

Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 (1)

Lucie Cluzel-Métayer, Maître de conférences à l'Université de Paris II (CERSA-CNRS)

L'affirmation par les lois de 2002 d'un droit au consentement aux soins et à la prise en charge n'est pas une révolution : mais si l'on considère qu'en 1947, la seule obligation déontologique du médecin était de « s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision » (2), on ne peut qu'apprécier le chemin parcouru.

Au coeur du droit des contrats, le consentement est, aux termes de l'article 1108 du code civil, une des conditions essentielles de la validité des conventions. En tant que contrat de droit privé, le contrat de soins a ainsi été logiquement la première terre d'élection de la règle du consentement en matière sanitaire. Mais cela ne concernait pas les soins prodigués à l'hôpital public, où la relation est dite « statutaire », c'est-à-dire déterminée de manière unilatérale par les lois et les règlements. La règle du consentement avait alors un autre fondement : le code de déontologie médicale, adopté après-guerre. Commun à la médecine libérale et hospitalière publique, il dispose, en son article 36, alinéa 1^{er}, que « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas » (3).

Ce sont les questions de bioéthique qui vont conduire le législateur à consacrer ce droit, d'abord en 1975 sur la question de l'interruption volontaire de grossesse (4) puis en 1994, avec la loi relative au respect du corps humain (5) qui introduit enfin le principe dans le code civil à l'article 16-3.

Dans le secteur social et médico-social, la grande loi de 1975 (6) ne comportait aucune disposition relative aux droits des usagers. Le mouvement législatif visant à la reconnaissance d'un droit au consentement a été amorcé dans le secteur de l'aide sociale à l'enfance, avec la loi du 6 juin 1984 (7). De manière plus générale, la loi du 3 janvier 1985 introduit dans la loi de 1975 un article prévoyant que les usagers, les familles et les personnels doivent obligatoirement être associés au fonctionnement des établissements.

Eparpillée, la règle du consentement trouve finalement sa consécration solennelle dans la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (8) et, quelques mois plus tard, dans celle du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (9).

L'affirmation claire du droit au consentement s'accompagne de celle de toute une série de droits pour le patient-usager, que l'on trouve énoncés dans des termes très voisins dans les deux textes. L'information, particulièrement centrale en matière médicale, est conçue comme le préalable au consentement, tandis que le libre choix, la participation et l'accès au dossier sont envisagés comme des prolongements du consentement en amont et en aval de la décision. Ces droits, qui s'imbriquent les uns aux autres, reflètent une nouvelle conception de l'utilisateur-patient, qui doit devenir acteur de sa prise en charge, co-auteur de la décision médicale. Au sein de ce corpus, le consentement est le maillon indispensable à l'existence de la relation puisque celle-ci ne peut naître que si le consentement existe. La formule doit être d'emblée nuancée : les nécessités pratiques font que l'on se joue parfois - peut-être bien souvent - du droit au consentement. Le poids des exceptions pèse sur le principe à tel point que se pose la question de son effectivité.

Sa mise à l'épreuve peut commencer par un éloge : enfin le législateur a clairement consacré le droit au consentement de manière générale pour les patients et les usagers du secteur social et médico-social. Ce droit est donc commun aux deux secteurs. Le régime associé à ce droit est cependant fort disparate, fort complexe. Il reflète en définitive la difficulté d'englober en un principe toutes les éventualités. A cette limite s'ajoute finalement celle, plus inquiétante, de la réalité de ce droit : n'est-il pas vain, n'est-il pas chimérique, de rechercher une relation égalitaire, comme on peut en trouver en droit civil des contrats, là où la relation est nécessairement déséquilibrée ?

Un droit partagé

Il ressort des deux lois de 2002 le même esprit : reconnaître que l'utilisateur et le patient sont désormais non plus objets, mais sujets de droit. Le respect du consentement est ainsi affirmé au titre premier du CSP relatif aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé (10) et, dans le livre 3 du CASF relatif à l'action sociale, au titre des dispositions générales constituant le régime de droit commun des établissements et services sociaux et médico-sociaux et portant précisément sur les droits des usagers (11). Quelques mots d'abord sur cette consécration qui implique, pour l'essentiel, l'avènement de la codécision.

La convergence des textes

En santé, le respect du consentement suppose qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne puisse être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ; il en va de même des actes de prévention (12). Le médecin doit se plier à la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. En outre, le consentement peut être retiré à tout moment. Le respect du consentement s'impose aussi lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, puisque dans ce cas, sauf urgence ou impossibilité, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée sans que la personne de confiance, la famille ou à défaut, un des proches ait été consulté.

