépourvues de tout intérêt et non-prévues par la loi sont contraires à la dignité humaine et dénigrent les droits de la personne ? Cela dépend en réalité de la gravité d'une telle pratique.

A ce sujet, soulevons, pour terminer, le problème de la circoncision et de l'excision qui sont des pratiques ne présentant aucun intérêt médical selon le professeur Vincente Fortier¹²⁷³. Se basant sur l'article R. 4127-47¹²⁷⁴ du Code de la santé publique, l'auteur considère que ces actes sont « hors du droit » et « hors la loi ». Concernant le premier de ces actes, Vincente Fortier considère que nous sommes en présence d'un conflit de normes. Ainsi, si les parents, au regard de l'article 371-1 du Code civil¹²⁷⁵ relatif à l'exercice de l'autorité parentale, peuvent choisir une religion pour leur enfant, quelle en est la limite ? Sachant que cet acte, qui constitue une mutilation, est ici dépourvu d'intérêt médical, il apparaît, en outre, comme une certaine contrainte pour l'enfant, souvent en bas-âge, qui n'est pas apte à consentir à cet acte. Le juge civil, dans une jurisprudence quasiment uniforme va affirmer que la décision de recourir à cette pratique incombe aux deux parents¹²⁷⁶, voire à l'enfant lorsqu'il est en âge de pouvoir y consentir¹²⁷⁷. Cette pratique semble alors, malgré son caractère *contra legem*, tolérée par la jurisprudence. Alors toute pratique dépourvue d'un intérêt médical est-elle contraire à la dignité humaine ? Nullement, l'exemple le plus symbolique étant celui de

¹²⁷³ V. Fortier, « Circoncision/ Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in « *La religion dans les établissements de santé* », op. cit., p. 237.

¹²⁷⁴ Article R. 4127-47 CSP « *Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement* ».

¹²⁷⁵ V. Fortier, « Circoncision/ Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in « *La religion dans les établissements de santé* », op. cit., p. 239.

¹²⁷⁶ Cour d'appel de Lyon du 25 juillet 2007, n°2007-346158 ou Cour d'appel de Nancy du 05 octobre 2009, n°2009-023366 ou encore Cour d'appel de Riom du 17 avril 2007, n°2007-336812.

¹²⁷⁷ Cour d'appel de Lyon du 25 juillet 2007, n°2007-346158.

la chirurgie esthétique. En revanche, cette pratique est largement encadrée par la loi. Il demeure alors nécessaire, qu'un consentement spécial et mieux protégé soit prescrit¹²⁷⁸.

Concernant, l'excision, il s'agit d'une pratique qui relève plus de la coutume que de la religion comme le rappelle Vincente Fortier¹²⁷⁹. Cette pratique est totalement illégale en France et sa pratique s'opère de manière « clandestine »¹²⁸⁰. C'est dans un arrêt du 20 aout 1983 que la Chambre criminelle considéra l'excision comme une « mutilation » pouvant entraîner des poursuites pénales¹²⁸¹. Le consentement de la personne à cet acte odieux permettrait-il de retenir l'irresponsabilité pénale de la personne qui le pratique ? Certainement pas dans la mesure où aucun fait justificatif ne pourrait être retenu. Ainsi, il n'existe aucune « autorisation de la loi ou du règlement » en cette matière car, par principe, l'excision est contraire à l'article 16-3 du Code civil et qu'elle n'est envisagée par aucun texte légal ou réglementaire. Concernant le « *consentement de la victime* », le professeur Molfessis considère que le consentement de la victime n'est, en principe, jamais pris en compte par le juge. Que l'irresponsabilité de l'auteur se fondant alors sur le consentement de la victime est un fait justificatif incohérent avec une société moderne et civilisée, dans la mesure où « l'objet du droit pénal n'est pas la protection des intérêts privés, mais la protection de l'intérêt général et de l'ordre social »¹²⁸². Nous évoquons la question du consentement de la victime en matière pénale en introduction de notre propos et avons constaté que même en matière médicale, en réalité, le consentement de la personne n'est pas effectif. Le fait justification émanant alors de la loi.

L'« intérêt médical » constitue donc la ligne « régulatrice » dont s'inspire le principe de dignité humaine. C'est l'intérêt médical qui va justifier la contrainte et la négation du consentement de la personne, c'est donc à travers lui que va s'exprimer le principe de dignité. Ainsi, lorsque cet « intérêt médical » concerne la santé publique, l'ordre public ou lorsque cet « intérêt » bien que personnel est d'une intensité telle que la santé de l'individu ou sa vie sont gravement et urgemment menacées, la négation du consentement ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine.

¹²⁷⁸ D'où l'obligation d'information renforcée en matière de chirurgie esthétique comme nous avons pu le constater dans notre première partie.

¹²⁷⁹ V. Fortier, « Circoncision/ Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain », in « *La religion dans les établissements de santé* », op. cit., p. 255.

¹²⁸⁰ *Ibidem*.

¹²⁸¹ Cour de cassation, Chambre criminelle du 20 aout 1983, Bull. crim., n°229 ; Rev. Sc. Crim., 1984, p. 73.

¹²⁸² N. Molfessis (dir), « *Droit pénal général* », Lonrai, Economica, 2009, p. 688.

A contrario, lorsque cet intérêt est individuel et relatif, ou nul, le consentement de la personne devra systématiquement être recherché comme en matière de chirurgie esthétique ou de circoncision. Tout cela dans une certaine limite. Lorsque cet acte constitue une grave mutilation (excision), peu importe que l'individu ait donné son consentement, ce dernier n'est recouvert d'aucun effet. Notons que dans certains domaines, notamment en matière de bioéthique, matière constituant une menace importante pour la dignité de l'individu, le consentement tient une place déterminante dans la relation « patient-médecin ».

Même si le consentement est prescrit par l'article 16-3 ou l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique nous pouvons considérer qu'il est alors loin de constituer un principe aussi solide que ces deux textes voudraient bien le démontrer. Nous pouvons considérer que ces textes amènent quelques garanties à propos de la libéralisation de la relation patient-médecin.

En revanche, les atteintes à ce dernier sont trop nombreuses et trop importantes pour le considérer comme un véritable principe. Nous avons pu constater que le principe du consentement au soin est trop souvent vidé de tout sens, lorsqu'il subit des atteintes positives ou négatives. L'Homme ne peut refuser toute intervention médicale sous peine de sanctions pénales ou sous peine de ne pas pouvoir exercer la profession qu'il désire. L'Homme ne peut émettre un veto contre l'hospitalisation psychiatrique en raison de la protection de l'ordre public. Le « droit-créance » à la protection de la santé est une compilation de mesures contraignantes s'inspirant de la protection de la dignité humaine, mais également de la santé *stricto sensu* ou encore de la vie. Ce droit soutient évidemment, l'ordre public traditionnel mais également l'ordre public sanitaire.

La Convention d'Oviedo pourrait-elle changer quelque chose ? Nul doute que sous l'impulsion du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence incarnant un droit à la protection de la santé hors-normes, les juges de la conventionnalité n'hésitent pas à adopter une logique semblable, considérant que les atteintes au droit au consentement garanti par ce texte sont « nécessaires » ou « proportionnées ». L'intérêt médical individuel ou collectif implique donc une certaine puissance de l'administration hospitalière, ou de la médecine en générale, dont la responsabilité ne sera que rarement recherchée en cas de violation d'un tel consentement. La responsabilité ne sera alors retenue que lorsque la violation d'un tel principe sera manifeste. Cette manifestation est marquée par le défaut d'information, une obstination déraisonnable, la désobéissance d'un refus de soin pour une intervention qui n'était pas nécessaire pour la vie de l'individu et, enfin, par un refus de soin discriminatoire exprimé par le professionnel de santé. Le consentement de la personne, qui s'inspire du droit subjectif à la santé, est à son image. Un droit instaurant quelques facultés à l'individu mais qui semble plus symbolique qu'opératoire.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX, MANUELS, THÈSES, MONOGRAPHIES, DICTIONNAIRES

- **André-Vincent P.**, « *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II* », Paris, L.G.D.J, 1983.
- **Attuel-Mendes L.**, « *Consentement et actes juridiques* », Paris, Litec, 2008.
- **Auby J-M.**, « *Le droit de la santé* », Paris, Puf, 1981.
- **Beccaria B.**, « *Des délits et des peines* », Paris , G-F Flammarion, 1965.
- **Berland-Benhaim Caroline**, « *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2007.
- **Bernaud V.**, « *Les droits constitutionnels des travailleurs* », Thèse, Economica, 2003.
- **Borgetto M.**, « *La notion de fraternité en droit public français* », Thèse, L.G.D.J, 1993.
- **Bouloc B.**, « *Droit pénal général* », Paris, Dalloz, 2009, 20^{ième} éd.
- **Brissy S., Laude A., Tabuteau D.**, « *Refus de soins et actualités sur les droits des malades* », Paris, Presses de l'EHESP, 2012.
- **Burdeau G.**, « *Libertés publiques* », Paris, L.G.D.J, 1961.
- **Cadiet L.**, « *Dictionnaire de la justice* », Paris, PUF, 2004.
- **Capitant H.**, « *Vocabulaire juridique* », Paris, PUF, 1992, 3^{ième} éd.
- **Carré de Malberg R.**, « *Contribution à la théorie générale de l'Etat* », Tome I, Paris, Sirey, 1933.
- **Caverni J-P. et Gori R.**, « *Le consentement : Droit nouveau ou imposture ?* », Paris, In Press, 2006.
- **Chardin N.**, « *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté* », Paris, L.G.D.J, 1988.
- **Chauvel P.**, « *Le vice du consentement* », Thèse, Université Paris II, 1981.
- **Clavandier G.**, « *Sociologie de la Mort : vivre et mourir dans la société contemporaine* », Paris, Editions Armand Colin, 2009.
- **Cornu G.**, « *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens* », Paris, Montchrestien, 2003, 11^{ième} éd.
- **De Forges J-M.**, « *Le droit de la santé* », Paris, PUF, 2012, 8^{ième} éd.
- **Delevoye J-P.**, « *Refus de soins et actualités sur les droits des malades* », Paris, Presses de l'EHESP, 2012, préface.
- **Devers G.**, « *Droit, responsabilité et pratique du soins* », Paris, Lamarre, 2013.
- **Duguit L.**, « *Traité de droit constitutionnel* », Paris, E. de Boccard, 1921.
- **Duguit L.**, « *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon* », L.G.D.J, 2008, 2^{ième} éd.

- **Dupont M., Esper C. et Paire C.**, « *Droit hospitalier* », Paris, Dalloz, 2003, 4^{ième} éd.
- **Evin C.**, « *Les droits des usagers du système de santé* », Paris, Berger-Levrault, 2002.
- **Faraj Amine**, « *L'obligation d'information dans le contrat médical : Approche de droit comparé franco-libanaise* », Thèse, Université de Montpellier, 2007.
- **Favoreu L.**, « *Droit constitutionnel* », Paris, Dalloz, 2008, 8^{ième} éd.
- **Favoreu L.**, « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Dalloz, 2012, 6^{ième} éd.
- **Forray V.**, « *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat* », Paris, L.G.D.J, 2007.
- **Gadhoun P-Y.**, « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Thèse, Paris, Dalloz, 2008.
- **Gay L.**, « *Les « droits-créances » constitutionnels* », Thèse, Bruylant, 2007.
- **Gény F.**, « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », Paris, L.G.D.J, 1919.
- **Girard C. et Hennette-Vauche S.**, « *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* », Paris, Puf, 2005.
- **Gjidara S.**, « *L'endettement et le droit privé* », Paris, L.G.D.J, 1999.
- **Guinchard S.**, « *Lexique des termes juridiques* », Paris, Dalloz, 2005, 15^{ième} éd.
- **Jacquinet N.**, « *Ordre public et Constitution* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.
- **Hoerni B., et Saury R.**, « *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine* », Paris, Masson, 1998.
- **Kant E.**, « *Fondement de la métaphysique des mœurs* », Paris, Le livre de Poche, 1993.
- **Laude A., Mathieu B. et Tabuteau D.**, « *Droit de la santé* », Paris, PUF, 2012, 3^{ième} éd.
- **Lebreton G.**, « *Droit administratif général* », Paris, Dalloz, 2013, 7^{ième} éd.
- **Lenoir N.**, « *Bioéthique, Constitution et droits de l'homme* », Paris, Diogenès, Gallimard, 1996.
- **Locke J.**, « *Traité du gouvernement civil* », Paris, Editions S. Goyard-Fabre, Garnier-Flammarion, 1992.
- **Lombard M. et Dumont G.**, « *Droit administratif* », Paris, Dalloz 2007, 7^{ième} éd.
- **Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P., Genevois B.**, « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* », Paris, Dalloz, 2007, 16^{ième} éd.
- **Louis R.**, « *Code de déontologie médicale commenté* », Paris, Éditions du Seuil, 1996.
- **Malabat V.**, « *Droit pénal spécial* », Paris, Dalloz, 2009, 4^{ième} éd.
- **Malaurie P.**, « *Anthologie de la pensée juridique* », Saint-Amand-Montrond, Cujas, 2001, 2^{ième} éd.
- **Mathieu B.**, « *Le droit à la vie* », Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, Europe des Droits, 2005.
- **Maurin L.**, « *Contrat et droits fondamentaux* », Thèse, L.G.D.J, 2013.

- **Meindl T.**, « *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemande* », Thèse, Université de Montpellier, 2001.
- **Merle R. et Vitu A.**, « *Traité de droit criminel, Procédure pénale* », Paris, L.G.D.J, Tome I, 2000, 7^{ème} éd.
- **Moreau J. et Truchet D.**, « *Droit de la santé publique* », Paris, Dalloz, 1997, 4^{ème} éd.
- **Nicolas G.**, « *Le droit constitutionnel du commencement de la vie* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.
- **Naim-Casanova A.**, « *Le consentement médical* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2006.
- **Pédrot P.**, « *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine* », Paris, Ellipses, 2006.
- **Pena-Gaia A.**, « *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Thèse, Université d'Aix-Marseille, 1998.
- **Porchy-Simon S.**, « *Les obligations* », Paris, Dalloz, 2012, 7^{ème} éd.
- **PreLOT P-H.**, « *Droit des libertés fondamentales* », Paris, Hachette, « HU Droit », 2010, 2^{ème} éd.
- **Puig P.**, « *Contrats spéciaux* », Paris, Dalloz, 2007, 2^{ème} éd.
- **Renault-Brahinsky C.**, « *Droit des obligations* », Paris, Lextenso, 2010, 7^{ème} éd.
- **Rivero J.**, « *Les libertés publiques* », Paris, PUF, 1995.
- **Rivero J. et Waline J.**, « *Droit administratif* », Paris, Dalloz, 1998, 17^{ème} éd.
- **Rousseau J-J.**, « *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* », Paris, Garnier-Flammarion, 1992.
- **Savatier R.**, « *Les Métaphores économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* », Paris, Dalloz, 1959.
- **Terré F.**, « *L'enfant de l'esclave : génétique et droit* », Paris, Flammarion, 1987.
- **Terré F.**, « *Les obligations* », Paris, Dalloz, 2005, 9^{ème} éd.
- **Terré F.**, « *Les personnes, la famille, les incapacités* », Paris, Dalloz, 2005, 7^{ème} éd.
- **Thibierge C.**, « *La force normative. Naissance d'un concept* », Paris, L.G.D.J, 2009.
- **Thomas L-V.**, « *Anthropologie de la mort* », Paris, Payot, 1975.
- **Turpin D.**, « *Contentieux constitutionnel* », Paris, PUF, 1994, 2^{ème} éd.
- **Vialla F.**, « *Les grandes décisions du droit médical* », Paris, L.G.D.J, 2009.

