

# La loi peut-elle contrôler la validité du consentement ?

2012

Gérard MEMETEAU,

Professeur à la Faculté de droit et de sciences sociales, Université de Poitiers

## Résumé

*La tradition juridique la plus ancienne a toujours imposé, donc protégé, le consentement du sujet à l'acte sur son corps, ce que le Doyen Jean Carbonnier devait appeler « le noli me tangere fondamental ».*

*En réalité, le droit reconnaît deux « consentements » : le consentement à l'entrée dans une relation thérapeutique, et l'assentiment à la prestation de l'acte ; ils se traduisent par un pouvoir de refus et une faculté d'acceptation. Encore faut-il savoir si, sous les formes du consentement, celui-ci existe authentiquement.*

Les interventions du législateur en droit de la santé et « bioéthique », disciplines sécantes, établissent l'exaltation de la loi, principale source formelle du Droit, quoique ne contenant pas en ses lignes le droit tout entier. Jean Carbonnier avait procédé à cet ultime rappel (1), en renvoyant à « l'admirable article 4 du Code civil », comme il faudrait renvoyer à son article 1135 ceux qui doutent de l'intégration de l'obligation d'information dans le contrat médical... En même temps, ces lois, lorsqu'on peut les qualifier de « bioéthiques » c'est-à-dire lorsqu'elles s'appliquent à l'action sur l'être humain, insistent sur le pouvoir de consentement du sujet à diverses interventions dépourvues, pour lui, de finalité thérapeutique. C'est, du reste, la marque de la bioéthique que cette promotion et cette étude du consentement, considéré sous presque toutes ses formes. Était-ce, pour ses Pères fondateurs, une technique d'opposition du sujet à une morale médicale dite dogmatique ? L'autonomie, traduite par un consentement ou un refus de consentement, place le sujet face à son choix, sous la dictée de sa morale. Il n'y a plus d'intercesseur entre lui et la décision. Sur le terrain du principe d'autonomie, la loi a rejoint la bioéthique ; la bioéthique s'est –non sans paradoxe– novée en lois et s'est exprimée par la voix de ses comités. Que la loi –et nous prendrons le mot dans sa plus large acception de norme juridique– croise l'autonomie et le consentement qui la traduit n'est point un phénomène étrange. Le droit de la famille (divorce par demande conjointe, mariage, reconnaissance d'enfant que l'on ne dit plus naturel) et surtout des contrats en sont des témoignages sensibles ; ou en ajouterait d'autres. L'article 1134 du Code civil donne force au consentement des parties ; les articles 1110 et s, relayés par un droit de la consommation envahissant le droit de la santé où il n'a rien à faire (2), veillent à sa perfection, ce qui signifie à la validité de l'acte. A priori, on ne trouve que peu de consentements légalement encadrés en droit médical. Certes, la recherche sur la personne, les dons (terme de droit des biens) divers, la chirurgie esthétique (délai de réflexion, art. R. 6322-30 Code de la Santé Publique: CSP), l'incroyable stérilisation des majeurs faibles d'esprit, les pratiques de PMA, imposent un formalisme variable et l'on peut écrire que le consentement est alors à la fois consacré et contrôlé par la loi, en sa forme autant qu'en son principe. Mais, ce sont des exceptions à un droit commun consensuel. Sauf dispositions particulières, la loi –soyons clair : le droit médical et hospitalier– accorde au consentement une force ne faisant que traduire la confiance qui constitue un de ses principes fondateurs que le Pr. Portes avait traduit en des mots définitifs. Mais, elle n'exprime pas toujours clairement les principes fondateurs de son intervention, qui justifient de pouvoir aller au-delà des textes.

## **I - LE CONSENTEMENT DANS LA LOI.**

L'affaire va de soi ! Il n'y a pas, en matière médicale comme ailleurs, de consentement contra legem.

Il serait nul. Ce que l'on peut en revanche envisager, mais qui ferait à soi seul l'objet d'un débat, est la clause de conscience, non ignorée par le droit de la santé (art. L. 2212-8, L. 2151-7-1 CSP), et il s'agirait de refus de coopérer à l'application d'une loi, sauf refus arbitraire intuitu personae (art. L. 1110-3 CSP mod. loi 21 Juillet 2009) déjà connu en droit de la consommation (art. L. 122-1 C. consom) (3). L'objet du consentement est autre et reçoit une forme très souple.

### I-A) L'OBJET DU CONSENTEMENT

La bioéthique nous a habitués à ne lire que « consentement », introduit en l'article 16-3 C. civil comme acceptation d'une intervention thérapeutique sur le corps humain et répété par l'article L. 1111-4 CSP qui utilise aussi « volonté de la personne », « décision ». Les réflexions éthiques sont souvent limitées à cet objet

de ce consentement qui ne peut exister que si dans un premier temps deux sujets se sont rencontrés, ce qui est aussi question de consentement (le consentement au mariage, art. 146 C. civil). Ceci est moins sous le regard des bioéthiciens. Par exemple, et sauf erreur de lecture, Beauchamp et Childress ne développent le concept d'autonomie que par référence au choix de l'acte. G. Durand ne paraît pas non plus sortir de ce terrain. Or, cette rencontre initiale commande la faculté d'exprimer ensuite un choix des actes à accomplir par l'un au profit de l'autre.