Dans le secteur social et médico-social, le respect du consentement éclairé de l'utilisateur porte sur sa prise en charge et son accompagnement individualisé. Expression du respect de l'autonomie de la volonté des personnes, cette exigence confère une légitimité renouvelée à un secteur fortement secoué par les questions de maltraitance. Matérialisé par le contrat de séjour, ce droit exprime la nécessité de passer d'une gestion de masse à une gestion individualisée de l'action sanitaire et sociale, en recherchant l'accord de l'utilisateur sur les conditions de sa prise en charge ou encore sur le projet institutionnel et le règlement de fonctionnement.

Relayé par diverses chartes (13), le principe du recueil du consentement a également été réaffirmé et précisé par la loi Léonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie du 22 avril 2005 (14), qui introduit une nouvelle disposition en vertu de laquelle « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical » (15).

La convergence des textes vers cette exigence de placer la volonté de l'utilisateur et du patient au fondement de la relation prouve que le respect du consentement est désormais une figure imposée érigée, qui plus est, en liberté fondamentale. Au confluent des principes d'autonomie de la personne, qui implique qu'elle seule puisse décider des atteintes portées à son corps, d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain qui découlent de celui de dignité humaine, constitutionnellement protégé (16), cette liberté est expressément consacrée par l'article 311-3 du CASF et par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un référé-liberté. « Le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical, revêt le caractère d'une liberté fondamentale », au sens de l'article L. 521-2 du CJA (17). La règle du consentement est ainsi solidement ancrée dans les deux secteurs ; elle a, en outre, la même signification : la consécration de la codécision.

L'avènement de la codécision

La règle du respect du consentement emporte de multiples effets, mais elle signifie surtout l'avènement de la codécision.

Plus qu'un simple assentiment, plus qu'une simple adhésion, c'est le partage de la décision qui est visé par les deux textes. Puisque l'« on peut consentir contre sa volonté »⁽¹⁸⁾, allons au-delà du consentement et recherchons la volonté de l'usager-patient. Par son consentement, l'usager-patient devient acteur de sa prise en charge, devient co-auteur de la décision médicale⁽¹⁹⁾. La loi du 4 mars énonce ainsi, en son article L. 1111-4, que « toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit les décisions concernant sa santé »⁽²⁰⁾.

La loi du 2 janvier impose quant à elle de respecter le consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Alors que la vulnérabilité a longtemps justifié des pratiques asymétriques infantilisant les personnes concernées, faire des usagers des codécideurs constitue indiscutablement un réel changement de perspective. Mais au-delà de cette consécration partagée du droit au consentement dans les deux secteurs, des disparités font surface, ne serait-ce qu'au niveau du régime juridique.

Un régime composite

Si l'esprit des textes est généralement salué, leur mise en oeuvre bute sur la complexité du régime. Il révèle une grande diversité d'outils, juridiques ou non, qui ne sont pas les mêmes selon que l'on se situe dans le champ sanitaire ou dans le champ social et médico-social.

Un régime complexe et éclaté

Le régime propre au consentement aux soins est particulièrement complexe, tant il est fait de spécificités. Il conduit à prévoir certaines exceptions, que nous verrons plus tard, mais aussi à prendre en compte toute une série de particularismes. Il en va ainsi concernant le consentement du mineur et du majeur sous tutelle par exemple : la loi Kouchner procède à leur émancipation en leur permettant de donner eux-mêmes leur consentement. Sans préjudice du consentement du représentant légal, le consentement du mineur ou du majeur incapable doit systématiquement être recherché s'il est apte à s'exprimer et à participer à la décision, ce qui est fonction de sa maturité pour le mineur et de sa capacité de discernement pour le majeur incapable. L'article L. 1111-5 du CSP prévoit en outre que, si le mineur souhaite garder le secret sur son état et s'oppose expressément à la consultation des personnes titulaires de l'autorité parentale, le médecin est dispensé de rechercher leur consentement⁽²¹⁾. Il devra bien sûr tout tenter pour que le mineur accepte la consultation de ses parents, mais ne pourra passer outre son refus. Le caractère éminemment subjectif du degré de maturité d'un enfant, tout comme l'impossibilité de passer outre son souhait de ne pas informer ses parents de son état rend ces dispositions délicates à mettre en oeuvre pour le praticien, surtout si le mineur refuse les soins nécessaires.

Outre ces règles particulières, qui étendent la codécision là où elle n'allait pas de soi, toute une série de textes continuent de régir certaines matières, ce qui complexifie encore le régime. Sans entrer dans le détail, notons que le consentement en matière de recherche biomédicale, en matière de programme d'apprentissage, d'examen des caractéristiques génétiques, de don du sang, de greffe, de prélèvements d'éléments du corps humain et de collecte des produits, de diagnostic prénatal, d'assistance médicale à la procréation, d'études sur l'embryon, d'IVG, de lutte contre le VIH et les infections sexuellement transmissibles, de lutte contre les maladies mentales, de stérilisation à visée contraceptive... obéit à des règles particulières.