OUVRAGES ET REVUES ÉTRANGERS

- **Alexy R.**, « *Teoria de los derechos fundamentales* », Centro de estudios constitucionales, 1997.
- **David E.**, « *Le droit à la santé comme droit de la personne humaine* », Revue québécoise de droit international, 1985, p. 64.

- **Plitkin S.**, « *Plotkin SA, Orenstein WA, eds. Vaccines* », Philadelphia : WB Saunders 2004.

ARTICLES (REVUES ET MÉLANGE)

- **Albert N.**, « L'évaluation de la perte de chance en droit administratif », *Les Petites affiches* du 31 octobre 2013, n°218, p. 29.
- **Astaix A.**, « Application de la Charte des droits fondamentaux : publication du rapport 2011 », *Dalloz actualité* du 13 juillet 2012.
- **Aubrée Y.**, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », *Dalloz*, 2003, p. 638.
- **Bacache M.**, « Convention d'Oviedo », *RTD Civ.*, 2012, p.785.
- **Bacache M.**, « Longue vie à l'arrêt Mercier », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1, p. 335.
- **Bacache-Gibeili M.**, « Le secret médical partagé », *La Gazette du Palais* du 30 décembre 2008, n°365, p. 44.
- **Batteur A.**, « Refus de transmission d'une QPC sur l'existence de l'action en recherche de paternité », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* du 15 mai 2013, n°5, p. 2.
- **Batteur A.**, « Confirmation du dispositif « anti-Perruche » : L'exclusion définitive des indemnisations du préjudice de vie », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* du 15 février 2014, n°2, p. 1.
- **Barbier H.**, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD Civ.*, 2013, p. 832.
- **Barbot J.**, « Soigner en situation de risque judiciaire », *Revue française de science politique*, 2008, p.985.
- **Barella X.**, « Le droit à l'information en matière médicale », *AJDA*, 2012, p. 1991.
- **Bary M.**, « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », *Les Petites Affiches* du 30 septembre 2010, n°195, p. 15.
- **Beignier B.**, « *La protection de la vie privée* », in R. Cabrillac (dir.) « *libertés et droits fondamentaux* », *Dalloz*, 2009.
- **Bernaud V.**, « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », *Semaine sociale Lamy*, 2004, p. 1280.
- **Bernaud V.**, « Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les « décisions QPC » ? », *Revue Droit social* 2011, p. 1011.
- **Bernaud V.**, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Revue Droit social*, 2015, p. 4.
- **Bioy X.**, « Actualité du droit à la santé et de la bioéthique », *Constitutions* 2010, p. 304.
- **Bioy X.**, « Rémunération des médecins et libre choix du médecin par le patient », *Constitutions* 2011, p. 405.

- **Bioy X.**, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS* 2013, p. 45.
- **Bon P.**, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°2, mai 1997.
- **Bonneau J.**, « Urgences médecine et droit », *La Gazette du Palais* du 23 mars 2000, n°83, p. 51.
- **Bonneau J.**, « La logique juridique et éthique », *La Gazette du Palais* du 27 novembre 2001, n°331, p. 26.
- **Bonnet B.**, « *L'ordre public en France : De l'ordre public matériel et extérieur à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable* », in C-A. Dubreuil « *L'ordre public* », Paris, Cujas, 2013.
- **Borgetto M.**, « Aide et action sociales. – Définitions. Principes. Orientation », *JurisClasseur Administratif*, fascicule n°218-10 du 30 juin 2014.
- **Borghetti J-S.** « La sanction de la violation par le médecin de son devoir d'information, ou les limites de la réparation intégrale et systématique », *Revue des contrats* du 01 octobre 2010, n°04, p. 1235.
- **Braconnier S.**, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Etranger* du 01 mai 2012, n°3, p. 731.
- **Brenner C.**, « Actes juridique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2013.
- **Bruggeman M.**, « Fin de vie : vers une aide acte à mourir ? », *Revue Droit de la famille*, n°9, Septembre 2012, alerté n°46.
- **Calais-Aulois M.**, « La légitimité des techniques de procréation assistée », *Les Petites Affiches* du 07 octobre 1998, n°120, p. 7.
- **Canedo-Paris M.**, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979.
- **Carbonnier J.**, « *Etre ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit* », in « *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur* », *L.G.D.J*, 2001.
- **Casaux-Labrunée L.**, « *Le droit à la santé* » in R. Cabrillac (dir) « *Libertés et droits fondamentaux* », Dalloz, 2009.
- **Castaing C.**, « Le droit fou des soins psychiatriques sans consentement », *Les Petites Affiches* du 26 novembre 2010, n°236, p. 6.
- **Castaing C.**, « Quand les sages veillent sur les fous », *Les Petites Affiches* du 23 décembre 2010, n°255, p. 5.
- **Castaing C.**, « Pouvoir administratif versus pouvoir médical », *AJDA* du 31 octobre 2011, n°36, p. 2055.
- **Castaing C.**, « La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement », *AJDA* 2013, p. 153.
- **Causse H.**, « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité », *La Gazette du Palais* du 20 décembre 2001, n°354, p. 2.
- **Cayla J-S.**, « Limitation légitimes de la liberté de fumer », *RDSS* 1994, p. 30.

- **Cayla J-S.**, « La santé et le droit », *RDSS* 1996, p. 278.
- **Champeil-Desplats V.**, « Dignité de la personne humaine », *JurisClasseur Liberté*, fascicule n°540 du 11 septembre 2011.
- **Chapleau B.**, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *JurisClasseur Pénal*, Etude 18, n°10, Octobre 2006.
- **Chauvaux D.**, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA* 2002, p. 146.
- **Chauvel P.**, « Consentement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2007.
- **Chauvel P.**, « Transaction », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2011.
- **Cluzel-Métayer L.**, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 2 mars 2002 », *RDSS* 2012, p. 442.
- **Corre L.**, « Les « droits-créances » et le référé liberté », *Revue de droit administratif*, n°2, Etude 3, février 2012.
- **Couturier M.**, « La contrainte et le consentement dans les sois ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RDSS* 2014, p. 210.
- **Darsonville A.**, « *Ordre public et droit pénal* », in C-A. Dubreuil « *L'ordre public* », Paris, *Cujac*, 2013.
- **Dechristé C.**, « L'obligation d'affiliation à la sécurité sociale », *Dalloz actualité* du 05 février 2007.
- **Derepas L.**, « L'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif », *RFDA* 2007, p. 770.
- **Desportes F. et Le Gunehec F.**, in N. Molfessis (dir) « *Droit pénal général* », *Economica*, 2009.
- **Dorsner-Dolivert A.**, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 528.
- **Drago G.**, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz* 1991, p. 265.
- **Dagro G.**, « Procédure du contrôle de constitutionnalité », *JurisClasseur Administratif*, fascicule n°1414 du 05 novembre 1999.
- **Dubouis L.**, « La preuve de l'information incombe au médecin : progrès ou régression de la condition des patients ? », *RDSS* 1997, p. 288.
- **Dubouis L.**, « Le refus de soin : qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu ? », *RDSS* 2002, p. 41.
- **Duffy A.**, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *Revue de droit public et de la science politique en France à l'Etranger* du 01 novembre 2006, p. 1569.
- **Dutheil de la Rochère J.**, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°160 du 02 février 2010.
- **Edel V.**, « Le refus de soins », *Les Petites Affiches* du 14 décembre 2007, n°250, p.9.

- **Esper C.**, « La personne de confiance », *La Gazette du Palais* du 17 décembre 2002, n°351, p.13.
- **Fatin-Rouge M.**, « Le droit au respect de la vie privée », *Dalloz* 2000, p. 423.
- **Favoreu L.**, « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 in : La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* », PUF, 1989.
- **Fortier V.**, « *Circoncision/Excision : des atteintes à l'intégrité du corps humain* », in V. Fortier et F. Vialla (dir) « *La religion dans établissements de santé* », *Les Etudes hospitalières*, 2013.
- **Fortier V.**, « *La neutralité revisitée* », in V. Fortier et F. Vialla (dir) « *La religion dans les établissements de santé* », *Les Etudes hospitalières*, 2013.
- **Fournier F.**, « Prison et liberté de fumer. Ou comment la loi Evin ne s'applique pas aux services publics pénitentiaires », *Recueil Dalloz* 2005, p. 2134.
- **Fragkou R.**, « *Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé* », in A. Laude (dir) « *Consentement et santé* », *Dalloz*, 2014.
- **Fromont M.**, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, Janvier 2004.
- **Gabriel A.**, « Le consentement de l'enfant aux actes médicaux, une autonomie chimérique ? », *La Gazette du Palais* du 24 novembre 2009, n°328, p.25.
- **Gadhoun P-Y.**, « Liberté contractuelle », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°1350 du 31 décembre 2008.
- **Galinier A.**, « L'accès aux soins des étrangers malades en situation irrégulière dans les centres de rétention administrative », *RDSS* 2012, p. 125.
- **Gallmeister I.**, « Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B », *Dalloz actualité* du 30 mai 2008.
- **Gallmeister I.**, « Manque au devoir d'information du médecin : responsabilité délictuelle », *Dalloz actualité* du 21 juin 2010.
- **Galloux J-C.**, « Droits et libertés corporels », *Recueil Dalloz* 2005, p. 536.
- **Garay A.**, « La reconnaissance légale du refus de soin », *La Gazette du Palais* du 29 juin 2000, n°181, p. 13.
- **Gay L.**, « L'affirmation du droit aux soins du mineur étranger », *RDSS* 2006, p. 1047.
- **Girault C.**, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G.*, n°15 du 09 avril 2003, II, p. 10062.
- **Girer M.**, « *La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ?* », in A. Laude (dir) « *Consentement et Santé* », *Dalloz*, 2014.
- **Giudicelle-Delage G.**, « Droit à la protection de la santé en droit pénal en France », *RSC* 1996, p. 13.
- **Goesel-Le Bihan V.**, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1997, p. 258.

- **Goesel-Le Bihan V.**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007.
- **Gridel J-P.**, « L'individu juridiquement mort », *Dalloz* 2000, Chronique n°266.
- **Guillaume M.**, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, janvier 2014.
- **Guillot O.**, « Le consentement dans tous ses états », in A. Laude (dir) « *Consentement et santé* », *Dalloz*, 2014.
- **Gründler T.**, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.
- **Guyomar M. et Collin P.**, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », *AJDA* 2001, p. 153.
- **Haoulia N.**, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *Les Petites affiches* du 11 octobre 2013, n°204, p. 7.
- **Hauser J.**, « Hospitalisation d'office : certificat médical et dommage réparable », *RTD Civ.* 2013, p. 92.
- **Hennette-Vauchez S.**, « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°520 du 01 mai 2011.
- **Houser M.**, « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », *RDSS*, 2013, p. 671.
- **Huet A.**, « Droit à la sureté et contrôle extra-répressif – Privation de liberté décision administrative. – Maintien en zone d'attente et de rétention administrative », *JurisClasseur Liberté*, fascicule n°625 du 26 juillet 2007.
- **Huet J.**, « Adieu bon père de famille », *Actualité Dalloz* 2014, p. 505.
- **Jamin C.**, « *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction* », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir) « *La nouvelle crise du contrat* », *Dalloz*, 2003.
- **Jourdain P.**, « Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. Application à l'obligation du médecin », *RTD Civ.*, 1997, n°434.
- **Karagiannis S.**, « Le droit à la santé dans certains textes internationaux et constitutionnels : entre généreuse utopie et mesquin pragmatisme ? », *Journal du droit international*, n°4, Octobre 2011, doctrine n°11.
- **Kelsen H.**, « La théorie juridique de la convention », *Archive philosophique du droit*, 1944, p.40.
- **Kimmel-Alcover A.**, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS*, 2005, p. 265.
- **Koering-Joulin R.**, « *La dignité de la personne humaine en droit pénal* », in M-L. Pavia et T. Revet (dir), « *La dignité de la personne humaine* », *Economica*, 1999.
- **Lafage P.**, « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *La Gazette du Palais* du 16 février 2002, n°47, p. 14.
- **Laudijois M.**, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA* 2006, p. 376.

- **Le Baut – Ferrarèse B.**, « La Cour européenne des droits de l’homme et les droits du malade : la consécration par l’arrêt Pretty du droit au refus de soins », *AJDA*, 2003, p. 1383.
- **Le Bos – Le Pourhiet A-M.**, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, n°59/1991, p. 165.
- **Le Bot O.**, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », *RFDA* 2008, p. 328.
- **Le Gac – Pech S.**, « Défaut d’information médicale et préjudice réparable : le couple infernal », *Les Petites Affiches* du 29 juin 2011, n°128, p. 4.
- **Leca A. et Berland-Benhaim C.**, « Le consentement aux soins, replacé dans une perspective historique », in A. Laude (dir) « *Consentement et santé* », Paris, Dalloz, 2014.
- **Leduc F.**, « Pas de requiem prématuré pour l’arrêt Mercier », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1, p. 345.
- **Lenoir N.**, « Constitutions et santé », *RDSS* 2013, p. 161.
- **Lepage A.**, « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2009.
- **Libchaber R.**, « *La propriété, un droit fondamental* », in R. Cabrillac (dir) « *Libertés et droits fondamentaux* », Dalloz, 2009.
- **Lockiec P.**, « La décision médicale », *RTD Civ.*, 2004, p. 641.
- **Lockiec P.**, « La personne de confiance » *RDSS* 2006, p. 865.
- **Lucas-Gallay I.**, « Le domaine d’application du droit au refus de soins : du nouveau ? » *Les Petites Affiches* du 08 mars 1999, n°47, p. 16.
- **Malaurie P.**, « Euthanasie et droits de l’homme : quelle liberté pour le malade ? », *Deffrénois* du 30 septembre 2002, n°18, p. 1131.
- **Malaurie P.**, « La responsabilité civile médicale », *Deffrénois* du 15 décembre 2002, n°23, p. 1516.
- **Malaurie P.**, « La dignité de la personne humaine, la liberté sexuelle et la Cour européenne des droits de l’homme », *Les Petites Affiches* du 01 août 2006, n°152, p. 6.
- **Marcuzzi M.**, « *La revendication des corps* », in E. Dockes et G. Lhuiller « *Le corps et ses représentations* », Paris, Litec, 2001.
- **Markus J-P.**, « *Qualité et ordre public sanitaire, ou ordre public versus qualité* », *RDSS* 2014, p. 1063.
- **Martin J-C.**, « Libertés et terrorisme », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°660 du 25 février 2009.
- **Mathieu B.**, « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *Dalloz* 1995, p. 237.
- **Mathieu B.**, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire », *Recueil Dalloz* 1996, p. 282.