#### I-A 1) LA RENCONTRE DES INDIVIDUS.

Le consentement à cette rencontre est déclaré libre par la loi. L'art. L. 1110-8 CSP confirme en effet le libre choix comme principe fondamental auquel il manque d'avoir été jugé « constitutionnel » par le Conseil constitutionnel ce que déplore une partie de la doctrine. J-R. Binet bilatéralise cette liberté : elle appartient au soignant comme au patient. C'est le droit commun du contrat, quand il y a contrat. Et, en effet, lorsqu'il existe, ou va exister, le consentement prend sa force. C'est le principe du libre choix qui le couvre : conclure un contrat de soins est un acte de liberté parce que de confiance. On peut en dire autant de tous les contrats non imposés ; le droit médical ne s'évade pas du droit civil. Seulement, dans ces contrats de droit civil, il est un des contrats conclus intuitu personae, ce qui accentue la confiance. Le consentement à sa conclusion se reporte sur son sort : le contrat ne peut être transmis à un tiers-professionnel. Ceci implique que le professionnel choisi doit exécuter lui-même la prestation ; les conventions de cession de clientèle doivent réserver ce libre choix (ce qui en limite l'effet). En ce sens, le contrat médical est éthique : il place le sujet dans une sphère de liberté, sans doute compromise en pratique par les variations de la démographie médicale ; il place le malade, écrivait René Savatier, à un niveau juridique égal à celui de son partenaire. C'est le mythe contractuel de leur égalité, en droit.

Il est vrai que le contrat médical subit des attaques doctrinales (ex. thèses de Melle Girer, M. Bellissent) et que, plus ponctuellement, on s'interroge sur l'inclusion dans ce contrat d'obligations pesant sur le médecin. C'est la question actuelle du devoir d'information, à laquelle l'article 1135 du Code civil devrait suffire à répondre. Mais cette querelle méconnaît que les deux parties consentent ensemble à une prestation à venir qui sera l'objet de l'obligation (de faire ou ne pas faire) du professionnel dont, au 18<sup>ème</sup> siècle, Pothier écrivait que ses services sont inestimables. Certes, je le reconnais, jusqu'au 20 Mai 1936 le droit médical français s'était passé de contrat, du moins de la consécration du contrat qui vivait sans être proclamé ! Et je me répons à moi-même que la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer, même si en 1839 elle avait eu à rendre un arrêt bien imprécis. L'article 1110-8 précité sort du champ contractuel. C'est le droit sanitaire tout entier qui protège ce choix, même en milieu hospitalier (public) dans lequel le patient est en situation statutaire, cette liberté demeure un principe général (4). Il est vrai que souvent les conditions concrètes d'admission – prononcée par le Directeur- ne permettent pas un exercice effectif de ce choix et que le consentement porte sur l'hospitalisation en elle-même. Il est vrai aussi que des hypothèses connues d'hospitalisation sont exclusives du consentement du sujet et relèvent de la volonté d'un tiers (malades en urgence et inconscients, malades mentaux) mais alors la loi compense l'absence de consentement par une série de contrôles, et l'on sait quelle est, sur les textes, la vigilance du Conseil constitutionnel. Il sera autorisé de regretter le désintérêt-certainement relatif- de la bioéthique pour ce premier acte de consentement à l'entrée dans une relation contractuelle ou dans une relation statutaire. Non seulement, pardonnez-moi de me répéter, pour la valeur éthique de cet acte libre, mais encore pour un contrôle, négligé également par les juristes il en faut convenir, de la qualité de ce consentement. Ainsi, et pour n'en tenir à cet exemple, l'on ne songe guère à placer l'obligation d'information en amont, au moment des pourparlers même symboliques précédant la conclusion du contrat médical. A part Mme Thouvenin, rares sont les civilistes y ayant réfléchi. Rarissime est, il est vrai, la jurisprudence. Il y aurait pourtant dans cette translation les éléments d'une recherche sur la validité de ce consentement premier.

#### I – A2) L'ASSENTIMENT A L'ACTION.

C'est au Doyen Nerson que l'on doit la précision des mots : consentement à la conclusion du contrat, tant il est vrai que l'article 1108 du Code civil impose le terme ; assentiment à la réalisation de l'acte médical une fois conclue la relation (même hospitalière) (5).

Le droit organise la succession de deux manifestations de volonté bien qu'en pratique elles puissent se suivre immédiatement voire se confondre en un agrément en théorie composé de ces deux parties. Sur l'émergence du principe d'assentiment éclairé, l'on peut lire n'importe quelles inventions à la limite de la désinformation. D'aucuns remontent à la loi « Huriet » du 20 Décembre 1988 ; d'autres s'arrêtent à la Déclaration d'Helsinki ; d'autres encore –et nombreux- croient que le jugement de Nuremberg d'Août 1947 en est à l'origine. En réalité, si chacun de ces événements a confirmé la règle, elle est infiniment plus ancienne, tant en médecine