Pour compléter un régime déjà fort complexe, le cas du recueil du consentement de la personne inconsciente doit être mentionné. La loi du 4 mars 2002 prévoit en effet la possibilité de désigner une personne de confiance⁽²²⁾ et celle du 22 avril 2005 prévoit celle

de rédiger des directives anticipées⁽²³⁾. Le consentement peut ainsi être donné à l'avance, pour le jour où la personne ne serait plus en état de le donner. Là encore, un régime particulier est mis en place. Toutes ces subtilités donnent au tableau un aspect pour le moins impressionniste. La disparité des dispositifs mis en oeuvre pour que ce droit soit effectif renforce encore cette impression.

Des supports juridiques disparates

Selon que l'on se situe dans le secteur sanitaire ou dans le secteur social et médico-social, les outils pour recueillir le consentement ne sont pas les mêmes.

Dans le secteur social et médico-social, la loi du 2 janvier 2002 a mis en place une multiplicité de dispositifs. Siège du consentement de l'usager, un « contrat de séjour est conclu ou un document individuel de prise en charge est élaboré avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal »⁽²⁴⁾. Etabli lors de l'admission de la personne et remis à celle-ci ou, le cas échéant, à son représentant légal, le contrat porte sur la définition des objectifs de la prise en charge et sur les prestations et les conditions de son séjour⁽²⁵⁾. C'est d'un commun accord que sont définis les objectifs, les différentes prestations sociales, médico-sociales, éducatives, pédagogiques, thérapeutiques, de soutien ou d'accompagnement offertes à l'usager, mais aussi les modalités du séjour de la personne concernée et les conditions de la participation financière de l'intéressé. En l'état actuel du droit, la nature juridique de ce contrat demeure incertaine. Le législateur ne le qualifie pas expressément et la jurisprudence n'est pas plus éclairante. Si la Cour de cassation considère qu'il ne s'agit pas d'un contrat de louage de choses, elle ne le qualifie pas de manière positive⁽²⁶⁾. Le juge administratif est tout aussi hésitant : tandis que la Cour administrative d'appel de Nantes y voit un véritable contrat⁽²⁷⁾, celle de Nancy a plus récemment conclu à l'inverse que « les dispositions de l'article L. 311-4 n'ont pas pour objet ni pour effet de placer la personne hébergée dans un établissement médico-social dépendant d'un centre hospitalier dans une situation contractuelle vis-à-vis de cet établissement »⁽²⁸⁾. En l'absence de législation et de jurisprudence claires, l'expression du consentement dans le secteur social et médico-social ne bénéficie donc pas d'une assise juridique solide. En outre, sauf à considérer que le contrat signé par les patients avec les établissements privés de santé puisse être rapproché du contrat de séjour, on ne trouve pas son équivalent dans le secteur sanitaire.

Autre distinction significative, l'institution de la personne de confiance créée par la loi du 4 mars 2002⁽²⁹⁾ pour faciliter la relation entre le patient et le médecin, est absente du secteur médico-social. Il s'agit d'une personne, désignée par le malade - un parent, un proche ou le médecin traitant - qui sera consultée dans le cas où celui-ci serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire. La désignation doit être faite par écrit et est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance peut l'accompagner dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. En principe, il est proposé de désigner une personne de confiance pour toute hospitalisation. La pratique est toutefois bien différente dans la mesure où seulement 2% des personnes interrogées ont connaissance de leur possibilité de désigner une personne de confiance⁽³⁰⁾. La confusion entre personne de confiance et personne à prévenir, le fait que la personne de confiance soit associée à la fin de vie et la difficulté de trouver quelqu'un qui accepte de jouer ce rôle expliquent certainement cette situation⁽³¹⁾.

Des voix s'élèvent pour faire connaître ce dispositif, mais aussi pour l'étendre au secteur médico-social dont il est absent, puisque la « personne qualifiée » évoquée à l'article L. 311-5 du CASF, n'est en effet absolument pas assimilable à la personne de confiance. Il s'agit simplement d'une personne qui assiste l'usager, l'aide à faire valoir ses droits et qui doit rendre compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle. La personne qualifiée est d'ailleurs choisie par l'usager sur une liste établie par le préfet et le président du conseil général. Cette carence est regrettable car, en cas de défaut de capacité, la consultation du seul représentant légal n'est pas toujours pertinente. Un tiers est parfois plus à même de résoudre les problèmes de sexualité ou de choix de vie que les parents, les tuteurs ou les descendants de la personne, sans compter que les intérêts peuvent aller jusqu'à s'opposer, par exemple en cas de mauvais traitements commis précisément par les représentants

légaux (32). Des tuteurs *ad hoc* ont été mis en place dans le secteur de la protection de l'enfance, mais ils n'ont pas été généralisés.

Animées d'une même ambition de consacrer le respect du consentement libre et éclairé de la personne, les lois de 2002 divergent cependant largement quant à la façon dont la volonté peut s'exprimer. Le régime éclaté qui en découle ne fait que révéler l'importance des spécificités de chaque domaine, spécificités que la mise en oeuvre du principe confirme.