- **Mathieu B.**, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°21 Janvier-Juin 1999 », *Les Petites Affiches* du 21 septembre 1999, n°188, p. 8.
- **Mathieu B.**, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel », *Les Cahiers constitutionnels*, 1999, n°6, p.89.
- **Mathieu B.**, « La jurisprudence selon Ponce Pilate », *Dalloz* 2001, p. 2533.
- **Mathieu B.**, « Les droits des personnes malades », *Les Petites Affiches* du 19 juin 2002, n°122, p. 10.
- **Mathieu B.**, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », *Dalloz* 2003, p. 638.
- **Mayaud Y.**, « L'erreur de diagnostic, ou le droit à l'erreur médicale », *RSC* 2000, p. 204.
- **Mayaud Y.**, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », *Recueil Dalloz* 2000, p. 603.
- **Mémeteau G.**, « Le devoir d'information, ou les moulins à vent », *Les Petites Affiches* du 07 janvier 2013, n°5, p. 4.
- **Mersch A.**, « Le refus de soins devant le Conseil d'Etat », *Revue de droit administratif*, n°7, Juillet 2002, Chronique n°13.
- **Mestre J.**, et **Fages B.**, « De la liberté de ne pas contracter », *RTD Civ.*, 2004, p. 280.
- **Michel V.**, « Droits de l'homme », *Répertoire de droit européen*, *Dalloz*, août 2007.
- **Moderne F.**, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA* 2006, p. 2.
- **Molfessis N.**, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in M-L. Pavia et T. Revet, « *La dignité de la personne humaine* », *Economica*, 1999.
- **Moreau J.**, « Le droit à la santé », *AJDA* 1998, p. 185.
- **Moreau J.**, « Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif) », *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2002.
- **Moreil S.**, « La décontractualisation de l'obligation d'information au service de l'indemnisation de la victime d'un risque médical », *Les Petites Affiches* du 22 août 2012, n°168, p. 8.
- **Mouron P.**, « L'exposition d'un détenu au tabagisme passif : un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDSS* 2011, p. 86.
- **Niort J-F.**, « L'embryon et le droit : un statut impossible », *R.R.J.*, 1998, p. 463.
- **Paricard S.**, « La recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *RDSS* 2009, p. 98.
- **Pédrot P.** et **Nicolas G.**, « Droits. Malades. Usagers. Démocratie sanitaire. Responsabilité médicale. Aléa thérapeutique. Risques sanitaires », *RDSS* 2002, p.351.
- **Pelissier J.**, « La liberté du travail », *Revue de droit social*, 1990, p. 19.
- **Pellet R.**, « *La protection de la santé et le consentement aux risques sexuels* », in A. Laude (dir) « *Consentement et santé* », Paris, *Dalloz* 2014.

- **Pelloux R.**, « Le Préambule de la Constitution de 1946 », *Revue de Droit public* 1947, p. 382.
- **Penneau J.**, « Corps humain et bioéthique », Répertoire de droit civil, *Dalloz*, septembre 2012.
- **Péres C.**, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnelle », *Revue des contrats* du 01 octobre 2013, n°4, p. 1285.
- **Pena-Gaia A.**, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951.
- **Petit F.**, « Le droit à l'accompagnement », *Revue de droit social*, 2008, p. 413.
- **Philippe X.**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les Petites Affiches* du 05 mars 2009, n°46, p. 6.
- **Philippe X.**, « La liberté d'aller et de venir », in R. Cabrillac (dir), « *Libertés et droits fondamentaux* », *Dalloz*, 2009.
- **Picard E.**, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M-J. Redor « *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* », *Bruylant*, 2001.
- **Picard E.**, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.
- **Picard E.**, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 651.
- **Pignarre G.**, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats* du 01 janvier 2013, n°1, p. 251.
- **Pierre P.**, « Feu l'arrêt Mercier ! Feu l'arrêt Mercier ? », *Revue des contrats* du 01 janvier 2011, n°1, p. 357.
- **Pierroux E.**, « Le sperme en héritage : un cadeau empoisonné ? », *La Gazette du Palais* du 21 novembre 2009, n°325, p. 10.
- **Pinelli C.**, « Santé et Constitution : l'exemple italien », *RDSS* 2013, p. 137.
- **Pizzorusso A.**, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, Janvier 2009.
- **Pontier J-M.**, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Recueil Dalloz* 1998, p. 327.
- **Pontif V.**, « Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement », *Revue de Droit du Travail*, 2012, p. 637.
- **Porchy S.**, « Lien causal, préjudice réparable et non respect de la volonté du Patient », *Recueil Dalloz* 1998, p. 379.
- **Poujade B.**, « Question prioritaire de constitutionnalité et hospitalisation sans consentement », *La Gazette du Palais* du 05 novembre 2011, n°309, p. 16.
- **Prétot X.**, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Revue de Droit social* 1991, p. 187.
- **Prothais A.**, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *Revue de Droit pénal*, n°5, mai 2011, étude n°7.
- **Py B.**, « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ Pénal* 2012, p. 384.

- **Rambier M.**, « Insémination post mortem : De la mise à mal à la mise à mort de l'autonomie de la volonté du donneur », *Les Petites Affiches* du 15 octobre 2014, n°206, p. 6.
- **Raoul-Cormeil G.**, « L'inconstitutionnalité des règles transitoires de la loi brisant la jurisprudence Perruche et Quarez », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* du 15 février 2014, n°2, p. 345.
- **Rebecq G.**, « Régime général : Assurance maladie. Prestation en nature – Conventions nationales des médecins », *JurisClasseur Protection sociale Traité*, fascicule n°430-30, du 23 janvier 2014.
- **Rivero J.**, « La notion juridique de laïcité », *Dalloz*, 1949, Chronique XXXIII, p. 137.
- **Robert J.** « *La liberté de religion, de pensée et de croyance* », in R. Cabrillac (dir) « *Libertés et droits fondamentaux* », *Dalloz*, 2009.
- **Roblot-Troizier A.**, « *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », in C-A. Dubreuil « *L'ordre public* », Paris, *Cujas*, 2013.
- **Roland S.**, « *L'ordre public et l'Etat. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public* », in C-A. Dubreuil, « *L'ordre public* », Paris, *Cujas*, 2013.
- **Roman D.**, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS* 2005, p. 423.
- **Roux A.**, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA* 1992, p. 435.
- **Salvage P.**, « Le consentement en droit pénal », *Revue de science criminelle*, 1991, p. 699.
- **Saint-Bonnet F.**, « Histoire des libertés publiques », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°10 du 10 juillet 2007.
- **Saint-James V.**, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Dalloz* 1997, p. 61.
- **Saint-Pau J-C.**, « Jouissance des droits civils – Droit au respect de la vie privée – Définition conceptuelle du droit subjectif », *JurisClasseur*, n°10 du 20 avril 2010.
- **San Julian Puig V.**, « Directives anticipées en France et en Espagne », *RDSS* 2007, p. 86.
- **Sargos P.**, « L'obligation d'informer le patient », *Les Petites Affiches* du 22 septembre 1999, n°189, p. 09.
- **Sargos P.**, « La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires », *Recueil Dalloz* 2007, p.811.
- **Saunier S.**, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609.
- **Schoettl J-E.**, « Le registre international français est-il constitutionnel ? », *Les Petites Affiches* du 19 juillet 2005, n°142, p. 21.
- **Schrameck O.**, « Sécurité et liberté », *RFDA* 2011, p. 1093.
- **Seifert A.**, « L'effet horizontal des droits fondamentaux », *RTD Eur.*, 2012, p. 801.

- **Sériaux A.**, « Le testament de vie à la française : une institution parachever », *Recueil Dalloz* 2012, p. 1195.
- **Seube J-B.**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », *Les Petites Affiches* du 05 mars 2009, n°46, p. 86.
- **Stahl J-H.**, « Les trois messages de l'arrêt Barel », *AJDA* 2014, p. 88.
- **Stirn B.**, « La liberté contractuelle, un droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA* 1998, p. 673.
- **Supiot A.**, « Le travail, liberté partagée », *Revue de Droit social*, 1993, p. 715.
- **Taillefait A.**, « Régime juridique de la vie scolaire », *JurisClasseur Administratif*, fascicule n°233-10 du 31 décembre 2012.
- **Tchen V.**, « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *JurisClasseur Administratif*, fascicule n°1440 du 20 mai 2013.
- **Terneyre P.**, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnelle », *AJDA* 1998, p. 667.
- **Thébaul S.**, « Dépenses de santé et vieillissement » *Revue Française de Finances Publique* du 01 novembre 2012, n°120, p. 811.
- **Terré F.**, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir) « *Libertés et droits fondamentaux* », Dalloz, 2009.
- **Thomas D.**, « Le droit à la sûreté », in R. Cabrillac « *Libertés et droits fondamentaux* », Dalloz, 2009.
- **Tigroudja H.**, « Charte sociale européenne – Autres instruments adoptés par le Conseil de l'Europe », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°100 du 07 octobre 2007.
- **Turpin D.**, « Le droit de grève face à un nouveau « principe de valeur constitutionnelle », *Revue de Droit social*, 1980, n°11, p. 447.
- **Vialla F.**, « Droit des malades en fin de vie », *Dalloz* 2005, p. 1797.
- **Vialla F.**, « De l'obstination dans l'acharnement », *Les Petites Affiches* du 02 avril 2010, n°66, p. 10.
- **Vialla F.**, « Bref retour sur le consentement éclairé », *Recueil Dalloz* 2011, p. 292.
- **Vialla F.**, « Hospitalisation psychiatrique et liberté d'aller et venir », *Les Petites Affiches* du 11 juillet 2013, n°138, p. 15.
- **Vialla F.**, « Le refus de soins », in F. Vialla et V. Fortier (dir) « *La religion dans les établissements de santé* », Paris, *Les Etudes Hospitalières*, 2013.
- **Vialla F.**, « Enjeux et logiques de l'information comme préalable au consentement », in A. Laude (dir) « *Consentement et santé* », Dalloz, 2014.
- **Vidal-Naquet A.**, « Sources constitutionnelles des libertés », *JurisClasseur Libertés*, fascicule n°20 du 07 août 2007.
- **Viney G. et Sargos P.**, « Le devoir d'information du médecin », *Revue des contrats* du 01 juillet 2012, n°3, p. 1104.
- **Virriot-Barrial D.**, « Les nouvelles obligations de la médecine libérale dans l'exercice de leur profession », *RDSS*, 2011, p. 73.
- **Virriot-Barrial D.**, « Dignité de la personne humaine », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *Dalloz*, juin 2014.

- **Virriot-Barrial D.**, « *Consentement et soins pénalement ordonnés au regard de la contractualisation de la justice pénale* », in A. Laude (dir), « *Consentement et santé* », *Dalloz*, 2014.
- **Wachsmann P.**, « De la légitimité de l'atteinte à un droit individuel pour des motifs d'intérêt général », *AJDA*, 1991, p.382.
- **Zavoli P.**, « L'état de siège », *Recueil Dalloz*, mars 2014.
- **Zenati F.**, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », *RTD Civ.*, 1996, p.932.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- Note **Abravanel-Jolly S.**, à propos de l'arrêt n°98-83.517, Cour de Cassation, Chambre criminelle, *Semaine juridique* du 12 avril 2000, p. 693.
- Note **Arhab-Girardin F.**, à propos de l'arrêt n°11-18.327, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RDSS* du 01 juillet 2012, n°4, p. 757.
- Note **Arhab-Girardin F.**, à propos de l'arrêt n°12-21.338, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RDSS* du 01 juillet 2013, n°4, p. 741.
- Note **Atias C.**, à propos de l'arrêt n°99-17.642, Cour de Cassation, Assemblée plénière, *Defrénois* du 30 juin 2001, p. 795.
- Note **Auby J-B.**, à propos de la décision n°79-109 DC du 09 janvier 1980, *Dalloz*, 1980, p. 249.
- Note **Auby J-B.**, à propos de l'arrêt n°181899, Conseil d'Etat, *Droit administratif* du 01 janvier 2000, n°1, p. 3.
- Note **Beignier B.**, à propos de l'arrêt n°09-66.589, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Droit de la Famille* du 01 juillet 2009, n°7, p. 30.
- Note **Beguïn J-C.**, à propos de la décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Semaine juridique*, 1981, II, p. 19547.
- Note **Bergoignan-Esper C.** à propos de l'arrêt n°47246, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 17 décembre 2000, n°352, p. 6.
- Note **Bergoignan-Esper C.**, à propos de l'arrêt n°184386, *Droit administratif* du 01 avril 2001, n°4, p. 39.
- Note **Bernaud V.**, à propos de la décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000, *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, p. 341.
- Note **Bernaud V.**, à propos de la décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Semaine Social (Lamy)* du 24 février 2003.
- Note **Bernaud V.**, et **Gay L.**, à propos de la décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, « Le Conseil constitutionnel face au contentieux du handicap non décelé au cours de la grossesse », *Recueil Dalloz*, n°30, 2010, p. 1980.
- Note **Bibal F.**, à propos de l'arrêt n°10-25.915, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *La Gazette du Palais* du 27 janvier 2012, n°69-70, pp. 37.

- Note **Bienvenue** J-J., à propos de la décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984, *AJDA*, 1984, p. 689.
- Note **Bioy** X., à propos de la décision n°2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, « L'hospitalisation pour troubles psychiatriques devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n°88, octobre 2011, p. 844.
- Note **Boiteau** C., à propos de l'arrêt n°242193, Conseil d'Etat, *JCP G.* du 02 octobre 2002, n°40, p. 1729.
- Note **Bloch** L., à propos de l'arrêt n°339285, Conseil d'Etat, *Responsabilité civile et assurance* du 01 novembre 2012, n°11, p. 30.
- Note **Bollée** S., à propos de l'arrêt n°13-50.005, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Revue Critique de Droit international privé* du 01 juillet 2014, n°3, p. 619.
- Note **Borghetti** J-S., à propos de l'arrêt n° 308876, Conseil d'Etat, *Revue des contrats* du 01 janvier 2010, n°2010/1, p. 79.
- Note **Breton** A., à propos de l'arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1936, « *Mercier* », *Semaine juridique* 1936, p. 1079.
- Note **Brun** P. et **Gout** O., à propos de l'arrêt n°11-17.738, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Recueil Dalloz* du 10 janvier 2013, n°1, p. 40.
- Note **Bugnicourt** J-P., à propos de l'arrêt n°09-10.992, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Revue Lamy Droit civil*, n°69, p. 21.
- Note **Byk** C., à propos de l'arrêt n°09-11.157, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *JCP G.* du 18 juillet 2011, n°29, p. 1449.
- Note **Carcassone** G., à propos de la décision n°80-119 DC du 22 juillet 1980, *AJDA*, 1980, p. 602.
- Note **Casey** J., à propos de l'arrêt n°07-16.451, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RJPF* du 01 avril 2009, n°4, p. 16.
- Note **Chabas** F., à propos de l'arrêt n° 99-13.701, Cour de Cassation, Assemblée plénière, *JCP G.* du 13 décembre 2000, p. 2293.
- Note **Chavrier** G., à propos de l'arrêt n°249416, Conseil d'Etat, *JCP A.* du 10 novembre 2003, n°46, p. 1482.
- Note **Chevalier** J., à propos de la décision n°89-261 DC du 28 juillet 1989, *AJDA*, 1989, p. 619.
- Note **Chrestia** P., à propos de l'arrêt n°286835, Conseil d'Etat, *AJDA* du 06 mars 2006, n°9, p. 501.
- Note **Croize** G., à propos de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 28 janvier 1942, « *Teyssier* », « *Les Grandes décisions du droit médical* », p. 128 et s.
- Note **De Montecler** M-C., à propos de l'arrêt du Tribunal administratif de Paris du 17 octobre 2002, *AJDA* 2003, p. 99.
- Note **Delmas-Marty** M., à propos de la décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, p. 477.