thérapeutique qu'en recherche biomédicale. Aux Etats-Unis, l'on retient un arrêt de 1905. En Angleterre, c'est l'arrêt « Slater v. Baker » de 1767. En France, un arrêt de la Cour impériale de Paris du 30 Juin 1853, un jugement du tribunal correctionnel de Lyon du 15 Décembre 1859, puis des décisions ultérieures jusqu'au puissant et historique arrêt « Teyssier » du 28 Janvier 1942, qu'il faut re-situer dans son contexte historique dont la Cour de cassation ne possédait certes pas toutes les données, et qui est confirmé par l'arrêt du 29 Mai 1951. En relisant les recueils, on constate que, de 1853 au moins à nos jours, le principe a été et est constant ce qui renvoie les bioéthiciens à une plus sage rigueur historique. Non ! Ce n'est pas la réflexion bioéthique qui a créé la règle ; elle l'a peut-être développée, analysée en termes nouveaux mais c'est différent. Et il n'était pas besoin de lois pour cela ! A-côté de la jurisprudence, la doctrine conceptualise l'impératif que Jean Carbonnier, en 1941, couvre de l'appellation du « Noli me tangere fondamental, comme bouclier de la liberté corporelle », par référence, vous le devinez à St. Jean, XX, 17, tandis que André Demichel parlait du « plus vieux principe normatif qui soit en la matière » que la Cour Suprême du Canada qualifie d'élément de base de la Common Law le 22 Avril 1993, et que encore Banèz et Vittoria à la charnière des 15<sup>ème</sup> et 16<sup>ème</sup> siècles proposaient déjà. On voit donc que Beauchamp et Childress s'égarent en écrivant que la locution « consentement éclairé » ne serait apparue qu'une décennie après le jugement de Nuremberg. On leur accorde, et aux « bioéthiciens », l'approfondissement du principe, de ses fondements, une réflexion nouvelle sur la relation thérapeutique, mais non l'apparition de la règle.

Quel est le contenu de celle-ci ? Avant d'agir –et sauf l'exception d'urgence- le médecin doit obtenir de son patient un assentiment éclairé à l'acte de soins proposé. Il propose le traitement : il ne l'impose pas. Cet assentiment, dont l'exigence est reprise en Droit médical commun par les articles 16-3 C. civil et L. 1110-4 CSP, forme le pré-requis de la prestation de l'acte. Son oubli constitue le médecin en une faute qui, juge l'arrêt de 1942, est si grave que, à la charge du praticien public, elle est une « faute personnelle ». La carence d'information est à la fois dans ce manquement et autonome. La logique veut qu'à l'assentiment à l'acte répond le refus de l'acte. La loi du 22 Avril 2005 a incomplètement réglé la difficulté. En effet, elle s'inscrit dans le sillage du respect du consentement qui est un refus, mais il semble que la jurisprudence conserve sa force en dépit du texte. En ces termes sommaires, l'on constate que la « loi » valide le consentement du malade, lorsque c'est lui qui se prononce sur son sort, et nous voyons qu'il s'agit d'une double manifestation de sa volonté. L'on peut dédoubler encore l'objet de celle-ci en passant de l'acceptation au refus. En cette hypothèse, il peut y avoir refus d'entrer en relation avec l'ordre thérapeutique, ce « grand ordre blanc » que nommait Jean Carbonnier dans sa préface à la thèse de J-C. Lombois (6), ce qui est concrètement l'hypothèse du refus de soins. Nous constaterons ci-après que jouent alors des mécanismes de consentement par substitution, le principe étant le respect de la volonté de la personne consciente et lucide (art. L. 1111-4 CSP complété par la loi du 22 Avril 2005), l'article 16-3 du Code civil –visant plutôt l'assentiment à l'acte- réservant l'impossibilité juridique ou factuelle de consentir. C'est, en effet, ce refus intervenant pendant le cours de la relation médicale et/ou hospitalière que consacre le droit et même, *expressis verbis*, la loi. Toutefois, et en dépit de sa lettre, très précise, la jurisprudence sait autoriser des prestations de soins refusés en cas de péril vital et de proportionnalité de l'acte à l'état de la personne et après avoir mis tout en œuvre « pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables », ce qui est très formel (7).

Il ne semble pas que la loi du 22 avril 2005 ait contrarié cette solution prétorienne dont les conclusions de Mme. Heers devant la Cour administrative d'appel de Paris (8) présentaient le fondement –qu'ensuite le Conseil d'Etat ne reprit pas- dans la mission sociale du médecin, l'existence de la médecine. Certes, la doctrine a pu penser à la caducité de cette jurisprudence (9), mais le CCNE en son avis n° 87 du 14 Avril 2005 a constaté le suivi logique des arrêts du Conseil d'Etat (du moins après la loi du 4 Mars 2002). Telle est l'opinion de Mme Esper et de M. le Pt Sargos. C'est alors le juge qui prend la décision substantiellement puisqu'il consent à ce que le médecin décide. Peut-on parler de « judiciarisation » de la décision thérapeutique à l'image de la pratique –tout de même limitée- nord-américaine depuis le jugement « Quinlan » du 31 Mars 1976 ? Le terme suppose un transfert des décisions du patient et du médecin vers le juge, et, contrairement à ce que j'avais cru pouvoir naguère estimer, l'on se situe bien en limite de cette translation, protectrice autant de l'institution hospitalière et médicale que du malade, ce que Baron avait déjà compris (10). Le consentement du sujet à l'action est consolidé par le droit parce que le pari est fait sur son utilité, sa force de sauvegarde de l'intégrité physique de la personne tant il est vrai qu'il ne serait même pas besoin de parler de droits et de dignité si la personne, qui est « en son corps » pour emprunter à Xavier Dijon cette belle expression, n'existe plus. Le consentement à l'inaction est, au contraire, tempéré par les principes éthiques du corps social qui unit et non dissocie la vie et la dignité.

## I-B) LA FORME DU CONSENTEMENT.

En droit français, le consentement –pris en général- s’exprime souvent, sinon le plus souvent sans forme. Ainsi, et sauf ce qu’impose en particulier le droit de la consommation ou ce qu’exige le caractère solennel de certains actes, le contrat est-il par principe consensuel. Loysel l’exprimait vigoureusement dans ses « Institutes coutumières » (1608) : « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles, et tant vaut simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain » (réaction du droit coutumier). Le droit médical s’insère dans cet ensemble, de relations simplifiées parce que confiantes, ce qui, écrit Jean Carbonnier, signale le contrat. Cependant, il connaît lui aussi un formalisme d’exception.