Un principe chimérique ?

Au regard du nombre d'exceptions qui vident partiellement le principe de son sens, des difficultés pratiques qui empêchent concrètement sa réalisation, la question n'est peut-être pas impertinente. La chimère est à la fois utopie et danger. D'un côté, à force d'être malmené, le principe semble désincarné ; de l'autre, pour ce qui lui reste d'effet, le principe, en ce qu'il est susceptible de se retourner contre les personnes concernées, est finalement controversé.

Un principe désincarné

Exceptions et contournements jurisprudentiels illustrent la difficulté d'appliquer le principe. Signalons ainsi d'emblée que les lois de 2002 n'ignorent pas les cas où la personne n'est pas en état de donner son consentement : certaines personnes sont autorisées à s'y substituer (représentant légal, famille, proches, personne de confiance...) ; il s'agit là d'exceptions au consentement direct. Il existe également des exceptions plus radicales, en vertu desquelles aucun consentement n'est requis : c'est le cas de l'urgence ou de l'impossibilité, appréciées par le médecin (33). En outre, un certain nombre d'actes médicaux sont purement et simplement imposés : on pense ici aux obligations de vaccination, mais aussi à l'injonction de soins pour les toxicomanes et pour les personnes condamnées pour infractions sexuelles (34). Mais l'exception la plus éclatante réside sans doute dans la possibilité d'hospitalisation sans consentement, d'office ou à la demande d'un tiers, devenues « admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat » et « admission en soins psychiatriques sur demande d'un tiers » depuis la loi du 5 juillet 2011, loi qui autorise - c'est une innovation - des admissions à la demande de tiers sans présence de tiers, en cas de péril imminent (35).

A ces exceptions expressément prévues par les textes s'ajoute une atténuation jurisprudentielle au principe du respect du consentement. Amplement relayée par les médias, notamment quant au refus de transfusion des témoins de Jéhovah, la question du refus de soin soulève depuis longtemps de grandes difficultés (36). En écho à la jurisprudence de la Cour de cassation (37), la loi Kouchner comme la loi Léonetti, reconnaissent toutes deux clairement le droit de refuser des soins. Même si le refus ou l'interruption du traitement met sa vie en danger, le médecin doit « tout mettre en oeuvre pour convaincre [le patient] d'accepter les soins indispensables » (38). On a pu trouver la formule ambiguë, puisque la loi ne dit pas explicitement ce qu'il advient de faire en cas de renouvellement du refus d'un patient dont le pronostic vital est engagé. Le présent de l'indicatif, « le médecin doit respecter la volonté de la personne », suggère cependant une obligation (39). Bien qu'également consacré par la Cour européenne des droits de l'homme (40), le droit au consentement est d'application délicate, tant pour les médecins que pour les juges. Avant la loi de 2002, le juge administratif avait eu l'occasion de se pencher sur la question à propos de l'affaire dite « des témoins de Jéhovah » (41). Alors que le patient refusait une transfusion sanguine en raison de ses convictions, le médecin était passé outre sa volonté. Le juge administratif, rejetant la faute, avait cependant posé deux conditions à la légalité de l'intervention : l'acte devait être indispensable à la survie du patient et proportionné à son état. Depuis, loin de modifier sa jurisprudence au regard des dispositions claires de la loi de 2002, le juge contourne le texte. Saisi d'un référé-injonction, le Conseil d'Etat estime qu'une transfusion réalisée en dépit du refus du patient ne porte pas une « atteinte grave et manifestement illégale » à la liberté fondamentale que constitue le consentement aux soins dès lors que les deux conditions ci-dessus mentionnées sont respectées. Le juge poursuit en affirmant que « le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9 » (42). Jurisprudence *contra-legem* ?

D'application restrictive, les conditions cumulatives étant un garde-fou contre toute généralisation (43), elle n'en demeure pas moins attentatoire au principe du consentement posé par le législateur (44).

La dernière limite, mais non la moindre concerne plus particulièrement le secteur médico-social, où le respect du consentement pose des problèmes pratiques évidents. Le droit au consentement se heurte à la difficulté que peuvent éprouver des personnes vulnérables d'exprimer un avis « libre et éclairé ». Le consentement revêt pourtant ici une importance particulière dans la mesure où les usagers - personnes âgées, handicapées, mineurs délinquants ou personnes en situation d'exclusion - n'ont bien souvent pas été d'eux-mêmes vers les établissements et services sociaux et médico-sociaux (45), au contraire des patients qui ont, pour l'essentiel, fait la démarche d'aller à l'hôpital. Or, la loi de 2002 ne propose pas de solutions innovantes tenant compte de cette spécificité. Tout au plus peut-on mentionner la possibilité pour des organismes intermédiaires, telles les associations, d'assister les personnes vulnérables. Il est révélateur de constater que la loi est muette, notamment, quant au refus de prise en charge par la personne concernée. Le décret du 26 novembre 2004, codifié à l'article D. 311 du CASF, indique que lorsque la personne accueillie ou son représentant légal refuse la signature du contrat de séjour, il est procédé à l'établissement du document individuel de prise en charge, dont le contenu est identique au contrat de séjour. Le consentement est alors parfaitement illusoire. En tout état de cause, force est d'admettre que le contrat de séjour est bien plutôt la marque de la soumission de la volonté individuelle que celle du consensualisme (46). Si l'adjectif désincarné pour qualifier le principe du consentement est probablement un peu fort, les limites à son expression n'en demeurent pas moins certaines et les controverses qu'il soulève, déconcertantes.