- Note **Dendoncker D.**, à propos de l'arrêt n°136692, Conseil d'Etat, *Revue administrative* du 01 janvier 2001, n°319, p. 68.
- Note **Deygas S.**, à propos de l'arrêt n°229247, Conseil d'Etat, *Procédures* du 01 mars 2001, n°3, p. 20.
- Note **Deygas S.**, à propos de l'arrêt n°310125, Conseil d'Etat, *Procédures* du 01 décembre 2007, n°12, p. 30.
- Note **Deygas S.**, à propos de l'arrêt n°289328, Conseil d'Etat, *Procédures* du 01 mars 2008, n°3, p. 27.
- Note **Dieu F.**, à propos de l'arrêt n°267635, Conseil d'Etat, *Revue de droit public* du 01 juillet 2008, n°4, p. 1193.
- Note **Dubouis L.**, à propos de la décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, *RDSS*, 1990, p. 637.
- Note **Dubouis L.**, à propos de l'arrêt n°98-23.046, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RDSS* du 01 octobre 2000, p. 723.
- Note **Fatin-Rouge M.**, à propos de la décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, « Le droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2000, somm., p. 422.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Revue du droit public*, 1975, p. 185.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, *Revue du droit public*, 1978, p. 821.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Revue du droit public*, 1978, p. 830.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°77-92 DC du 18 janvier 1978, *Revue du droit public*, 1978, p. 835.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Revue du droit public*, 1979, p. 1691.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Revue du droit public*, 1986, p. 395, § 20-24, 27, 84, 157, 233.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, p. 330.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°90-274 DC du 29 mai 1990, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, p. 497.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°90-283 DC du 08 janvier 1991, *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p. 293.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°90-287 DC du 16 janvier 1991, *Revue de droit constitutionnel*, 1991, p. 293.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°93-325 DC du 13 août 1993, *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p. 583.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, p. 799.
- Note **Favoreu L.**, à propos de la décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, p.640.

- Note **Franck C.**, à propos de la décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, *Semaine juridique*, 1981, II, p. 19701.
- Note **Gabriel A.**, à propos de l'arrêt n°222741, Conseil d'Etat, La Gazette du Palais du 28 décembre 2008, n°363, p. 38.
- Note **Gaia P.**, à propos de la décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991, *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p. 703.
- Note **Gaia P.**, à propos de la décision n°92-307 DC du 25 février 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p. 311.
- Note **Gaia P.**, à propos de la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Revue française de droit constitutionnel*, 1995, p. 404 et p. 582.
- Note **Gay L.**, à propos de la décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, p. 809.
- Note **Gay L.**, à propos de la décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, *Revue de droit constitutionnel*, 2004, p. 85.
- Note **Ghevoitian R.**, à propos de la décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003, *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, p. 573.
- Note **Giard B.**, à propos de l'arrêt n°97-82.351, Cour de cassation, Chambre criminelle, *Recueil Dalloz* du 14 septembre 2000, p. 655.
- Note **Giboulot.**, à propos de l'arrêt de la Première Chambre civile du 06 mars 1876, D. 76.1.193.
- Note **Gicquel J.**, à propos de la décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Pouvoirs*, p. 186.
- Note **Gicquel J.**, à propos de la décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, *Pouvoirs*, 1982, p. 179.
- Note **Gros M. et Froment J-C.**, à propos de l'arrêt n°136727, Conseil d'Etat, *Revue du Droit public* du 01 avril 1996, n°2, p. 536.
- Note **Guégan-Lécuyer A.**, à propos de l'arrêt n°12-22.123, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Revue des contrats* du 01 septembre 2014, n°2014/3, p. 368.
- Note **Guettier C.**, à propos de l'arrêt n°216039, Conseil d'Etat, *JCP A.* du 22 novembre 2004, n°48, p. 1532.
- Note **Hazif-Thomas C., Urvois J., Thomas P.**, à propos de l'arrêt 244867, Conseil d'Etat, *Revue générale de droit médical* du 01 décembre 2012, n°45, p. 91.
- Note **Hennette-Vauchez S.**, à propos de l'arrêt n°124960, Conseil d'Etat, *L'Astrée* du 01 mai 2001, n°14, p. 9.
- Note **Irrmann C.**, à propos de l'arrêt n°10-24.447, Cour de Cassation Première Chambre civile, *La Gazette du Palais*, n°69-70, p. 46.
- Note **Jamin C.**, à propos de la décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, *RTD Civ.*, 1995, p. 448.
- Note **Janicot L., et Mathieu B.**, à propos de la décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Les Petites Affiches* du 27 décembre 2004, p. 5.

- Note **Joyau M.**, à propos de l'arrêt n°171851, Conseil d'Etat, *RFDA* du 01 février 1999, n°1, p. 47.
- Note **Keller R.**, à propos de l'arrêt n°295671, Conseil d'Etat, *RFDA* du 01 mai 2008, n°3, p. 529.
- Note **Le Guhenec F.**, à propos de la décision n°2004-492 DC du 02 mars 2004, « Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Semaine Juridique*, 2004, p. 597.
- Note **Leveneur L.**, à propos de l'arrêt n°08-11.073, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Contrats Concurrence Consommation*, n°11, pp. 22-23.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, *Les Petites Affiches* du 02 juin 1993, p. 4.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Les Petites Affiches* du 26 avril 1995, p. 6.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, *Les Petites Affiches* du 07 juin 1995, p. 7.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, *Les Petites Affiches* du 07 juin 1995, p. 9.
- Note **Mathieu B.**, et **Verpeaux M.**, à propos de l'arrêt n°169219, Conseil d'Etat, *Recueil Dalloz* du 17 juillet 1997, n°27, p. 219.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°97-389 DC du 22 avril 1997, *Les Petites Affiches* du 17 octobre 1997, p. 18.
- Note **B. Mathieu** à propos de la décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Les Petites Affiches* du 20 octobre 1999, p. 23.
- Note **Mathieu B.** et **Verpeaux M.**, à propos de la décision n°99-419 DC du 09 novembre 1999, *Les Petites Affiches* du 26 juillet 2000, p. 11.
- Note **Mathieu B.**, et **Verpeau M.**, à propos de la décision n°2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Les Petites Affiches* du 17 septembre 2002, p. 5.
- Note **Mathieu B.**, à propos de la décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, *Les Petites Affiches* du 06 juillet 2004, p. 19.
- Note **Mardesson D.**, à propos de l'arrêt n°130394, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 24 novembre 1993, n°328.
- Note **Maugüé C.** et **Touvet L.**, à propos de l'arrêt n°138652, Conseil d'Etat, *AJDA* du 20 mai 1993, n°5, p. 336.
- Note **Mayer D.**, à propos de l'arrêt n°97-80.981, Cour de Cassation, Chambre criminelle, *Semaine juridique* du 23 décembre 1998, p. 2270.
- Note **Mazeaud D.**, à propos de l'arrêt n°05-15.674, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Revue des Contrats* du 01 juin 2007, p. 266.
- Note **Mestre J.** et **Fages B.**, à propos de l'arrêt n°98-11.381, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RTD Civ.*, 2000, p. 566.
- Note **Mistretta P.**, à propos de l'arrêt n°09-16.556, Cour de Cassation Première Chambre civile, *JCP G.*, n°49, p. 2271.

- Note **Moquet-Anger** M-L., à propos de l'arrêt n°375081, Conseil d'Etat, JCP A. du 26 janvier 2015, n°4, p. 18.
- Note **Mordefroy** L. et **Lapérrou-Schneider** B., à propos de l'arrêt n°339529, Conseil d'Etat, *Revue générale de droit médical* du 01 mars 2012, n°42, pp. 437.
- Note **Moreau** J., à propos de l'arrêt « *Epoux V* », JCP G., n°27 du 01 juillet 1992, Tome II, p. 21881.
- Note **Moreau** J., à propos de l'arrêt n°198546, Conseil d'Etat, JCP G. du 06 février 2002, n°6, p. 302.
- Note **Muller** A-C., à propos de l'arrêt n°299203, Conseil d'Etat, *Droit et Patrimoine* du 01 juillet 2009, n°183, p. 93.
- Note **Nicolas** G., à propos de la décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, p. 619.
- Note **Nicolas** G., à propos de la décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Aout 2009- Juillet 2010 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n°84, p. 818.
- Note **Peigné** J., à propos de l'arrêt n°12-21.314, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *RDSS* du 01 septembre 2013, n°5, p. 338.
- Note **Peigné** J., à propos de l'arrêt n°327915, Conseil d'Etat, *RDSS* du 01 mai 2012, n°3, p. 573.
- Note **Pena-Gaïa** A., à propos de la décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, « Le « fou » est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire », *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2011, n°84, p. 298.
- Note **Pichon** V., à propos de l'arrêt n°289763, Conseil d'Etat, *Revue Lamy Droit civil* du 01 octobre 2008, n°53, p. 26.
- Note **Pierre** P., à propos de l'arrêt n°00-14.564, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Médecine et Droit* du 01 novembre 2001, p. 17.
- Note **Pissaloux** J-L., à propos de l'arrêt n°281084, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 12 mars 2006, n°71, p. 34.
- Note **Pissaloux** J-L., à propos de l'arrêt n°284803, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 12 mars 2006, n°71, p. 37.
- Note **Plouvin** J-Y., à propos de la décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Revue du droit public*, 1979, p. 65 et 85.
- Note **Pradel** J., à propos de la décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, *Dalloz*, 1981, chron., p. 101.
- Note **Pradel** J., à propos de l'arrêt n°00-81.359, Cour de Cassation, Chambre criminelle, *Recueil Dalloz* du 21 novembre 2002, p. 3099.
- Note **Prieur** S., à propos de l'arrêt n°97-15.756, Cour de cassation, Première Chambre civile, *Les Petites Affiches* du 22 mai 2000, n°101, p. 8.
- Note **Prieur** S., à propos de l'arrêt n°13-19.729, Cour de cassation, Première Chambre civile, *La Gazette du Palais* du 26 novembre 2014, n°330-331, p. 9.
- Note **Rebut** D., à propos de l'arrêt n°96-84.972, Cour de Cassation, Chambre criminelle du 17 septembre 1997, *Recueil Dalloz* du 27 aout 1998, p. 399.

- Note **Rivero** J., à propos de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *AJDA*, 1975, p. 134.
- Note **Rivero** J., à propos de la décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, *AJDA*, 1978, p. 411.
- Note **Rouault** M-C., à propos de la décision n°264310, Conseil d'Etat, *Semaine sociale Lamy* du 25 juillet 2005, n°1225, p. 15.
- Note **Rousseau** D., à propos de l'arrêt n° 374508, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 19 février 2014, n°50-51, pp. 9.
- Note **Roussel** S., à propos de la décision n°381245, Conseil d'Etat, *La Gazette du Palais* du 26 février 2015, n°56-57, p. 14.
- Note **Rubellin-Devichi** J., à propos de l'arrêt n°99-85.973, Cour de Cassation, Assemblée plénière, *JCP G.* du 02 janvier 2002, p. 17.
- Note **Saison** J., à propos de l'arrêt n°249552, Conseil d'Etat, *Revue générale de droit médical* du 01 mars 2003, n°9, p. 237.
- Note **Saison-Demars** J., et **Girer** M., à propos de l'arrêt 10-21/212, Cour de cassation, Première Chambre civile, *Revue générale de droit médical*, n°42, p. 447.
- Note **Savatier** R., à propos de l'arrêt du 14 décembre 1965, *JCP G.*, 1966, II, p. 14752.
- Note **Schoettl** J-E., à propos de la décision n°2004-504 DC du 12 août 2004, « La réforme de l'assurance maladie devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches* du 15 septembre 2004, p. 6.
- Note **Schrameck** O., à propos de la décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996, *AJDA*, 1996, p. 693.
- Note **Stahl** J-H. et **Chauvaux** D., à propos de l'arrêt n°157653, Conseil d'Etat, *AJDA* du 20 juillet 1995, n°7, p. 501.
- Note **Terré** F., à propos de l'arrêt n°90-20.105, Cour de Cassation, Assemblée plénière du 31 mai 1991, *Semaine juridique* du 31 janvier 1992, p. 18.
- Note **Tremeau** J., à propos de la décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998, *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, p. 765.
- Note **Turpin** D., à propos de la décision n°79-109 DC du 09 janvier 1980, *Revue générale de droit international public*, 1980, p. 31.
- Note **Turpin** D., à propos de la décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, « La décision n°557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », *Dalloz*, 2008, p. 1638.
- Note **Van Tuong** N., à propos de la décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996, *JCP G.*, 1996, II, p. 22709.
- Note **Vélot** F., à propos de l'arrêt n°99-42.942, Cour de cassation, Chambre sociale, *Lamy social* du 01 mars 2002, p. 1.
- Note **Viney** G., à propos de l'arrêt n°12-21.576, Cour de Cassation, Première Chambre civile, *Revue des contrats* du 01 juillet 2014, n°2014/2, p. 188.
- Note **Wachsmann** P., à propos de la décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *AJDA*, 1985, p. 362.

- Note **Wachsmann** P., à propos de la décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *AJDA*, 1988, p. 752.
- Note **Wachsmann** P., à propos de la décision n°90-283 DC du 08 janvier 1991, *AJDA*, 1991, p. 382.
- Note **Zarka** J-C., à propos de la décision n°97-389 DC du 22 avril 1997, *JCP G.*, 1997, II, p. 22890.