#### I-B1) LES FORMALISMES OFFICIELS.

Le formalisme est une technique juridique permettant de s’assurer de l’existence du consentement, sans prendre parti sur sa validité même quand il est une condition d’existence du contrat solennel (il peut être vicié, substantiellement inexistant) ce dont témoigne l’article 311-20 C. civil en matière de PMA : le consentement peut être « privé d’effet » dans les cas énumérés par le texte, auxquels il faut ajouter les vices du consentement. Et pourtant, il a été exprimé en forme solennelle. En effet, l’AMP fait partie de ces interventions médicales requérant le formalisme de l’écrit (art. L. 2141-3 et s. C.S.P). On y ajoutera le diagnostic pré-implantatoire (art. L. 2131-4 CSP), l’IVG (art. L. 2212-5 CSP). Le don d’organes appelle même une déclaration devant un juge (art. L. 1231-1 CSP) après information par un comité d’experts (art. L. 1231-3 CSP) intervenant aussi en cas de prélèvement sur mineur avant expression du consentement devant un magistrat (art. L. 1241-3 et L. 1241-4 CSP). Ce comité de cinq membres est relativement pluridisciplinaire et « se prononce dans le respect des principes généraux énoncés au titre I<sup>o</sup> du présent livre » (art. L. 1231-2 CSP). De quoi s’agit-il ? Ledit livre (Don et utilisation des éléments et produits du corps humain) s’ouvre par l’annonce (titre premier) de « principes généraux » (art. L. 1211-1 à L. 1211-9 CSP) formant un chapitre unique. Parmi ces principes, à côté de la gratuité sur laquelle D. Folscheid a écrit des mots définitifs (11), et de l’impératif médical (le qualificatif n’est pas synonyme de « thérapeutique » ; comp. Art. 16-3 C. civil) ou scientifique, figure l’exigence du consentement préalable du donneur (art. L. 1211-2 CSP). Le mot « don » relève du droit des libéralités ; c’est une forme de donation. Mme D. Thouvenin en a critiqué à bon droit l’emploi en ces matières. Le droit des recherches « impliquant (sic) la personne humaine (loi du 5 Mars 2012) présente des solutions fort proches : le consentement est écrit (art. L. 1122-1-1 CSP) du moins s’il est question d’une recherche interventionnelle ; il est « exprès » si la recherche ne comporte que des risques minimes (ce qu’on ne saura que bien après !), voire implicite si la recherche est non-interventionnelle dans un cadre thérapeutique habituel (v. l’art. L. 1121-1 CSP) ce qui, en ce cas, n’enlève rien au droit commun du consentement éclairé. En outre, un C.P.P. doit émettre son avis favorable. En ces divers domaines –et au risque d’oubli- la loi elle-même paraît renforcer le consentement du sujet par un contrôle d’un comité, qui n’est pas un comité d’éthique mais peut se référer à des principes éthiques, voire d’un magistrat. A la pratique de dire si la protection est formelle ou réelle !

On y ajoutera le cas très particulier du contrôle du consentement à une stérilisation « à visée (sic) contraceptive ». L’article L. 2123-1 CSP impose une volonté libre, motivée et délibérée de la personne, un délai de réflexion et une confirmation écrite de son assentiment. Mais, l’article L. 2123-2 vise –et le verbe devient exact- le sujet incapable majeur, ou « majeur protégé » sous tutelle ou curatelle, dont les facultés mentales sont altérées ce que reconnaissent les auteurs du texte (loi du 4 Juillet 2001). Il faut alors l’autorisation du juge des tutelles, audition des tiers proches et de l’intéressé dont « le consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte » ce qui est certes conforme aux principes du droit des majeurs protégés (art. 459 § 1 C. civil) mais parfaitement hypocrite dès lors que l’on sait que les facultés du sujet sont atteintes au point de constituer « un handicap » rendant l’assentiment ou le refus illusoire. Sans doute, ici encore, un comité d’experts doit-il intervenir (art. L. 2123-2 CSP), mais on peut rester sceptique sur l’authenticité de sa caution à des actes défiant la dignité de ce malade mental stérilisé contre son gré ou en dépit de l’inexistence de son consentement, quoi qu’il en ait été du quitus consenti par le Conseil d’Etat. En toute déférence, il y a ici une de ces mesures faisant douter des enseignements de l’Histoire ! Il ressort de ces dispositions que le formalisme, afférent à des actes sortant du cercle thérapeutique pour le sujet, hors-droit médical commun, n’est pas dépourvu d’ambiguïté. Sans douter de la pureté des intentions, de la prudence, du législateur, on se demande s’il épontille un consentement authentique ou s’il ne rassure pas les intervenants. L’existence d’un comité est vécue, depuis la Déclaration de Tokyo, le jugement « Quinlan », comme une protection de l’être humain, mais il faut rappeler les risques de déviation dont Binding et Hoche avaient offert un sinistre exemple en 1922. « La forme est l’ennemi juré de l’arbitraire, la sœur jumelle de la liberté », écrivait Jhering (11-1 :) conservons cette certitude.