Un principe controversé

Avec l'évolution considérable de la responsabilité médicale et hospitalière (47) s'est nouée une controverse autour du consentement du patient, en ce qu'il serait susceptible de se retourner contre ce dernier en cas de contentieux.

Le juge, administratif comme judiciaire, n'hésite pas à reconnaître la faute liée au défaut de recueil du consentement. Déjà, en 1986, le juge administratif avait retenu la responsabilité d'un centre hospitalier dans lequel une patiente avait, à la suite d'une césarienne, subi une ablation des trompes sans que son consentement ait été recueilli (48). Des sanctions pénales sont d'ailleurs prévues en cas de manquement à cette obligation de recueil du consentement dans certaines hypothèses, comme la recherche biomédicale par exemple. La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 24 février 2009 par lequel elle a considéré qu'un médecin qui a expérimenté un nouveau protocole sur un patient sans avoir au préalable recueilli, par écrit ou de toute autre façon, son consentement préalable, libre, éclairé et exprès, était coupable au regard de l'article 223-8 du code pénal (49).

Dans la loi Kouchner, rien n'est dit quant à la charge de la preuve du consentement. Mais, si l'on applique la solution retenue pour le droit à l'information, la charge de la preuve du consentement du patient est inversée et pèse sur le médecin (50). C'est ainsi que, dans l'arrêt du 30 mai 2011 précité, la Cour administrative d'appel de Nancy a jugé que dans la mesure où l'hôpital « n'établit pas avoir informé M. A des conditions de prise en charge du coût des prestations offertes dans la résidence... », dans la mesure où il n'établit pas non plus « que ce dernier aurait refusé de signer le contrat d'accueil qui lui aurait été soumis », l'hôpital ne s'est pas assuré « que toutes les informations utiles avaient été données au requérant » et a par conséquent « commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

En découle logiquement, pour éviter une mise en jeu trop fréquente de la responsabilité des professionnels, un accroissement du formalisme. En principe et contrairement à ce qui se passe dans certains pays, comme aux Etats-Unis par exemple (51), aucun formalisme n'est exigé. En d'autres termes, le médecin peut recueillir le consentement du patient par oral, au

cours de l'entretien qu'ils ont ensemble. Comme la preuve de l'information, il semble que la preuve du consentement puisse d'ailleurs être établie par tous moyens (52). Cela étant, on constate d'une part que, dans certaines hypothèses, comme en matière de recherche biomédicale (53) ou d'assistance médicale à la procréation (54), le formalisme est requis depuis longtemps. L'article L. 1111-10 sur les droits du malade en fin de vie indique également que « la décision du malade est inscrite dans son dossier médical ». D'autre part, de manière générale, le formalisme se développe, ce qui est logique compte tenu de l'inversion de la charge de la preuve. Il est de plus en plus fréquent que, pour se prémunir, le professionnel fasse signer un document attestant l'information délivrée au patient, « avec tous les risques de pression, de cruauté technique du propos et de rigidité du protocole de soin que cela comporte » (55).

En résultent, ainsi que le souligne l'article L. 1111-1 du CSP, de nouvelles responsabilités pour le patient (56) : dans la mesure où celui-ci a donné son accord à une technique médicale, il ne peut ensuite contester son application (57) ; de la même manière, « il ne saurait être reproché au médecin, qui doit respecter la volonté du malade, d'avoir éventuellement tardé à pratiquer une intervention vitale, alors qu'il ne pouvait la réaliser sans procéder, contre la volonté du patient, à une transfusion sanguine » (58). Le Conseil d'Etat a pu récemment considérer qu'un hôpital n'a commis aucune faute à propos d'un diagnostic prénatal dès lors que d'une part, la patiente avait signé le consentement écrit exigé pour effectué le dépistage sérique et était par conséquent informée de ce que cet examen ne permettait pas à lui seul d'établir le diagnostic de la trisomie 21 et que d'autre part, selon les résultats du diagnostic prénatal, elle n'appartenait pas au groupe à risque. Le fait que la patiente n'ait pas été informée qu'elle était proche du groupe à risque ne pouvait, aux yeux du juge, être constitutif d'une faute de nature à entraîner la responsabilité de l'hôpital (59). On voit se multiplier les cas où la signature d'un document met finalement l'établissement à l'abri d'une mise en jeu de sa responsabilité et neutralise le droit à réparation (60).