RAPPORTS, COLLOQUES, MÉMOIRES

- Assemblée Nationale, « Rapport au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adoptés avec modifications par le Sénat, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique », n°3403 du 11 mai 2011.
- Sénat, Rapport « au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, Après déclaration d'urgence, relatif à l'assurance maladie » du 21 juillet 2004.
- Sénat, Proposition de loi « relative à l'aide active à mourir » du 18 janvier 2011, n°228, Session ordinaire de 2010-2011.
- Sénat, « Les droits du malade en fin de vie », Les Document de Travail du Sénat, Série législation comparée, novembre 2004.
- Sénat, « *Les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments* », n°382 du 08 juin 2006.
- Sénat, Rapport d'information « Médiateur : évaluation et contrôle des médicaments », n°675 du 08 juin 2011.
- Sénat, proposition de loi « relative à l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs », n°586 du 08 juin 2012.
- Sénat, Rapport d'information, « Santé, Beauté, une priorité : la sécurité », n°653 du 10 juillet 2012.
- Sénat, Rapport d'information, « *Prise en charge psychiatrique des personnes atteintes de troubles mentaux* », n°249, 19 décembre 2012.
- Sénat, Rapport d'information, « *La politique vaccinale en France* », n°351 du 13 février 2013.
- Cour des Comptes, Rapport sur « La sécurité sociale, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale », septembre 2014.
- Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n°RM 2007-1360, « L'information des médecins généralistes sur le médicament » de septembre 2007.
- Stasi B., Rapport au Président de la République, « *Laïcité et République* », La documentation française, 2004.
- Rossinot A., « Rapport du groupe de travail sur la laïcité dans les services publics », septembre 2006.
- Conseil d'Etat, Rapport « Science de la vie et de l'éthique », 1988, p. 25.

- Congrégation pour la doctrine de la foi, instruction « *Donum Vitae* » du 22 février 1987.
- Congrégation pour la doctrine de la foi, instruction « *Dignitas Personae* » du 21 juin 2008.
- Comité Vedel, Rapport remis au Président de la République, « Pour la révision de la Constitution », JORF du 16 février 1993.
- Comité Veil, « Redécouvrir le Préambule de la Constitution », La Documentation française », Collection des rapports officiels, décembre 2008.
- Cornu G., « Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », remis à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005.
- Chandelat J-F., « Les refus de soins aux bénéficiaires de la CMU », rapport de novembre 2006.
- Théry I. et Biet C., « La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil », Colloque, Imprimerie Nationale, Centre Georges Pompidou, 1989.
- Haut Conseil de la Santé publique, « *Avis relatif à la politique vaccinale en population générale et à la levée des obstacles financiers à la vaccination* », des 13 mars 2013 et 06 mars 2014.
- Comité consultatif national d'Éthique, « *Rapport sur le débat public concernant la fin de vie* » du 21 octobre 2014.
- 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 de réforme du droit du Canada, « Le consentement à l'acte médical », Document d'études, 1980.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de pages)

A

Acte Médical

Acte juridique 10

Actes juridiques

Consentement 433

Assistance médicale à la procréation

Banalisation de l'enfant..... 317

Conditions..... 302, 304

Dignité 486

Droit à l'enfant 312

Droit comparé 309

Gestation pour autrui..... 313

C

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 14

Code de Nuremberg..... 13

Conflit de normes

Notion 4

Conciliation..... 167

Consentement

Acte Juridique..... 6

Actes juridiques..... 433

Capacité..... 434, 435

Consentement médical en droit comparé 10

Consentement médical en droit international 13

Droit pénal 8

Elements 436

Formalisme..... 439

Mesures contraignantes..... 572

Obligation d'information 437

Vices..... 440

Consentement médical

Comparaison droit civil..... 442

Eclairé 450

Incapacité 444

Intérêt supérieur.....	444
Intervention d'un tiers	443
Libre.....	447
Supériorité.....	446
Contrainte médicale	
Justification des ingérences.....	379
Contrainte médicale judiciaire	
Contrainte pénale	265
Dangerosité	268
Etablissement de la filiation.....	270
Présentation.....	265
Soins ordonnés.....	266
Contrat médical	
Information	
obligation découlant du contrat.....	431
Perspectives	85
Survie	431
Convention d'Oviedo	
Dignité humaine	401
Texte.....	15
Corps humain	
Cadavre.....	351
Don d'éléments	357
Don d'organes.....	354
Extrapatrimonialité	350
Indisponibilité.....	349
intérêt médical.....	354
Ordre public	359
Protection.....	348
Vie privée.....	361

D

Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe	14
---	-----------

Dignité humaine

Absence de référence constitutionnelle.....	384
Actes de torture et de barbarie.....	394
Aspect philosophique.....	389
Aspect religieux	389
Autres infractions pénales.....	397
Comité Vedel.....	385
Conception objective	482
Conception subjective.....	402
Conseil constitutionnel.....	391

Contrainte médicale.....	489
Convention d'Oviedo	401
Convention européenne des droits de l'homme	399
Crime contre l'humanité.....	389
Défaut de consentement.....	411
Définition difficile.....	385
Définitions du Comité Veil.....	386
Droit pénal.....	394
Droit-créance.....	542
Facteurs sociaux.....	396
Harcèlement.....	395
Jurisprudence médicale administrative.....	408
Jurisprudence médicale judiciaire.....	411
Jurisprudence ordinaire.....	390
Législation médico-sociale.....	404
Notion	382
Ordre public	482
Protection de la santé et de la vie	488
Référence expresse en droit comparé.....	383
Rempart à la liberté médicale	486
Traite des êtres humains.....	396
Directives anticipées	
Droit comparé	210
Evolution	594
Notion	205
Pouvoir contraignant	208
Primauté	206
Droit à la protection de la santé.....	17 et s.
"Droit-créance"	523
Dépenses de santé	165
Droit comparé	20
Droit international	18
Droit français.....	23
Environnement droit comparé.....	22
Environnement France.....	28
Prestations matérielles	164
Régime contraignant.....	575
Universalité	30
Droit à la vie	
Définition.....	159
Difficile conciliation	161
Droit international	160
Portée.....	160
Droit à l'éducation	
Liberté individuelle de l'élève.....	551

Notion	550
Obligations annexes.....	552
Droit au logement opposable	
Droit de propriété.....	548
Intérêt national.....	546
Notion	545
Objectif à valeur constitutionnelle	547
Droit fondamental	
Définition.....	110
Droit subjectif à la santé	
Absences de référence expresse	554
Consécration	563
Contenu	560
Définition.....	558
Droit comparé	555
Libre choix du médecin.....	565
Mesures pénale protectrices.....	561
Notion	558
Restriction.....	568
Droit-créance	
"Secours publics"	526
Contrainte formelle.....	537
Contrainte substantielle.....	538
Droit à la protection de la santé	540
Droit à l'éducation	550
Droit au logement opposable	545
Droit comparé	529
Droit contraignant.....	533, 536
Expression de la dignité humaine.....	542
Instruction publique.....	527
Intervention de l'Etat	528
Notion	525
Origine	525
Préambule de 1946.....	534
Prestations matérielles	164, 535

E

Etat de droit.....	3
---------------------------	----------

I

Information médicale	
Chirurgie esthétique.....	56
Consécration légale.....	62

Consommateur médicaments.....	76
Définition légale	47
Droit comparé	68
Enfant à naitre.....	72
Evolution jurisprudentielle	51
Extracontractualisation.....	91
Impréparation psychologique.....	99
Indemnisation	93
Liberté publique.....	112
Naissance.....	48
Obligation du contrat	431
Précontractualisation.....	431
Preuve.....	99
Preuve par écrit.....	106, 107
Responsabilité administrative	87
Responsabilité civile.....	86
Source supra-légale.....	115
Vie privée.....	114

Interruption volontaire de grossesse

Conseil constitutionnel.....	334
Convention européenne des droits de l'homme	331
Droit comparé	328
Droit pénal.....	324
Evolution	320
Notion	319

L

Liberté individuelle

Définition.....	140
Droit à l'éducation	551
Vision extensive.....	140

Liberté contractuelle

Absence de définition légale	421
Affaire Chronopost.....	429
Choix du cocontractant	419
Consentement	432
Contrat médical	430
Cour de cassation.....	428
Définition fonctionnelle	420
Définitions.....	417
Fondement constitutionnel	424
Liberté de ne pas contracter	418
Libre détermination du contenu	419
Notion	415
Nouveau fondement	427
Protection des contrats en cours	425
Reconnaissance constitutionnelle.....	423
Refus de soins du professionnel.....	459

Sortie du contrat	426
Liberté d'aller et venir	
Fondements.....	254
Ordre public	479
Soins psychiatriques.....	257
Liberté personnelle	
Définition.....	141
Fonction	142
Naissance.....	141
Liberté Religieuse	
Définition.....	144
Droit comparé	145
Droit français	147
Limites	151
Neutralité	155
Neutralité dans les hôpitaux publis	156

O

Obligation vaccinale	
Circonstances particulières.....	220
Conseil constitutionnel.....	579, 584
Contentieux administratif.....	223
Contentieux judiciaire.....	227
Contentieux relatif à la liberté vaccinale	232
Contrainte	213
Droit comparé	220
indemnisation des victimes.....	222
Liberté de travail.....	218
Limitation d'accès au droit à l'instruction	216
Obligation générale.....	214
Obligation professionnelle.....	217
QPC.....	578
Sanctions pénales	215
Ordre public	
Contrainte	468
Définition.....	467
Dignité humaine	482
Intérêt de la nation.....	481
Liberté d'aller et venir	479
Matériel et exétieur.....	471
Moral et Républicain	472
Notion	467
Objectif à valeur constitutionnelle	473
Protection de la sureté	478

Soins psychiatriques.....	477
---------------------------	-----

Ordre public sanitaire

Conditions de logement	508
Consentement sexuel	510
Consommation d'alcool.....	514
Droit à l'information.....	510
Insalubrité.....	509
Liberté de fumer.....	515
Mesures d'hygiène.....	506
Notion	491
Propagation internationale des maladies	497
Proportionnalité des mesures.....	498
Protection de l'environnement.....	506
Protection des eaux et des aliments	507
Règlement sanitaire international.....	491
Risque sanitaire grave	504
Sadomasochisme.....	512
VIH.....	509

P

Personne de confiance

Droit québécois.....	201
Evolution	595
Notion	197
Régime	198
Rôle	199

Personne inconsciente

Affaire Vincent Lambert.....	195
Définition.....	184
Directives anticipées	205
Droit comparé	191
Garanties légales	184
Impossible consentement	187
Impossible information.....	185
La personne de confiance.....	197
Solutions jurisprudentielles.....	193

Principe de proportionnalité

Conseil constitutionnel.....	498
Contrôle.....	501
Généralisation du principe	499
Notion	498

R

Refus de soins

Conflit de droits	144
Consécration légale	125
Conseil d'Etat	124
Cour de Cassation	121
Droit comparé	129
Evolution	592
Incapables	135
Interruption	453
Irresponsabilité du médecin	169
Limité par le le droit pénal	174
Mineurs	130
Serment d'Hippocrate	119
Supériorité de la vie et de la santé	170

Refus de soins du professionnel

Illégalité	455
Non-assistance à personne en danger	458
Notion	454
Obligation de moyen	457
Recommandation	461
Situations	455

Refus d'euthanasie

Acharnement thérapeutique	281
Evolution	584
Irresponsabilité pénale	585
Le cas de la Belgique	294
Loi du 22 avril 2005	280
Préconisation du Sénat 2011	289
Présentation	280
Proposition de loi de 2015	590
Proposition du Sénat de 2012	587
Soins palliatifs	285
Traitement double-effet	286

S

Secret médical

Jurisprudence administrative	372
Jurisprudence judiciaire	372

Soins psychiatriques

Conseil constitutionnel	260
Demande d'un tiers	237
Droit comparé	249
Évolution	237

Hospitalisation d'office.....	243
Liberté d'aller et venir	254
Ordre public	477
Protection de la sureté	478
Responsabilité établissement d'accueil	241

V

Vie privée

Conseil constitutionnel.....	365
Définition.....	364
Droit comparé	367
Droit subjectif.....	369
Jurisprudence ordinaire.....	368
Liberté.....	370
Préjudice moral	364
Préjudice physique.....	375
Refus de soins.....	377
Secret médical	371

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	p.1
SECTION I- LE CONSENTEMENT : UNE CONSÉCRATION DE LA LIBERTÉ DE L'INDIVIDU	p.5
Paragraphe 1 : Le consentement et le droit général.....	p.5
A) Le consentement, une notion pluridisciplinaire.....	p.5
1) L'acte juridique, le résultat du consentement.....	p.6
2) Le consentement exclu de la législation pénale ?	p.7
B) Le consentement au carrefour du droit.....	p.9
Paragraphe 2 : Le consentement et le droit médical.....	p.10
A) La notion de consentement médical en droit comparé	p.10
B) L'impulsion du droit international dans la reconnaissance d'un consentement médical	p.13
SECTION II – LE « DROIT CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ, LA CONTRAINTE MÉDICALE ANTAGONISTE AU CONSENTEMENT DU PATIENT	p.17
Paragraphe 1 : La conception du droit à la santé en tant que « droit-créance »	p.18
A) La reconnaissance internationale du droit à la protection de la santé.....	p.18
1) La reconnaissance du droit à la protection de la santé par le droit international.....	p.18
2) La reconnaissance du droit à la protection de la santé par nos voisins européens.....	p.20
3) Le lien entre le droit à la protection de la santé et le droit environnemental, l'originalité des Constitutions espagnole et portugaise.....	p.22
B) La reconnaissance nationale du droit à la protection de la santé	p.23
1) Le caractère contraignant du droit à la protection de la santé	p.24
2) Le rattachement du droit à la protection de la santé au droit environnemental en France ?	p.28
Paragraphe 2 : L'objet du droit à la santé en tant que « droit-créance »	p.30
A) Le droit à la protection de la santé, un droit universel.....	p.30
1) Une médecine de pointe universelle, gratuite et solidaire	p.30
2) Le coût exorbitant de la santé pour l'Etat	p.32
3) La tentative de solution : le parcours de soins coordonnés	p.34
B) La réglementation de l'exercice libérale des professions médicales en vue de l'accès aux soins.....	p.35
SECTION III – PROBLÉMATIQUE	p.38
SECTION IV – ANNONCE DE PLAN.....	p.39
PARTIE I – LE CONSENTEMENT DU PATIENT : UNE FRAGILE RECONNAISSANCE PAR LES LOIS ET LA JURISPRUDENCE	p.41
TITRE I – LA NOTION DE CONSENTEMENT DU PATIENT : DES PERSPECTIVES PLUTÔT OPTIMISTES.....	p.45