#### I - B2) LES FORMALISMES FANTASMATIQUES.

C'est une donnée de l'esprit public, collectif : là où il n'y a point de papier, il n'y a pas de contrat ! Témoignage de ce que M. le Doyen Legeais appelait « le droit putatif ». Après le revirement de jurisprudence du 25 Février 1997, relatif à la charge de la preuve de l'information due au patient, qui ne faisait que revenir aux normes antérieures à 1951, un mouvement traversa la pratique médicale et hospitalière. L'on crut trouver le salut dans l'écrit et l'on imagina divers formulaires de consentement et d'information que l'on présenta à la signature des malades, à les supposer lisibles par le patient moyen et alors que l'information doit être simplement adaptée à ses facultés de compréhension (art. L. 1111-8 CSP). La Cour de cassation précisait que son revirement avait un effet immédiat, qui, alors, ne se modulait pas, nul n'ayant, enseignait-elle, de droit acquis à « une jurisprudence figée ». Contemplant ces mouvements et ces formulaires, la Cour rassura, par arrêt du 14 Octobre 1997 : la preuve peut être apportée par tous moyens, inclusivement par un ensemble de présomptions, ce qui nuancait la solution du 25 Février précédent dont une logique semblait appeler l'écrit, alors que celui-ci peut être trompeur et incompréhensible (12). Et M. le Président Sargos suggéra de tenir compte, dans le jugement de faits anciens, de situations d'absence de raison particulière de préserver une preuve écrite. Puis, la loi du 4 Mars 2002 précisa que l'information est « délivrée au cours d'un entretien individuel » (art. L. 1111-2 § 3 CSP) ce qui laisse comprendre qu'un écrit est, quand il est proposé ou imposé (cf. les cas visés supra), n'est pas suffisant. Ce qui, aussi confirme l'impératif de ce « colloque singulier » si empli de confiance. Il fallait le rappeler aux médecins qui n'avaient plus confiance !

## **II LE CONSENTEMENT AU-DELA DE LA LOI.**

Nous avons constaté un double mouvement, jurisprudentiel et législatif, accompagné par les réflexions dites « bioéthiques », portant à demander et conforter le consentement du sujet à la fois à l'entrée dans une relation thérapeutique et –ce qui est davantage débattu- à la réalisation d'actes sur son corps. La jurisprudence n'avait pas eu besoin de la « loi » pour poser cette exigence car elle existe au-delà des textes, parmi les principes fondamentaux du respect de la personne humaine.

### II –A) LE SENS DU CONSENTEMENT.

Sans remonter aux décisions fondatrices de 1853 et 1859, elles-mêmes précédées par des réflexions doctrinales anciennes en théologie morale, discipline dont des expressions se retrouvent dans la loi du 22 Avril 2005 et qui, par des discours de Pie XII avait nourri le Droit médical, comme le fera Evangelium Vitae du 25 Mars 1995, l'on peut découvrir dans les arrêts de principe ce sens de l'exigence du consentement.

#### II – A1) LE PRINCIPE DE DIGNITE.

Aussi réservé soit parfois la doctrine juridique devant ce principe un peu à tous usages et invoqué comme un slogan par réflexe, il est affirmé par l'article 16 du Code civil. C'est une loi. Avant elle, l'arrêt « Teyssier » de la Cour de cassation du 28 Janvier 1942 retient à la fois les droits du malade et les « devoirs proprement médicaux » du soignant. J'observe, avec M. Sargos, que la violation de ce devoir entraîne alors obligation à réparation intégrale du préjudice du patient et non une perte de chances. La Cour de cassation reprendra le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne (13), après son affirmation en 1995 par le Conseil d'Etat (affaire des « lanciers de nains »), affirmation d'ailleurs opposée aussi bien aux intéressés qu'aux tiers. Depuis quelques années, la jurisprudence développe ce principe en droit médical. Elle y rattache le devoir d'information en visant l'article 16 du Code civil, et l'on peut citer ici un arrêt de la Cour de cassation du 3 Juin 2010. Ceci emporte comme conséquence l'indemnisation d'un préjudice moral autonome imputable à la carence d'information ou de demande d'assentiment à l'acte, au-delà de la perte de chances. René Savatier et Jean Carbonnier avaient jadis évoqué ce dommage d'avoir été privé de la vérité... Pour B. Mathieu, ce principe « est juridiquement utilisé comme une interdiction faite d'instrumentaliser autrui, de le traiter comme un objet, cette interdiction n'étant pas levée par le consentement de l'intéressé » (14). S'en découvre le double objet : protéger le consentement ; limiter le consentement. S'en découvre aussi l'imprécision. Si, en effet, la CEDH consacre le principe d'autonomie, dont le consentement est l'expression, jusqu'aux pratiques de sado-masochisme (15) tant qu'elles sont consenties, dans le cadre du respect de la vie privée –alors qu'il s'agit des droits sur le corps- elle révèle l'antinomie entre dignité et autonomie. Elle sous-entend peut-être que le consentement exprime autre chose que l'imprécise dignité, l'absolutisme de la propriété, droit réel par définition, appliqué aux biens. Je consens parce que « mon corps m'appartient » (16) et, pour emprunter à Mme Labrusse-Riou une forte expression, passe de l'ordre de l'être à l'ordre de l'avoir ce qui révèle le sens caché du terme « don », expression non de la générosité mais de la propriété. Or, la dignité serait ce qui distingue l'être humain des autres créatures qui, en l'état, demeurent dans le monde des biens meubles ou immeubles nonobstant diverses revendications. Mais encore ne s'entend-on pas sur cette distinction. L'on connaît le leitmotiv de la revendication du « droit à » l'euthanasie ou au suicide assisté. Je ne cite que l'exposé

des motifs de la proposition déposée le 6 Avril 1973 par M. le Sénateur Callaivet : « les temps primitifs sont révolus. L'homme est avant tout un être doué d'intelligence et non un être de chair. Prétendre le contraire réduirait l'homme à peu de chose ». La qualité intellectuelle, morale, cognitive ferait la personne digne de vivre, la vie digne d'être vécue. S'ouvre le débat sur la frontière de la « personne »... Je suis tenté d'en revenir, sans doute excessivement, à Binding et Hoche : « Existe-t-il des vies humaines qui ont perdu leur qualité de bien juridique à un tel point que leur continuation a perdu pour toujours leur valeur aussi bien pour le porteur de la vie que pour la société » ? La manipulation de la dignité constitue un risque, dont l'eugénisme est l'élément le plus redoutable (17). Il faudrait donc recourir à une dignité « objective ». Qui l'établirait ? Elle ne s'établit pas ; comme la vie, elle se constate. Toute vie humaine porte la même dignité.