Dans le champ social et médico-social, la controverse est différente : la formalisation du consentement implique celle d'engagements réciproques consignés pour l'essentiel dans le contrat de séjour. Le risque est alors que le recours au juge soit considéré comme la solution la plus efficace pour faire respecter ces engagements et que se développe « une judiciarisation du travail social » (61).

Le bilan est donc en demi-teinte, les lois de 2002 n'ayant pas épuisé les difficultés liées à l'expression de la volonté d'usagers-patients qui, loin d'être clients, sont bien souvent captifs (62). Le propos est certainement exagérément pessimiste, mais il est des écueils, régulièrement mis en évidence dans le champ sanitaire, qu'il s'agissait de rappeler pour les rapprocher de ceux, moins évoqués, du secteur social et médico-social. En définitive, il semble que la consécration du droit au consentement constitue davantage une charge pour les professionnels qu'un réel progrès pour les usagers-patients : la relation entre eux n'en sort pas sensiblement améliorée, surtout lorsqu'elle s'achève devant le juge. Pour envisager le destin du droit au consentement sous de meilleurs auspices, l'idéal serait de puiser dans les lois de 2002 mais aussi dans la pratique, les outils à généraliser et les intermédiaires à mobiliser pour que ce droit ne soit ni incantatoire, ni détourné.

Mots clés :

ACTION SOCIALE * Généralités * Droit des usagers * Droit au consentement * Loi du 2 janvier 2002

AIDE SOCIALE * Institutions sociales et médico-sociales * Droit des usagers * Droit au consentement * Loi du 2 janvier 2002

MEDECINE * Droits des malades * Droit au consentement * Loi du 4 mars 2002

SECURITE SOCIALE * Droits des malades * Droit au consentement * Loi du 4 mars 2002

(1) Cet article fait partie d'un dossier ayant pour titre « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après » qui a été publié, outre la présente contribution, dans le n° 3/2012 de la RDSS de la façon suivante :

- Le contexte de l'élaboration de la loi du 2 janvier 2002, par Marcel Jaeger, p. 413
 - La confection des lois des 2 janvier et 4 mars 2002, par Olivier Renaudie, p. 421
 - L'information du patient et de l'utilisateur depuis les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002, par Guillaume Rousset, p. 431
 - Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002, par Danièle Cristol, p. 453
 - Le « souci de l'utilisateur » et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux, par Robert Lafore, p. 466
 - La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients, par Patrick Hassenteufel, p. 477
 - La loi du 4 mars 2002 a-t-elle changé la gestion de nos hôpitaux ?, par Marc Dupont, p. 486
- (2) Art. 30 du décret n° 47-1169 du 27 juin 1947, portant code de déontologie médicale.
- (3) Codifié à l'art. R. 4127-36 CSP.
- (4) Loi n° 75-17 du 17 janv. 1975.
- (5) Loi n° 94-653, 29 juill. 1994, art. 3.
- (6) Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.
- (7) Art. L. 223-1 à 223-8 CASF.
- (8) Loi n° 2002-2, 2 janv. 2002 codifié à l'art. L. 311-3 du CASF qui dispose que « l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux » et que, « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés... 3° Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché ».
- (9) Loi n° 2002-303, 4 mars 2002. L'art. L. 1111-4 al. 3 du CSP dispose 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 ».
- (10) Art. L. 1111-4 al. 3. Une très abondante littérature porte sur le droit au consentement ainsi proclamé. Sans souci d'exhaustivité, citons A. Dorsner-Dolivet, Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte, RFDA 2003. 528 ; M. Harichaux, Les droits à information et consentement de l'« usager du système de santé » après la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, RDSS 2002. 673 ; D. Roman, Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ?, RDSS 2005. 423 ; D. Truchet, Le consentement en droit de la santé, in J.-P. Caverni et R. Gori (dir.), Le consentement, Droit nouveau du patient ou imposture ?, Ed. In Press, Champs libres, p. 23.
- (11) Art. L. 311-3 §3. D. Everaert-Dumont, Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelles évolutions ?, Dr. soc. 2005. 311 et J.-M. Lhuillier, Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, Presses de l'EHESP, 4^e éd., 2009.
- (12) CA Paris 20 févr. 1992, D. 1993. Somm. 30, note J. Penneau, pour un test de dépistage

du VIH.