CHAPITRE PREMIER – L'OBLIGATION D'INFORMATION : ÉLÉMENT INDISPENSABLE DU RESPECT DU CONSENTEMENT « LIBRE ET ÉCLAIRÉ » DU PATIENT	p.47
SECTION I – L'ÉVOLUTION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION	p.48
Paragraphe 1 : L'arrêt « Teyssier » du 28 janvier 1942, arrêt fondateur de l'obligation d'information	p.48
A) L' « universalité » de l'obligation d'information	p.49
B) La justification de l'obligation d'information du patient	p.50
Paragraphe 2 : Les caractères d'une obligation d'information généralisée à l'ensemble du droit médical et pharmaceutique.....	p.51
A) L'obligation d'une information complète à la charge du professionnel de santé.....	p.51
1) L'évolution de l'obligation d'information depuis l'arrêt « Teyssier »	p.51
a) L'évolution jurisprudentielle de l'obligation d'information	p.51
a1) L'obligation d'information selon la jurisprudence de la Cour de Cassation.....	p.51
a2) L'information médicale selon la jurisprudence du Conseil d'Etat	p.57
a3) L'information médicale selon la jurisprudence de la CEDH	p.58
b) L'analyse légale de l'obligation d'information	p.62
b1) L'obligation d'information médicale dans les lois françaises	p.62
b2) L'obligation d'information médicale dans les réglementations étrangères.....	p.68
2) L'information sur la maladie de l'enfant à naître : l'affaire « Perruche »	p.72
a) La jurisprudence « Perruche », le point de départ d'une polémique juridique à propos de la mauvaise information	p.72
b) La loi « Anti-Perruche »	p.74
b1) La naissance de la personne, l'émanation de la vie ne peut être un préjudice selon le législateur	p.74
b2) Les conditions de recevabilité de l'action en justice pour la naissance de l'enfant handicapé.....	p.75
b3) La non-rétroactivité de l'application de la loi « Anti-Perruche »	p.75
B) L'information du malade, consommateur de produits médicamenteux.....	p.76
1) L'information médicamenteuse selon le droit français.....	p.77
a) La notice, la réglementation de l'outil d'information du consommateur de médicaments	p.77
b) La liste exhaustive des éléments composant la notice.....	p.77
c) L'étrange décision de la Cour de cassation sur le consommateur de médicaments.....	p.78
2) L'information médicamenteuse, l'exemple suisse et le débat devant le Sénat français.....	p.79
a) L'information médicamenteuse du malade et du professionnel de santé selon le droit suisse.....	p.79
a1) L'information complète destinée au patient	p.79
a2) Une information différente à l'égard du professionnel de santé.....	p.80

b) Le débat du Sénat français sur l'opportunité de l'information médicamenteuse des professionnels de santé	p.80
b1) L'information directe et indirecte du malade.....	p.81
b2) Une lutte pour la transparence de l'information des professionnels de santé	p.83
SECTION II – LE RÉGIME DE L'OBLIGATION D'INFORMATION.....	p.84
Paragraphe 1 : Le droit à indemnisation pour le défaut d'information médicale.....	p.84
A) Le défaut d'information, une responsabilité contractuelle ou délictuelle ?.....	p.84
1) La responsabilité civile contractuelle et administrative du praticien pour défaut d'information	p.85
a) L'arrêt « <i>Mercier</i> », le fondement de la relation contractuelle civiliste « médecin-patient ».....	p.85
b) La responsabilité administrative pour défaut d'information	p.87
b1) L'unification des régimes de responsabilité administrative de la faute issue de la technique médicale et de celle de « <i>l'organisation et du fonctionnement du service public hospitalier</i> »	p.87
b2) L'unification des régimes de responsabilité administrative consacrée par les lois de 2002 et 2009.....	p.88
2) L'évolution jurisprudentielle en faveur de la responsabilité délictuelle, vers une unification des régimes civil et administratif ?	p.90
a) Le défaut d'information, de la responsabilité contractuelle vers la responsabilité délictuelle ?.....	p.90
b) L'amorce de la disparition du contrat médical par la « délictualisation » de la responsabilité médicale ?.....	p.91
c) Le défaut d'information médicale comme seule composante exclue du champ contractuel	p.91
B) L'indemnisation et la preuve du défaut d'information	p.93
1) Un préjudice exclusivement réservé au défaut d'information.....	p.93
a) L'évolution jurisprudentielle de l'indemnisation du défaut d'information devant la Cour de cassation.....	p.93
a1) La notion de perte d'une chance ou l'argument « facile » pour pallier le défaut de lien causal.....	p.93
a2) La notion de perte d'une chance et le défaut d'information médicale	p.94
a3) La création prétorienne d'un préjudice exclusif au défaut d'information : « l'impréparation psychologique ».....	p.95
b) L'évolution jurisprudentielle de l'indemnisation du défaut d'information devant le Conseil d'Etat.....	p.96
b1) L'indemnisation du Conseil d'Etat sur le fondement de la perte d'une chance en droit médical.....	p.96
b2) La perte d'une chance admise par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un défaut d'information.....	p.97
b3) L'« impréparation psychologique » reconnue par le Conseil d'Etat	p.99
2) La preuve de l'information médicale.....	p.99
a) Le principe de la liberté de la preuve en matière d'information médicale	p.99

a1) Une présomption de faute du corps médical	p.100
a2) La preuve par « tout moyen », une réalité ?.....	p.104
b) La limite légale de la liberté de la preuve en matière d'information médicale spéciale	p.107
b1) L'information délivrée par écrit, l'information délivrée par un comité d'experts	p.107
b2) La justification du renforcement de l'obligation d'information par la sensibilité des domaines médicaux.....	p.108
b3) Une information évolutive	p.108
Paragraphe 2 : L'information médicale, un « droit fondamental » ?.....	p.109
A) Les caractères d'un droit fondamental	p.110
B) L'information médicale, évolution d'un droit fondamental.....	p.112
1) L'information médicale, une liberté publique ?	p.112
a) Une loi, une liberté publique nécessaire dans le domaine de la médecine publique.....	p.112
b) Une loi d'importance relative dans le domaine de la médecine privée	p.113
2) L'information médicale est-elle vraiment un droit fondamental ?.....	p.113
a) Le droit à l'information médicale un corolaire du principe de la vie privée	p.114
b) Le droit à l'information médicale, un caractère fondamental autonome et théorique de par sa source « supra-légale »	p.115
c) La nature du susceptible droit fondamental de l'information médicale	p.116
CHAPITRE SECOND – LE REFUS DE SOINS : EXPRESSION DU CONSENTEMENT DU PATIENT	p.119
SECTION I – LE REFUS DE SOINS, EXPRESSION DE LA VOLONTÉ.....	p.121
Paragraphe 1 : Une expression de la volonté reconnue par la loi et la jurisprudence	p.121
A) La reconnaissance du refus de soins par le droit français.....	p.121
1) La reconnaissance du refus de soins par la jurisprudence.....	p.121
a) Un principe du refus de soins « conditionné » par Cour de cassation avant 1994	p.121
b) Une principe du refus de soins « plein » à partir de 1994.....	p.123
c) Le refus de soins devant le Conseil d'Etat, une jurisprudence fondamentale	p.124
2) La reconnaissance du refus de soins par le législateur	p.125
a) La légalisation du refus de soins	p.125
b) Le refus de soins, une législation perverse ?	p.126
c) Une législation en confrontation avec les exigence d'ordre public.....	p.128
B) Le refus de soins en droit comparé	p.129
Paragraphe 2 : Le refus de soins, cas particulier de l'expression de la volonté du mineur ou du majeur incapable.....	p.130
A) L'exercice de l'autorité parentale et la décision médicale.....	p.130

1) Le régime de l'autorité parentale.....	p.131
2) Le rôle du mineur dans la décision médicale depuis la loi du 04 mars 2002	p.132
B) Le mandat de tutelle et la décision médicale	p.135
SECTION II – LE REFUS DE SOINS, UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE ?	p.136
Paragraphe 1 : La considération du refus de soins comme « liberté fondamentale » : une réalité ?.....	p.136
A) Les normes supra-législatives consacrant le refus de soins en droit européen	p.136
B) Un droit au refus de soins absent des textes fondamentaux nationaux	p.139
1) Le refus de soins, la difficile liberté individuelle.....	p.140
2) Le refus de soins, une éventuelle liberté personnelle encore non établie	p.141
a) La liberté personnelle, la naissance d'une notion prétorienne	p.141
b) La liberté personnelle et sa fonction de « constitutionnalisation » de libertés publiques.....	p.142
Paragraphe 2 : La justification et le conflit du refus de soins avec les droits et libertés fondamentaux.....	p.144
A) La justification du refus de soins sur le fondement de la liberté religieuse	p.144
1) L'étude de la liberté religieuse en droit positif et droit comparé	p.144
a) La liberté de conscience et de religion en droit comparé	p.145
b) La liberté de conscience et de religion en droit positif.....	p.147
2) Les limites de la liberté de croyance et de religion	p.151
a) Les limitations du principe de la liberté religieuse par la jurisprudence de la Cour de cassation.....	p.153
b) La neutralité des services publics : le pilier de la jurisprudence administrative quant à la limitation de la liberté de croyance.....	p.155
b1) Le principe général de neutralité.....	p.155
b2) La neutralité dans les hôpitaux publics.....	p.156
B) Le conflit du refus de soins avec les droits impérieux à la vie et à la protection de la santé	p.159
1) Le droit à la vie, un droit écorché par le refus de soins.....	p.159
a) La définition du droit à la vie.....	p.159
b) La portée du droit à la vie	p.160
b1) Un droit consacré à l'échelon international des droits fondamentaux	p.160
b2) Un droit difficilement conciliable ?	p.161
2) Le droit à la protection de la santé, un bref retour sur ce « droit-créance »	p.163
a) Un droit opposable à tous pour d'importantes prestations matérielles ?	p.164
b) La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de dépense de santé.....	p.165
C) La solution apportée au « melting pot » juridique en matière de refus de soins pour motif religieux.....	p.166

1) La théorie de la conciliation des droits fondamentaux	p.167
2) La solution adoptée en matière de refus de soins pour motifs religieux.....	p.168
a) Un droit fondamental à la protection de la santé apparemment au dessus des autres	p.168
b) Le rayonnement du droit à la vie sur le refus de soins motivé pour raison religieuse.....	p.168
b1) La jurisprudence judiciaire, vers l'irresponsabilité « totale » de médecin	p.169
b2) La supériorité de la vie sur la liberté de refuser les soins pour tout motif en matière administrative.....	p.170
Paragraphe 3 : Les limites « d'ordre public » du refus de soins	p.173
A) La non-assistance à personne en danger du corps médical face au refus de soins ?	p.174
B) La santé, composante potentielle d'un nouvel ordre public ?	p. 176
1) La santé, tous victimes et tous financeurs de soins	p.176
2) Le droit à la vie et le droit à protection de la santé un nouvel ordre public ?	p.177
TITRE II – LE CONSENTEMENT AUX SOINS DU PATIENT : UNE RÉALITÉ PLUTÔT PESSIMISTE.....	p.181
CHAPITRE PREMIER – L'INTERVENTION MÉDICALE SANS CONSENTEMENT DU PATIENT.....	p.183
SECTION I – LE PATIENT HORS D'ETAT D'EXPRIMER SA VOLONTÉ.....	p.184
Paragraphe 1 : Une situation encadrée par la loi et la jurisprudence.....	p.184
A) Une situation largement envisagée par la loi.....	p.184
1) La loi française à propos de la personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté	p.184
a) L'impossible information de la personne inconsciente	p.185
b) L'impossible recueil du consentement ou du refus de soins.....	p.187
2) Les législations étrangères relatives à la personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté	p.191
B) Une situation envisagée par la jurisprudence	p.193
1) Une obligation jurisprudentielle en confirmation avec la loi	p.193
2) L'arrêt de juin 2014 du Conseil d'Etat, une affaire cruciale	p.195
3) Les différents apports de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2014.....	p.196
Paragraphe 2 : Les solutions apportées par la loi contre le « mutisme » de la personne inconsciente	p.197
A) La personne de confiance	p.197
1) Une brève présentation de la personne de confiance.....	p.197
2) L'étude de la notion de personne de confiance.....	p.198
3) Le rôle limité de la personne de confiance	p.199
4) La personne de confiance québécoise	p.201
5) La nécessaire évolution de la personne de confiance vers le « mandataire de santé » québécois.....	p.202

6) La nouvelle dénomination pour les notions de « famille » et de « proches »	p.204
B) Les directives anticipées	p.205
1) Présentation exhaustive des directives anticipées	p.205
2) La primauté des directives anticipées sur les autres modes de recherche de la volonté du patient ?.....	p.206
3) Les directives anticipées, un réel pouvoir contraignant ?.....	p.208
4) Les directives anticipées en Espagne et en Belgique	p.210
SECTION II – LA LEGISLATION VACCINALE.....	p.213
Paragraphe 1 : La législation vaccinale, l'étude d'une forte contrainte médicale.....	p.213
A) La législation française relative à l'obligation vaccinale	p.214
1) Les vaccins obligatoires et systématiques pour tout individu	p.214
a) La présentation du dispositif légal en matière de vaccination obligatoire	p.214
b) Une règle contraignante susceptible de recourir à des sanctions pénales	p.215
c) Une règle limitative du droit fondamental à l'instruction ?	p.216
2) Les vaccins obligatoires et conditionnés à l'exercice d'une profession ou à l'existence de circonstances particulières	p.217
a) Le caractère obligatoire du vaccin en raison de l'exercice d'une activité professionnelle particulière.....	p.217
a1) La présentation législative de l'obligation vaccinale des professions à caractère médico-sociale.....	p.217
a2) L'obligation vaccinale et la « liberté du travail »	p.218
b) L'obligation vaccinale en raison de circonstances particulières	p.220
B) Les dispositions légale, à l'étranger quant à l'obligation vaccinale	p.220
Paragraphe 2 : Le contentieux lié à l'injection de vaccins.....	p.222
A) L'obligation vaccinale et le contentieux lié à ses conséquences sur la santé de l'Homme	p.222
1) Une règle affirmée par le législateur	p.222
2) L'indemnisation des victimes de troubles liés à la vaccination	p.223
a) Le contentieux du vaccin contre l'hépatite B devant le Conseil d'Etat.....	p.223
a1) La nécessité d'un « bref délai » et d'une postériorité des symptômes.....	p.224
a2) L'application de la théorie de la « causalité adéquate »	p.225
a3) Des délais de survenance des symptômes souvent trop éloignés	p.226
b) Le contentieux du vaccin contre l'hépatite B devant la Cour de cassation	p.227
b1) La présentation de la législation sur la responsabilité du fait des produits défectueux ...	p.227
b2) La difficile mise en responsabilité du fabricant de vaccins sur le fondement de la législation des produits défectueux	p.228

b3) De nouvelles perspectives pour les victimes de sclérose en plaque due au vaccin contre l'hépatite B ?.....	p.230
b4) L'argument de l'information médicale comme échappatoire ?	p.231
B) La liberté vaccinale et le contentieux lié à ses conséquences sur la santé de l'Homme.....	p.232
1) Le contentieux lié à la libre volonté de se soumettre à l'injection.....	p.232
2) Le contentieux lié au refus de se soumettre à l'injection.....	p.234
SECTION III – LA « PRIVATION DE LIBERTE » EN MATIERE DE SOINS PSYCHIATRIQUES.....	p.237
Paragraphe 1 : L'évolution des régimes de l'hospitalisation sur demande d'un tiers et de l'hospitalisation d'office.....	p.237
A) Les soins psychiatriques sans consentement, avant 2011 et après 2013 en France.....	p.237
1) L'hospitalisation psychiatrique forcée avant la loi de 2011.....	p.237
a) L'hospitalisation sur demande d'un tiers.....	p.237
a1) Présentation de la législation en matière d'hospitalisation sur demande d'un tiers	p.237
a2) Les conséquences de l'hospitalisation sur demande d'un tiers et précisions jurisprudentielles.....	p.240
b) L'hospitalisation d'office avant la loi de 2011	p.243
2) L'hospitalisation d'office forcée après la loi de 2013.....	p.245
a) L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent	p.245
b) L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat	p.247
B) Les soins psychiatriques sans consentement au Canada.....	p.249
1) L'hospitalisation de la personne à la demande d'un juge de paix.....	p.249
2) L'hospitalisation de la personne à l'initiative de tout agent de police.....	p.251
3) L'hospitalisation de la personne à la demande d'un juge.....	p.252
Paragraphe 2 : Les conséquences des « hospitalisations forcées » sur les droits fondamentaux	p.254
A) La restriction de la liberté d'aller et venir	p.254
1) Les fondements de la liberté de circuler.....	p.254
a) Les sources constitutionnelles de la liberté de circuler.....	p.254
b) Les sources internationales de la liberté de circuler	p.257
2) La justification d'un anéantissement de la liberté d'aller et venir	p.257
B) Le Conseil constitutionnel acteur principal de la nouvelle législation relative à l'admission en soins psychiatriques.....	p.260
1) La décision du 09 juin 2011 la première étape du processus de modification de la loi sur l'hospitalisation d'office	p.260
a) L'admission : une validité conditionnée à la mise en place d'un « réexamen » de la personne afin de justifier la mesure.	p.261
b) Le maintien : une validité conditionnée à l'intervention du juge.....	p.262