## II – A2) LE PRINCIPE D'AUTONOMIE.

Ce principe est rattaché à cette dignité et au droit à la vie privée, au sens où ce dernier protège le sujet contre les ingérences d'autrui et de la société ce qui se rapprocherait plus de la « privacy » anglo-saxonne que de la vie privée du droit civil. Celui-ci unirait plutôt dignité et droit sur le corps, l'ambiguïté de la propriété étant levée. Telle est la vision des rédacteurs de la loi du 4 Mars 2002. L'autonomie soutient le consentement parce que le sujet est libre de ses choix devant le médecin et devant les tiers. C'est tout acte sur le corps qui est impliqué par cette autonomie. L'on entend l'écho de l'article 1134 alinéa 1° du Code Napoléon, proclamation de l'autonomie contractuelle, le contractant gravant sa propre loi (« tiennent lieu de loi ») par une sorte de délégation législative intime, libérale quoique Xavier Martin se soit interrogé sur la confiance du Législateur de 1804 en l'individu...L'autonomie vaut en soi, ce que développe la bioéthique, qui s'est servie du droit à l'intimité (privacy) pour en faire le seul principe cardinal, même si, par exemple, Beauchamp et Childress présentent d'autres principes.

Pour ces Pères fondateurs de la bioéthique, parmi quelques autres, « l'autonomie personnelle désigne, au minimum, l'autorégulation libre de l'ingérence des autres et des limitations, par exemple, une compréhension inadéquate, qui font obstacle à un choix réel ». Raisonnant sur l'euthanasie et l'avortement, Melle Pelluchon constate qu'il y a « l'idée que la vie est une possession de l'individu » (18), peut-être parce que la philosophie de la vie est devenue une possession de l'individu, faute –dit-on pour l'Amérique du Nord- de valeurs communes de référence, postulat de la fondation de la bioéthique. Or, le recours à l'autonomie présente ses faiblesses. Evidemment, l'on pense aux situations d'autonomie défaillante pour un motif de droit ou un motif de fait, appelant des consentements substitués. Le droit admet la fiction du consentement du sujet s'exprimant par son représentant. Il est vrai que ce représentant est parfois mal situé : la personne de confiance est et n'est pas un « représentant ». Le tiers demandant l'hospitalisation (art. L. 3212-1 et s. CSP) est-il un « représentant » ? L'article L. 3212-1 précité fait état d'une hospitalisation « sans son consentement » (de la personne), expression récurrente dans les articles L. 3211-1 et s. Mais, c'est la faiblesse de la thèse autonomiste qu'il faut déplorer. En premier lieu, elle laisse au dialogue entre le patient et le médecin la charge de découvrir des valeurs minima communes permettant de justifier éthiquement la décision thérapeutique, si encore il s'agit d'une action thérapeutique. En effet, la principe d'autonomie est devenu ce que Melle Pelluchon qualifie d'éthique de l'autonomie ajoutant à « l'éloge du consentement individuel, critère exclusif du bien et du mal une ( paradoxale) demande « de liberté surveillée ». Ce ne sont plus des valeurs collectives, aussi objectives qu'il est possible et accrochées à des principes éthiques intangibles (19), et l'autonomie se coupe d'une discussion argumentative. Mme Fabre-Magnan peut écrire qu'il « ne suffit pas de vouloir pour être libre et autonome » ou, après avoir rappelé des doutes doctrinaux sur la filiation Kantienne du principe d'autonomie, « il faudrait sans doute au contraire pouvoir d'abord être certain de l'existence de la liberté pour apprécier s'il est possible de vouloir ». En second lieu, l'autonomie creuse devant le sujet un piège : plus il est « autonome », plus il peut consentir ; plus il peut consentir, plus on peut lui demander de consentir. Dès lors, le consentement devient un instrument d'appropriation d'autrui, de « servitude volontaire ». C'est le piège de la contractualisation de l'éthique, donc des facultés d'action sur la vie humaine.

## II –B) DES TECHNIQUES DE PROTECTION ?

Le Doyen Carbonnier, qui se demandait un jour si « le droit médical saura (-t-il) mettre un frein à la bioéthique ? », constatait l'effet dynamique et légitimant de la loi : « légiférer, c'est consacrer ».

Mme Labrusse-Riou, dans la même pensée, met en garde : « Le désordre des faits est moins grand que celui d'un droit qui les entérine. Ce n'est pas un hasard si la prudence est la principale vertu du juriste, et si la plus grande circonspection s'impose au législateur soucieux des résonnances actuelles et futures des règles et concepts qu'il élabore ». Je ne crois pas qu'un consentement authentique soit protégeable par la loi (20).