(13) Dans le secteur social et médico-social, la charte des droits et libertés des personnes accueillies issue de l'arrêté du 8 sept. 2003 et mentionnée à l'art. L. 311-4 du CASF reprend la loi du 2 janv. 2002 concernant les principes du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne ; elle y ajoute la possibilité d'être accompagné par la personne de son choix lors des démarches nécessitées par la prise en charge ou l'accompagnement ainsi qu'un droit à la renonciation, qui permet à l'usager, à l'instar du patient, de changer d'avis. De même, la charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, issue de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, proclame dans son article 7 le droit à l'autonomie, impliquant que le majeur protégé prenne, autant que possible, toutes les décisions le concernant. Dans le secteur sanitaire, la charte de la personne hospitalisée consacre trois articles au consentement du patient (circ. du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, art. 4, 5 et 6).

(14) L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005. E. Alfandari et P. Pedrot, La fin de vie et la loi du 22 avril 2005, RDSS 2005. 751¹ ; J. Pradel, La Parole assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, D. 2005. 2016² ; F. Vialla, Droits des Malades et fin de vie, D. 2005. 1797³.

(15) Art. L. 1110-10 CSP.

(16) C. Byk, Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit, RGDM, n° 3, 1999. 16.

(17) CE, ord., 16 août 2002, *M^{me} F.*, LPA, n° 61, 2003. 4, note C. Clément ; JCP 2002. II. 10184, note P. Mistretta ; Dr. adm. 2002 n° 188, obs. E. Aubin.

(18) Homère, L'Iliade, IV, 43 - IX^e s. av. J.-C.

(19) A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, Droit de la santé, PUF, Thémis, 2009, p. 357.

(20) P. Lokiek, La décision médicale, RTD civ. 2004. 641⁴.

(21) Ces dispositions sont à rapprocher de celles relatives à la contraception et à l'IVG, pour lesquelles le consentement de la mineure est seul requis, dans la mesure où ces actes relèvent de son intimité : art. D. 5134-1 CSP pour la contraception et L. 2212-7 CSP pour l'IVG. Sur la question, V. aussi A. Kimmel-Alcover, L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé, RDSS 2005. 265⁵.

(22) Art. L. 1111-6 CSP.

(23) Art. R. 1111-17 CSP.

(24) Art. L. 311-4 CASF. La loi du 2 janv. 2002 n'a fait que parachever un mouvement amorcé il y a une dizaine d'années par la loi du 6 juill. 1990 concernant l'hébergement des personnes âgées et par celle du 24 janv. 1997 instituant la prestation spécifique dépendance, en étendant le principe d'un lien contractuel à l'ensemble des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

(25) Le décret du 26 nov. 2004 détaille les conditions de cette élaboration. Pour des précisions sur le contrat de séjour, V. J.-M. Lhuillier, *op. cit.*, p. 138 et s.

(26) Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1998, *Maison de retraite Fleury*, n° 96-17.515.

(27) CAA Nantes, 18 mai 2007, *M. René X. c/ CCAS de St Malo*, n° 06NT00419 : « considérant que le CCAS de Saint-Malo fonde les titres de perception contestés sur les clauses du contrat de séjour [...] ; que cet établissement [...] n'a pas été en mesure de justifier d'un exemplaire revêtu de la signature originale de M. X alors même que celui-ci conteste »

sérieusement l'authenticité de sa signature figurant sur ce document ; que, par suite, son consentement à cet engagement n'est pas établi ».

(28) CAA Nancy, 30 mai 2011, M. Philippe A., n° 10NC01016. Et la Cour de poursuivre que « par suite, la circonstance que M. A n'aurait pas signé un contrat de séjour ou que M^{me} A n'aurait pas pu donner son consentement sont sans incidence sur le droit pour le centre hospitalier de Gérardmer de réclamer les sommes dues par cette dernière au titre de son hébergement dans la résidence Forgotte ».

(29) Art. L. 1111-6 du CSP. C. Esper, La personne de confiance, Gaz. Pal. 15-17 déc. 2002, p. 13 ; A. Gabriel, La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, PU Aix-Marseille, 2004 ; CNOM, Rapport du 8 oct. 2010.

(30) A.-M. Ceretti, L. Albertini, Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Rapport, avr. 2011, p. 67. Sondage réalisé par l'Institut BVA en sept. 2010.

(31) Rapport précité.

(32) J.-M. Lhuillier, *op. cit.*, p. 44.

(33) Art. L. 1111-4 al. 4 CSP. M. Dupont, C. Bergoignan-Esper, C. Paire, Droit hospitalier, p. 671. Sur l'art. L. 3131-1 CSP, V. D. Truchet, L'urgence sanitaire, RDSS 2007. 411.

(34) Art. 706-47-1 c. pr. pén.

(35) Ce dispositif doit permettre de pallier les lacunes du système précédant quant aux personnes totalement désocialisées pour lesquelles aucun tiers n'était trouvé. V. not., sur cette loi, M. Couturier, La réforme des soins psychiatriques sans consentement : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle, RDSS 2012. 97. Décision n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011.

(36) CCNE, avis n° 87, 14 avr. 2005, Refus de traitement et autonomie de la personne.