2) La décision du 06 octobre 2011, une histoire de « notoriété publique »	p.262
3) La décision du 21 octobre 2011, l'avènement du rôle du juge des libertés et de la détention.....	p.263
4) Les autres décisions du Conseil constitutionnel en matière d'hospitalisation sans consentement.....	p.264
SECTION IV – LES PRATIQUES MÉDICALES SANS CONSENTEMENT SUR EXIGENCES JUDICIAIRES.....	p.265
Paragraphe 1 : Les contraintes de soins liées au droit pénal et à sa procédure.....	p.265
A) La contractualisation pénale : le nécessaire « consentement aux soins ordonnées ».....	p.266
B) La dangerosité : le pouvoir insubmersible de la justice pénale	p.268
Paragraphe 2 : L'action en recherche de parentalité, une certaine forme de contrainte médicale	p.270
A) Les dispositions civiles relatives à l'action en recherche de filiation.....	p.270
B) La prévalence de l'intérêt de l'enfant au droit à la filiation face aux droits fondamentaux du père.....	p.273
1) L'arrêt « A.L c/ Pologne », l'impossible révocation du lien de filiation établi	p.273
2) Les arrêts « Mikulic » et « Pascaud », l'intérêt supérieur de l'enfant	p.274
CHAPITRE SECOND – LE CONSENTEMENT MÉDICAL INOPÉRANT DU PATIENT : L'EXERCICE DE LA CONTRAINTE PASSIVE.....	p.279
SECTION I – LE REFUS DE L'EUTHANASIE ACTIVE DES PERSONNES EN FIN DE VIE	p.280
Paragraphe 1 : La loi du 22 avril 2005 : un premier pas vers le « suicide assisté » ?.....	p.280
A) Le droit de mourir dans la dignité et l'interdiction de l'acharnement thérapeutique : l'essentiel de la loi.....	p.281
1) L'interdiction de l'acharnement thérapeutique du corps médical.....	p.281
2) Mourir dans le respect de la dignité humaine	p.285
a) Les soins palliatifs	p.285
b) Le traitement « double-effet »	p.286
B) L'avancée législative raisonnable de l' « euthanasie passive ».....	p.287
1) La loi « Léonetti » entre stagnation législative et premier pas vers l'euthanasie active.....	p.287
2) Les préconisations maladroites des membres du Sénat de 2011 tendant à la création d'un « droit à mourir ».....	p.289
a) La dénomination et l'article choisi pour l'intégration du « suicide assisté »	p.290
b) Une distinction de régime en raison de l'état psychique de la personne.....	p.291
Paragraphe 2 : L'opposition du droit français avec le droit belge, entre liberté et protection.....	p.294
A) Une législation belge progressiste, l'avènement de la liberté.....	p.294
1) La recherche du consentement « libre et éclairé ».....	p.295
2) Les conditions d'accès à l'euthanasie, une distinction entre le majeur et le mineur non émancipé.....	p.295
3) Les obligations spéciales du médecin vis-à-vis de la personne capable d'exprimer sa volonté.....	p.296

4) Les obligations du médecin vis-à-vis de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté	p.297
5) Le déroulement de la procédure	p.298
6) La conclusion : la loi belge est bien plus libérale que la loi française	p.299
B) Une législation française prônant le droit à la vie.....	p.300
SECTION II – LE REFUS D'ACCÈS À LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE	p.302
Paragraphe 1 : Les conditions strictes de l'accès à la procréation médicalement assistée.....	p.303
A) Les critiques et prémices de l' « assistance médicale à la procréation ».....	p.303
B) Les conditions requises au recours à « l'assistance médicale à la procréation »	p.304
1) Les conditions strictes pour l'AMP en France	p.304
a) Le recours à l' « assistance médicale à la procréation » fondé sur l'unité du couple.....	p.305
b) Le recours à l' « assistance médicale à la procréation » fondé sur l'hétérosexualité du couple.....	p.306
b1) L'impossible invocation de l'article 8§1 CEDH au regard de l'accès à l'AMP : un argument justifié.....	p.307
b2) L'impossible invocation de l'article 14 CEDH au regards de l'accès à l'AMP : un argument justifiable.....	p.308
2) Les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée à l'étranger.....	p.309
a) Les législations étrangères progressistes tendant à la consécration du « droit à l'enfant ».....	p.309
b) Les législations attentives aux conséquences de l'ouverture d'un « droit à l'enfant ».....	p.311
Paragraphe 2 : Le « droit à l'enfant », un droit potentiellement dangereux.....	p.312
A) La gestation pour autrui, pratique incompatible avec le respect de la dignité humaine.....	p.313
1) L'état actuel de la législation française relative à la gestation pour autrui	p.314
2) Les perspectives de la gestation pour autrui en France	p.315
B) La banalisation de l' « enfant objet de droit »	p.317
SECTION III – LE REFUS D'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE	p.319
Paragraphe 1 : Le recours à l'interruption de grossesse, un droit en pleine évolution	p.319
A) Le droit à l'interruption de grossesse en France	p.320
1) L'interruption volontaire de grossesse et le droit de « disposer » du fœtus	p.320
a) La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse avant le 04 aout 2014	p.320
a1) La « situation de détresse » de la femme ayant recours à l'IVG	p.320
a2) Le nécessaire recours au médecin	p.322
a3) Le délai imparti pour le recours à l'interruption volontaire de grossesse.....	p.323
a4) Le non respect des conditions nécessaires à l'application de la loi.....	p.324
b) L'interruption volontaire de grossesse depuis la loi du 04 aout 2014	p.325

2) L'interruption médicale de grossesse, la « disposition » du fœtus justifiée par l'impératif médicale.....	p.326
B) L'interruption de grossesse à l'étranger	p.328
1) La législation pénale belge et suisse concernant « l'avortement ».....	p.328
2) La législation espagnole entre droit fondamental et instabilité de l'interruption volontaire de grossesse.....	p.329
Paragraphe 2 : Un droit à l'interruption volontaire de grossesse limité par les impératifs fondamentaux	p.331
A) L'interruption de grossesse, un droit fondamental ?.....	p.331
1) Un droit à l'interruption de grossesse non-autonome, découlant de l'article 8§1 CEDH.....	p.331
2) Un droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse reconnu et avoué « à demi-mot » par le droit français.....	p.334
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	p.339

PARTIE II – LE CONSENTEMENT DU PATIENT : UNE RECONNAISSANCE RENFORCÉE GRÂCE AUX NORMES SUPRA-LÉGISLATIVES ?..... p.341

TITRE I – LE DROITS FONDAMENTAUX EN RELATION AVEC LE DROIT SUBJECTIF À LA SANTÉ, POTENTIELS ADJUVANTS À LA RECONNAISSANCE DU CONSENTEMENT DU PATIENT p.345

CHAPITRE PREMIER – LES ADJUVANTS UNIVERSELS AU CONSENTEMENT MÉDICAL : LES DROITS DE LA PERSONNE..... p.347

SECTION I – LE CONSENTEMENT AUX SOINS ET LES ATTEINTES AU CORPS HUMAIN..... p.348

Paragraphe 1 : La protection de l'intégrité physique de la personne au secours du consentement aux soins..... p.348

A) Les principes civilistes de la protection du corps humain p.349

 1) De l'indisponibilité du corps humain de la personne vivante à son extra patrimonialisation..... p.349

 2) La protection du cadavre, la démonstration de l'existence d'une chose particulière..... p.351

 3) De telles dispositions étaient-elles nécessaires..... p.353

B) Les exceptions justifiées par l'intérêt médical p.354

 1) Le don d'organes une intention libérale nécessairement confirmée p.354

 2) Le don des autres éléments du corps humain p.357

C) La « fondamentalisation » du respect du corps humain, une reconnaissance indirecte p.359

 1) La reconnaissance par le biais de la dignité humaine ou de la protection de l'ordre public p.359

 2) La reconnaissance par le biais de la dignité humaine et de la vie privée p.361

Paragraphe 2 : La protection de la vie privée au secours de la protection de l'intégrité physique et du consentement du patient sous l'impulsion de la Cour européenne p.364

A) La vision traditionnelle du droit au respect de la vie privée en droit interne et comparé p.364

 1) Une notion plurielle mais limitée aux préjudices moraux selon le droit français p.364

2) La constitutionnalisation étrangère du respect de la vie privée	p.367
3) Le respect de la vie privée, la vision traditionaliste consacrée par la jurisprudence interne et la double conception de la notion.....	p.368
4) La vie privée en matière sanitaire en France, l'exemple du « secret médical »	p.371
a) La vie privée et le secret médical devant le juge administratif	p.372
b) La vie privée et le secret médical devant le juge judiciaire.....	p.372
B) La vision moderne du respect de « la vie privée » et le respect des atteintes à l'intégrité physique	p.375
1) Les atteintes à l'intégrité physique, violation du respect de la vie privée de la personne d'une manière générale.....	p.376
2) La notion de vie privée et la pratique des soins sans le consentement de la personne devant la CEDH.....	p.377
a) L'atteinte à la vie privée par la pratique non consentie des soins	p.377
b) La justification de la « contrainte médicale » et de l'ingérence par le respect de principes impérieux.....	p.379
SECTION II – LA CONCEPTION PROTECTRICE DE LA DIGNITÉ HUMAINE AU SECOURS DU CONSENTEMENT DU PATIENT.....	p.382
Paragraphe 1 : La constitutionnalisation d'un principe moderne de dignité humaine.....	p.383
A) La mention expresse de la notion de dignité humaine dans les Constitutions étrangères.....	p.383
B) La constitutionnalisation française de la « dignité humaine »	p.384
1) La difficulté d'obtenir une définition « opératoire » de la dignité humaine.....	p.385
a) La définition « incertaine » donnée par le Comité Veil	p.385
b) L'opportunité d'une référence expresse dans la Constitution française pour le Comité Veil....	p.387
2) L'avènement « prétorien » de la notion de dignité humaine	p.389
a) L'existence de dignités humaines avant la décision du 27 juillet 1994	p.389
a1) Les dignités humaines religieuses et philosophiques	p.389
a2) La dignité humaine « juridique » et la découverte du crime contre l'humanité.....	p.389
b) L'avènement constitutionnel de la dignité humaine, le rôle prépondérant du Conseil constitutionnel.....	p.391
b1) La consécration constitutionnelle du principe de dignité humaine	p.391
b2) Les raisons d'un tel avènement	p.393
Paragraphe 2 : Dignité humaine, corps humain et médecine.....	p.394
A) La protection de la dignité humaine dans le Code pénal, l'acception large de la dignité humaine	p.394
1) Les actes de « torture » et de « barbarie ».....	p.394
2) Le harcèlement.....	p.395
3) La traite des êtres humains	p.396
4) La contribution des facteurs sociaux à la négligence de la dignité humaine	p.396

5) Les autres infractions pénales relatives à la dignité humaine	p.397
B) Les considérations du droit européen en matière de dignité humaine.....	p.399
1) La Convention européenne des droits de l'homme.....	p.399
2) La Convention d'Oviedo	p.401
3) La conception subjective de la dignité humaine par le droit européen est-elle applicable en France.....	p.402
C) La dignité humaine dans le système sanitaire français	p.404
1) Le principe de dignité humaine dans les lois à caractère médico-social	p.404
a) La symbolique du respect de la dignité humaine par l'article L. 1110-2 CSP	p.405
b) Les autres références à la dignité humaine dans le Code de la santé publique	p.405
2) Le principe de dignité dans la jurisprudence médicale.....	p.408
a) Le juge administratif et le lien entre les notions de consentement et de dignité humaine.....	p.408
b) Le juge judiciaire et les notions de consentement et dignité	p.411
CHAPITRE SECOND – L'ADJUVANT SPÉCIFIQUE À LA RELATION MÉDICALE PRIVÉE : LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE COMME RENFORT DU CONSENTEMENT DU PATIENT.....	p.415
SECTION I – LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET CONSENTEMENT DES NOTIONS INDISSOCIABLES DANS LA RELATION MÉDICALE PRIVÉE.....	p.416
Paragraphe 1 : La dimension constitutionnelle de la liberté contractuelle et la détermination du « contrat médical ».....	p.416
A) La consécration progressive et le régime de la liberté contractuelle.....	p.417
1) La définition de la liberté contractuelle, un exercice compliqué	p.417
a) La définition générale de la liberté contractuelle.....	p.417
a1) La liberté de contracter ou de ne pas contracter	p.418
a2) Le libre choix du co-contractant.....	p.419
a3) La libre détermination du contenu du contrat.....	p.419
b) La définition fonctionnelle de la liberté contractuelle	p.420
c) Une absence de définition légale mais des projets de définition officielle	p.421
2) La lente reconnaissance de la liberté fondamentale contractuelle.....	p.423
a) La « fondamentalisation » de la liberté contractuelle, une amorce difficile	p.423
b) La consécration d'une « fondamentalisation ambiguë »	p.424
c) La liberté contractuelle et la protection de l'accès au contrat et des contrats en cors.....	p.425
d) La sortie du contrat et la liberté « décontractuelle » pour le Conseil constitutionnel.....	p.426
e) De nouveaux fondements pour la liberté contractuelle ?	p.427
3) La liberté contractuelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation.....	p.428