## II – B1) LES PRINCIPES FONDAMENTAUX (21).

Nous avons constaté que la jurisprudence, aidée par la doctrine, a depuis longtemps imposé le respect du consentement éclairé, pourvu qu'il soit libre et ne contredise pas l'ordre public de protection de la dignité et de l'intégrité de la personne humaine. Depuis Janvier 1975, la loi s'acharne, abritée désormais derrière les principes des articles 16 et s. du Code civil, à grignoter cet ordre public et à consacrer une médecine des désirs, désirs des sujets, désirs des « scientifiques » (comme on dit). Les tribunaux et les auteurs ont érigé le « noli me tangere fondamental » et le consentement nécessaire à ses exceptions (licet me tangere) en principes objectifs et généraux. Ces normes générales résultent aussi de diverses déclarations à vocation universelle auxquelles on peut reconnaître valeur coutumière lors même qu'elles ne sont pas intégrées aux droits nationaux par ratification (Convention dite d'Oviedo). Ils lient le sujet et les tiers, instituent un régime de volonté tempérée du malade, encore encadré par l'ordre public dont une des clefs est la finalité soignante de la médecine. L'on est loin d'une autonomie sacralisée telle que consacrée par exemple par la Cour Suprême du Canada dans son arrêt « Dobson v/Dobson et Price ès qualités » du 9 Juillet 1999 : « Imposer les mêmes obligations (de prudence à l'égard du fœtus atteint lors d'un accident) à la mère aura pour effet d'encadrer son comportement et de le contraindre à accomplir des actes relevant traditionnellement du libre choix de la personne et échappant au contrôle des tribunaux ». Le consentement ne peut constituer une norme régulatrice –pour reprendre une expression d'A. Garapon et D. Salon- que s'il est référé à ces principes simples de finalité thérapeutique de l'acte envisagé, de respect de sa proportionnalité (règle d'or de la raison proportionnée) et de respect de l'humanité de tout être. Jouant aussi –et ceci est parfois oublié- les principes premiers du droit civil protecteur du consentement, à savoir l'absence de vices de ce consentement (erreur, dol, violence), dont on peut imaginer le trouble en « bioéthique », tout simplement en médecine soignante classique. Par exemple, l'AMP, le don d'organes peuvent être perturbés par ces vices. On n'en a point –à ma connaissance- d'exemples publiés, et l'invocation de ces vices ne conduirait qu'à une théorique nullité du contrat ou de la décision, avec indemnisation...Ceci permet d'affirmer l'existence d'un pouvoir actif de prendre des décisions intéressant le corps, et d'un pouvoir négatif de s'opposer à une atteinte partagée entre le sujet et le médecin pour lequel il se traduit par sa clause de conscience. La référence aux principes –Talleyrand disait : Ecrivez « principes », cela fait bien –autoriserait une orientation du droit médical vers le Droit naturel (22). Et je crois en effet qu'on ne peut étudier cette discipline sous le seul prisme du positivisme. Ceci peut opposer « la loi » et le consentement. En soi, c'est un débat.

## II – B2) LES COMITES?

La polysynodie gouverne-t-elle la bioéthique, tant variés sont les comités dits ou non « d'éthique », parmi lesquels les « espaces » éthiques issus de l'avis n° 105 du CCNE en date du 9 Octobre 2008, des articles L. 1412-6, 6111-1 et 6142-3 CSP, de l'arrêté du 4 Janvier 2012 (23) et d'une instruction du 20 Mars 2012, et d'autres « espaces » locaux spontanés, par exemple institués « dans le prolongement de la loi Léonetti » ? Qu'il s'agisse, pour m'en tenir à la summa divisio consacrée quoiqu'artificielle, des comités « cliniques » ou « de recherche », leur commune vocation consiste à protéger les sujets contre des actes médicaux contraires à leur dignité, tout simplement à leur intérêt, et à éclairer les soignants sur les aspects scientifiques et éthiques de leur projet. Le consentement de la personne y est impliqué. Le comité peut être un instrument de sa protection, de vérification de l'authenticité de ce consentement. Est-ce alors une protection de celui-ci par « la loi » ? Indirectement, oui, lorsque la « loi » met en place le groupe ou n'interdit pas sa constitution (comités locaux que ne supprime pas l'article L. 1412-6 CSP). Directement, non, car l'instance de contrôle ou de réflexion ne se réfèrera pas seulement aux articles des lois s'ils existent (il y a au moins les art. 16 et s. Code civil), mais encore aux principes éthiques fondamentaux. En outre, la protection du consentement de la personne souffre le risque d'un détournement. En effet, la pluridisciplinarité et le pluralisme constitutifs des comités –et piliers visibles de la sagesse bioéthique- risquent de plier l'avis aux prétendus impératifs du consensus par la technique d'une éthique procédurale dont on a montré la difficile compatibilité avec le principe d'autonomie (24). La prolifération des comités de sages ne confisque-t-elle pas doublement l'autonomie du sujet et des sages ? Du sujet, car écartant sa philosophie propre de la décision au nom de sa protection. Se pose-t-on toujours –et je sais qu'on le fait- la question : qu'aurait-il décidé compte-tenu de ses convictions, de sa vision de ses besoins ? C'est ce que fait le juge s'interrogeant sur ce qu'aurait été le choix du patient raisonnable avec les nuances de subjectivité annexées au critère objectif ; ce qu'il devrait faire plus clairement lorsqu'il apprécie une perte de la chance d'avoir pu choisir un autre traitement. Des « sages », invités à découvrir un avis consensuel, au besoin en s'abstrayant de leur éthique personnelle. Qu'écrivaient à cet égard Roy, Williams, Dickens et Baudouin (25) :