(37) Civ. 2^e, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 86, n° 93-10.914, D. 1997. 106 ; GADS 2010, n° 11-12 ; RTD civ. 1997. 632, obs. J. Hauser ; *ibid.* 675, obs. P. Jourdain.

(38) Art. L. 1111-4 CSP.

(39) En outre, puisque la loi a expressément prévu que le médecin pouvait passer outre le refus de traitement concernant un mineur ou un majeur protégé, si le refus procède du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur (art. L. 1111-4 CSP), cela implique qu'*a contrario*, le texte interdit qu'il puisse être fait obstacle au refus du patient majeur capable.

(40) CEDH 29 avr. 2002, *Pretty*. La CEDH et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins, AJDA 2003. 1383.

(41) CE, Ass., 26 oct. 2001, *Senanayaké*, Lebon ; AJDA 2002. 259, note M. Deguerge ; D. 2001. 3253, et les obs. ; GADS 2010, n° 9-10 ; RFDA 2002. 146, concl. D. Chauvaux ; *ibid.* 156, note D. de Béchillon ; RDSS 2002. 41, note L. Dubouis ; RTD civ. 2002. 484, obs. J. Hauser.

(42) CE 16 août 2002 (précité).

(43) M. Deguerge, Le juge, la liberté du malade et l'éthique du médecin, AJDA 2002. 717 ; Y. Lachaud, Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002 : premières décisions de la jurisprudence administrative, Gaz. Pal. 15-17 déc. 2002, p. 19.

(44) A. Dorsner-Dolivet (précité).

(45) Le choix du service ou de l'établissement prévu par l'art. L. 311-3 2° CASF est en outre, pour ces personnes, souvent illusoire compte tenu du caractère déficitaire de l'offre dans certains domaines.

(46) F. Rolin, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, RDSS 2007. 38 ; S. Moulay-Leroux, Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ?, A propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux, RDSS 2012. 5.

(47) D. Truchet, Droit de la santé publique, D. 2009. 233.

(48) TA Besançon 6 juin 1986, cité par J. M. Clément, Droits des malades et bioéthique, Berger Levrault, 1996, p. 56 et s., et CE 29 janv. 1988, Gaz. Pal. 1988, 1, somm. p. 226.

(49) Crim. 24 févr. 2009, n° 08-84.436, D. 2009. 2087 ; note P.-J. Delage ; *ibid.* 2825, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; *ibid.* 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; GADS 2010, n° 84 ; AJ pénal 2009. 227, obs. G. Royer ; RDSS 2009. 561, obs. D. Cristol ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 695, obs. J. Hauser.

(50) La loi confirme la jurisprudence Hedreul. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75, repris à l'art. L. 1111-2 al. 7 CSP qui dispose 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 légales. V., à ce sujet, A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *op. cit.*, p. 355.

(51) M. Dupont, C. Bergoignan-Esper, C. Paire, *op. cit.*, p. 673.

(52) Art L. 1111-2 al. 7 CSP.

(53) Art. L. 1111-4 al. 1 CSP.

(54) Art. L. 2141-3 et s. CSP et L. 2131-4 CSP ; L. 1244-2 CSP.

(55) D. Truchet, Le consentement en droit de la santé (*op. cit.*), p. 30.

(56) V., à ce sujet, Les obligations du patient, Actes du colloque de l'Association française de droit de la santé, RGDM 2003, n° 11, p. 9.

(57) Dijon 25 janv. 2000, *SARL Clinique du Val Fleuri et autres*, JCP 2000. IV. 2631, obs. G. Viney ; D. 2001. 3559, note M. L. Mathieu-Izorche.

(58) CA Aix-en-Provence, 21 déc. 2006, n° 325829.

(59) CE 13 mai 2011, n° 317808, *Delannoy (M^{me})*, Verzele, Lebon ; AJDA 2011. 991 ; *ibid.* 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2011. 772, concl. J.-P. Thiellay ; *ibid.* 806, note M. Verpeaux ; RDSS 2011. 749, note D. Cristol ; Constitutions 2011. 403, obs. X. Bioy.

(60) V. également, CAA Versailles 25 mai 2010 : « l'inscription de M. C sur la liste des malades à transplanter, dont il n'est pas soutenu qu'elle lui aurait été imposée, révèle, dans les circonstances de l'espèce, le consentement du patient au principe d'une transplantation », alors même que le patient n'était pas venu à deux consultations, avait exprimé certaines inquiétudes et envisagé avec les praticiens hospitaliers une autre possibilité de transplantation, par le biais d'un don familial. Le patient est réputé avoir donné son consentement, la responsabilité de l'hôpital ne saurait être engagée.

(61) J-M. Lhuillier, *op. cit.*, p. 159.

(62) M. Chauvière, M. Godbout (dir.), Les usagers entre marché et citoyenneté, L'Harmattan, 1992, et C. Humbert (dir.), Les usagers de l'action sociale, sujets, clients ou bénéficiaires, L'Harmattan, 1991.