B) La relation patient-médecin répond-t-elle toujours des critères dégagés par l'arrêt « Mercier » du 20 mai 1936.....	p.430
Paragraphe 2 : Le consentement, élément essentiel de la liberté contractuelle	p.432
A) L'approche civiliste de la notion de consentement	p.433
1) Les généralités relatives au consentement, l'indispensable élément à la naissance d'actes juridiques.....	p.433
2) La « capacité », l'élément déterminant de la validité du contrat.....	p.434
3) Les éléments constitutifs et nécessaires du consentement.....	p.436
a) Les éléments théoriques du consentement.....	p.436
b) L'alourdissement des conditions nécessaires à la validité du consentement, l'information d'information.....	p.437
c) L'alourdissement des conditions nécessaires à la validité du consentement, l'obligation du formalisme.....	p.439
4) La protection du consentement et la nécessaire absence de vices	p.440
B) L'approche médicale de la notion de consentement.....	p.442
1) Les similitudes et la juste application des règles du consentement civil à la relation médicale.....	p.442
a) Les atteintes au consentement médical, les justifications doctrinales.....	p.442
a1) Les atteintes justifiées par l'intervention d'un tiers	p.443
a2) Les atteintes justifiées par la protection d'un intérêt supérieur.....	p.444
b) Les incapacités en matière de « contrat médical » et les protections de la personne.....	p.444
b1) De l'incapacité stricto sensu et de la protection du mineur et de la personne sous tutelle.....	p.444
b2) De l'incapacité et de la nullité du contrat médical.....	p.445
2) Le consentement médical au-delà des règles de droit commun	p.446
a) Le contrat médical et le droit du consentement, la matérialisation des droits fondamentaux de la personne.....	p.446
b) Les vices du consentement médical, bref retour sur l'information et la contrainte	p.447
b1) Le « libre » consentement, une histoire de contrainte.....	p.447
b2) Le consentement « éclairé », une histoire d'information	p.450
SECTION II – L'EXPRESSION DU REFUS DE SOINS, RÉIFICATION DU CONSENTEMENT ET MOTEUR DE CONSÉQUENCES JURIDIQUES	p.452
Paragraphe 1 : Retour sur le refus de soins du patient, véritable prérogative de la relation contractuelle	p.452
Paragraphe 2 : Le refus de soins du professionnel de santé et la violation du « droit-créance » à l'accès à la santé.....	p.454
A) Le refus de soins des professionnels de santé, une illicéité avérée, une restriction de la liberté contractuelle.....	p.455
1) Présentation des situations de refus de soins du professionnel de santé.....	p.455
2) L'obligation de moyen du professionnel de santé et le refus de soins	p.457

B) Le droit au refus de soins du professionnel de santé et la consécration de la liberté contractuelle	p.459
1) Les refus de soins ne contrevenant pas à la loi.....	p.459
2) Les perspectives et recommandations contre le refus de soins du professionnel de santé.....	p.461
TITRE II – LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS EN RELATION AVEC LE « DROIT-CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ, POTENTIELS OBSTACLES À LA RECONNAISSANCE DU CONSENTEMENT DU PATIENT.....	p.465
CHAPITRE PREMIER – L’ORDRE PUBLIC ET LES MESURES RESTRICTIVES DE LIBERTÉ EN MATIÈRE DE CONSENTEMENT MÉDICAL.....	p.467
SECTION I – L’ORDRE PUBLIC TRADITIONNEL ET LA PROTECTION IMPOSÉE DE LA SANTÉ.....	p.468
Paragraphe 1 : L’ordre public, un objectif à valeur constitutionnel véhiculant la contrainte des libertés.....	p.468
A) La notion d’ordre public, un notion d’encadrement	p.468
1) L’ordre public et l’émergence des règles contraignantes d’origine étatique.....	p.468
2) Le régime de l’ordre public en France	p.470
a) Une notion modulable et empreinte de subjectivité	p.470
b) L’ordre public « matériel et extérieur » et l’ordre public « moral et républicain »	p.470
c) L’ordre public, un « objectif à valeur constitutionnelle »	p.473
B) Les mesures d’enfermement fondées sur le respect de l’ordre public	p.477
1) La préservation de la sureté des personnes, objectif de l’ordre public.....	p.478
2) La confirmation de la limite de la liberté d’aller et venir par le respect de l’ordre public.....	p.479
Paragraphe 2 : Le respect de la dignité humaine, le droit « pivot » du libéralisme et la contrainte.....	p.482
A) La protection de la dignité humaine, l’avènement d’un droit « liberticide ».....	p.482
B) La dignité humaine, un rempart contre l’absolu libéralisme en matière de santé	p.486
1) L’impossible recours à certaines méthodes de procréation	p.486
2) La dignité humaine une « contrainte » opportuniste	p.488
a) L’impérative protection de la santé et de la vie	p.488
b) La liberté contractuelle face à l’ordre public.....	p.489
SECTION II – L’ORDRE PUBLIC MODERNE : L’EXPORTATION DES RÈGLES RESTRICTIVES AU DOMAINE SANITAIRE.....	p.491
Paragraphe 1 : L’ordre public sanitaire temporaire, l’expression de la contrainte pour la gestion des crises.....	p.491
A) Le « Règlement sanitaire international », l’expression de la contrainte au niveau international.....	p.491
1) La mise en place d’actions positives en vue de la contrainte et de la préservation de la santé publique.....	p.491
2) La préservation des droits de la personne.....	p.492
3) Les actions concourant à la protection de la santé publique	p.493

4) Les droits médicaux des voyageurs	p.495
B) La prévention et la lutte des risques sanitaires au niveau national et international	p.496
1) Les moyens de « Lutte contre la propagation internationale des malades »	p.497
2) La lutte contre les « menaces sanitaires graves »	p.498
a) La proportionnalité, une condition sine qua non à l'application des mesures de contrainte	p.498
a1) Le principe de nécessité et de proportionnalité, une synonymie	p.498
a2) La notion de proportionnalité, l'irrigation générale du droit	p.499
a3) La dimension constitutionnelle du contrôle de proportionnalité.....	p.501
b) L'effectivité des règles concernant une « menace sanitaire grave »	p.504
Paragraphe 2 : L'ordre public sanitaire permanent, la prévention et la protection de la santé et l'encadrement des comportements sociaux	p.505
A) Les règles d'hygiène et l'encadrement des comportements sociaux nocifs	p.506
1) La protection de l'environnement et la prévention de la santé.....	p.506
a) L'omniprésence des règles procédant à l'ordre public environnemental	p.506
b) La justification des règles d'ordre public.....	p.507
b1) L'intervention de la protection de la santé dans le domaine des « eaux et des aliments »	p.507
b2) La prévention de la santé par la protection de l'environnement et les conditions de logement.....	p.508
2) La lutte contre le virus de l'immunodéficience humaine, entre liberté sexuelle et protection de la santé publique.....	p.509
a) L'obligation d'information de l'affection de la personne, une atteinte au droit à l'information et au secret médical.....	p.510
b) Le consentement relatif à la prise de risque en matière de transmission du VIH	p.510
c) Protection de la santé, consentement et pratiques sadomasochistes	p.512
B) Les règles de luttés préventives contre les comportements sociaux potentiellement nocifs.....	p.513
1) La lutte acharnée contre le consommation d'alcool en vue de la protection de la santé	p.514
2) L'atteinte à la « liberté de fumer » en vue de la protection de la santé	p.515
a) La liberté de fumer et la limitation par le pouvoir législatif et réglementaire	p.516
b) En droit comparé, la liberté de fumer recule face à la protection de la santé	p.517
CHAPITRE SECOND – LE « DROIT-CRÉANCE » À LA PROTECTION DE LA SANTÉ OBSTACLE AUTONOME AU DÉVELOPPEMENT DU CONSENTEMENT DU PATIENT	p.523
SECTION I – LE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DES « DROITS-CRÉANCE », OBSTACLES AUTONOMES AU DÉVELOPPEMENT DU CONSENTEMENT DU PATIENT	p.524
Paragraphe 1 : Les « droits-créances », l'émergence d'un régime contraignant.....	p.525
A) De la genèse au développement des « droits-créances » l'étude spatio-temporelle de la notion.....	p.525

1) L'apparition des « droits-créances », les considérations post révolutionnaires.....	p.525
a) Bref retour historique jusqu'à l'avènement en 1791 et 1793.....	p.526
b) La riche contenance et le pauvre contenu du droit aux « Secours publics » et à « l'Instruction publique ».....	p.526
2) Le développement des droits fondamentaux et l'omniprésence étatique.....	p.528
a) Le développement des « droits-créances » en droit comparé	p.529
a1) La Loi fondamentale allemande et le mutisme des « droits-créances ».....	p.529
a2) L'important catalogue des « droits-créances » dans les différentes constitutions européennes.....	P.530
a3) La force contraignante des « droits-créances » en droit comparé, l'exemple espagnol.....	p.533
b) Le développement des « droits-créances » en droit français.....	p.534
b1) L'élaboration d'un texte fondateur, le Préambule de la Constitution de 1946	p.534
b2) La mise en place de « prestations matérielles »	p.535
B) Les acceptions du caractère contraignant des « droits-créances »	p.536
1) La contrainte formelle et normative traditionnelle, le relativisme des « droits-créances »	p.537
2) La contrainte nouvelle, la contrainte normative substantielle	p.538
a) L'exercice de la conciliation aux fins de limitations des droits fondamentaux	p.539
b) La protection de la santé, un droit hors norme ?.....	p.540
Paragraphe 2 : Les « droits-créances », un outil d'expression de la protection de la dignité humaine.....	p.542
A) L'expression théorique de la dignité humain à travers les « droits-créances ».....	p.542
B) L'expression concrète de la dignité humaine et de la contrainte à travers les « droits-créances » : la préservation d'un niveau de vie en adéquation avec ce principe	p.545
1) Le droit au logement opposable, un « droit-créance » d'ampleur minimale empreint d'une contrainte relative.....	p.545
a) Le Daloz, d'une « exigence d'intérêt général » à « l'objectif à valeur constitutionnelle ».....	p.545
a1) L' « exigence d'intérêt national », un caractère suffisant à la contrainte.....	p.546
a2) Le DALO promu « objectif à valeur constitutionnelle », l'entrée dans la cour des grands.....	p.547
b) La difficile application du droit au logement ou l'évolution subjective d'un droit objectif	p.548
b1) L'application de la non-réception des « droits-créances » dans le référé administratif....	p.548
b2) Le DALO et le droit de propriété, un antinomie difficilement conciliable ou l'affirmation d'une relative contrainte ?.....	p.548
2) Le droit à l'éducation, un « droit-créance », d'ampleur équivalente au droit à la protection de la santé.....	p.550
a) L'obligation d'assiduité de l'élève et l'exercice d'un droit contraignant	p.550
a1) L'obligation de scolarité et la privation des droits de l'élève.....	p.551
a2) L'obligation de scolarité et la privation des droits des responsables légaux.....	p.551

b) Les obligations annexes tendant à une bonne éducation	p.552
SECTION II – LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ ENTRE « DROIT-CRÉANCE » ET DROIT DÉFENSIF ...	p.553
Paragraphe 1 : La reconnaissance d'un droit subjectif à la protection de la santé, la consécration des droits du patient.....	p.554
A) L'absence de disposition constitutionnelle expresse et le droit comparé.....	p.554
1) L'absence dans les Constitutions espagnoles et portugaise du droit subjectif à la santé.....	p.555
2) La conception dualiste de la Constitution italienne.....	p.556
B) La reconnaissance d'un droit subjectif, d'un droit défensif en France.....	p.558
1) La définition du droit subjectif à la santé, l'existence d'une définition autonome	p.558
2) Le contenu du droit défensif à la santé et les mesures de protection.....	p. 560
a) Le « kaléidoscope des droits » du professeur Eric David... le contenu non exhaustif du droit à la santé.....	p.560
b) L'inévitable lien entre le droit subjectif à la santé et les mesures protectrices	p.561
3) La consécration de la lecture subjective du droit à la protection de la santé.....	p.563
a) La naissance du droit subjectif à la santé avec la décision « IVG » de 1975.....	p.563
b) La confirmation du droit subjectif à la protection de la santé, la décision « IVG II ».....	p.564
c) Le développement du droit subjectif à la protection de la santé, le développement d'un droit « libéral ».....	p.565
c1) Un doute sur la qualité constitutionnelle du principe du libre choix du médecin.....	p.565
c2) Un attachement certain du Conseil constitutionnel au principe de libre choix du médecin.....	p.567
d) La restriction au droit subjectif de la santé, l'anonymat du donneur de gamètes	p.568
Paragraphe 2 : L'oscillation de la législation sanitaire entre protectionnisme et libéralisme ?.....	p.569
A) La place éteinte du consentement au sein des législations contraignantes	p.570
1) « Sécurité et liberté » ou « Sécurité ou liberté » ?	p.570
a) « Sécurité » et « Liberté », l'antinomie de notions indissociables et conciliables.....	p.570
b) Les exemples de contrainte exercées sur les libertés en vue de la sécurité	p.572
2) La protection de la santé publique, une législation des plus contraignantes ?.....	p.574
a) Pourtant, nombreuses sont les évolutions tendant au libéralisme médical.....	p.575
b) Un dernier point noir au tableau, l'obligation vaccinale.....	p.575
B) Les perspectives avortées ou inachevées en matière de contrainte sanitaire, les exemples de l'obligation vaccinale ou de la fin de vie	p.577
1) Les perspectives d'évolution en matière vaccinale, le désenchantement.....	p.578
a) La décision du Conseil constitutionnel attendue et porteuse d'espoir	p.578
a1) L'avis du Haut Conseil de la santé publique sur l'obligation vaccinale.....	p.578

a2) La décision potentiellement forte du Conseil constitutionnel et le triomphalisme du droit subjectif à la santé ?.....	p.579
a3) Les chances trop minces du droit subjectif à la santé face au « droit-créances » à la protection de la santé ?.....	p.581
a4) Les arguments pouvant justifier la victoire du droit subjectif à la santé.....	p.582
b) l'avortement de tout espoir en matière vaccinale.....	p.584
2) Les perspectives d'évolution en matière de fin de vie, une évolution inachevée ?	p.584
a) L'impulsion de la jurisprudence du fond en matière d'euthanasie, la dépénalisation de l' « assassin médical ».....	p.585
b) Une proposition de loi sous l'impulsion d'une volonté sociétale	p.587
b1) Des propositions déjà avortées.....	p.587
b2) La solution du Conseil consultatif nationale d'éthique, « la conjugaison du curatif et du palliatif ».....	p.589
b3) La proposition d'une nouvelle loi sur la fin de vie des perspectives structurelles limitées.....	P.590
b4) La proposition d'une nouvelle loi sur la fin de vie des perspectives conjoncturelles intéressantes.....	P.592
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	p.597
CONCLUSION GENERALE	p.599
BIBLIOGRAPHIE.....	p.607
INDEX ALPHABETIQUE.....	p.629
TABLE DE MATIÈRES.....	p.639