« Les questions d'ordre éthique qui reposent sur des conceptions discordantes du monde ne peuvent être facilement résolues, surtout si elles supposent un large consensus. La résolution de tels problèmes, si elle est possible, exige des groupes ou des individus qu'ils révisent radicalement leurs propres convictions au profit d'une conversion, personnelle ou collective. Dans ce contexte, la solution la plus accessible reste, en général, le compromis politique, tel qu'il se manifeste par exemple dans plusieurs lois sur l'avortement et dans les lois interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le compromis politique permet ainsi de maintenir la cohérence d'une société, de favoriser le discours d'ordre moral et philosophique, d'encourager le respect de la conscience individuelle et de protéger les minorités religieuses, culturelles ou morales contre la dictature de la majorité ». Sans doute y eut-il là plus de pragmatisme que de doctrine, on le veut penser. Cependant, cette double éthique proposée aux membres des comités pouvait induire des avis « mitonmitaine » de valeur imprécise. Nombre de clercs occidentaux ne demandaient que cela ! Somme toute, que les avis des comités soient ou non des actes de droit –et ceux du CCNE et du CPP le sont- la méthode est généreuse mais non sans incertitude. Formons le vœu que les espaces éthiques dégagent des règles claires.

## REFERENCES

- 1) J. Carbonnier: L'inflation des lois, in Essais sur les lois, Rep. Defrénois ed. 1979, p. 271.
- 2) G. Rousset : L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, Et. Hosp. ed. 2009, préface S. Porchy Simon.
- 1) Ce texte est parfois appliqué à l'encontre des pharmaciens invoquant une clause de conscience privée d'effet par cette incrimination.
- 2) M-L. Moquet-Anger : Droit hospitalier, LGDJ. 2<sup>ème</sup> ed. p. 359. Je laisse de côté le contrat hospitalier, mal compris par la jurisprudence.
- 3) Note ss. Cass. Civ. 10 Mai 1951, Sirey 1953, 1, 41.
- 4) J-C. Lombois : De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, LGDJ. 1963, préface J. Carbonnier.
- 5) V. comm. G. Croize, in : Les grandes décisions du droit médical, ss. dir. F. Vialla, LGDJ. 2009, p. 128 et s. et réf. ; G. Mémeteau : Cours de droit médical, Et. Hosp. ed. 2011 p. 386 et s. et réf.
- 6) CAA. Paris 9 Juin 1998, RFDA. 1998, 1231, concl. Heers ; D. 1999, 277, note G. Pélissier ; A. Garay. Médecine et Droit n° 44, Sept-Oct. 2000, p. 16.
- 7) S. Porchy-Simon : Resp. Civ. Ass. Fasc. 440-30, n° 40 in fine.
- 8) Il est intéressant de lire en parallèle les lois belge et néerlandaise relatives à l'euthanasie, ainsi que des propositions en ce domaine : ces textes instituent des faits justificatifs favorables au médecin, sous couvert d'exalter l'autonomie du sujet.
- 9) D. Folscheid : La science et la loi, in Ethique, la vie en question, n° 1/1991, p. 58 ; v. J-R. Binet : Droit médical, Montchrestien ed. 2010, n° 356.
- 11-1) R. von Jhering : L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. O. de Meulenaere, T-III, Marescq, 3<sup>e</sup> ed. 1877, p. 158. Merci au Prof. M. Massé de m'avoir aidé à préciser la référence !
- 10) Ex. CA. Toulouse 25 Octobre 2010, Dalloz 2012, p. 292, note F. Vialla.
- 11) Cass. Civ.I, Dalloz 2001, p. 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin.
- 12) La bioéthique, Dalloz ed. p. 41.
- 13) CEDH. 17 Février 2005, Dalloz 2005, p. 2973, note M. Fabre-Magnan ; Dalloz 2006, p. 1206, note J. Ch. Galloux.
- 14) Lorsque le slogan est lancé, c'est plutôt le corps d'autrui qui m'appartient, le corps de l'enfant à naître.
- 15) V. D. Sicard : La science médicale, la naissance et le risque d'eugénisme, R.G.D.M. 31/2009, p. 249. (Dans le même fascicule, p. 219 : R. Gil. : Loi, bioéthique et responsabilité) ; P. Weindling : L'hygiène de la race, T. 1, Ed. La découverte 1998, trad. B. Massin ; J-M. Augustin : Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) juriste, raciologue et eugéniste, P.U. Toulouse 2011, et in RGDM. 43/2012, p.
- 16) C. Pelluchon : L'autonomie brisée. Bioéthique et philosophie, PUF/Leviathan, 2009, p. 80, et : La raison du sensible. Entretiens autour de la bioéthique, Artège ed. 2009, p.63 et s.
- 17) S. Hennette-Vauchez : Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine, Dalloz 2004, chr. 3154 ; D. Roman : A corps dépendant, la protection de l'individu contre lui-même, Dalloz 2009, ch. p. 1284.
- 18) V. G. Puppink : L'auteur de la norme bioéthique, thèse Poitiers, 13 Juin 2009, T-1, p. 190.
- 19) Entre autres, v. Technique et droits humains, actes colloque Fac. Dr. Limoges, 20/23 Avril 2010 ss. dir. P-J. Delage, Montchrestien ed. 2011, dont : P-J. Delage : Liberté n'égal pas dignité, p. 201.

- 20) X. Dijon : Droit naturel. T. 1 : Les questions du droit, PUF/Thèmes 1998.
- 21) Notable en ce qu'il vise un avis du CCNE du 29 Septembre au même titre que les textes législatifs. Ceci est intéressant dans l'étude des sources du droit...
- 22) C. Pelluchon, op. cit. note 18, spec. p. 96.
- 23) La bioéthique, ses fondements et ses controverses, CRPI ed. 1995, p. 36.