



HAL
open science

Les dépistages sur le corps humain à l'épreuve du droit des personnes

Clément Cousin

► **To cite this version:**

Clément Cousin. Les dépistages sur le corps humain à l'épreuve du droit des personnes. Responsabil- ités, 2015, 15 (57). halshs-02117283

HAL Id: halshs-02117283

<https://shs.hal.science/halshs-02117283v1>

Submitted on 13 May 2019

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.

RESPONSABILITÉ

REVUE DE FORMATION SUR LE RISQUE MÉDICAL

DOSSIER

La relation patient-soignant

- 11 VIE PROFESSIONNELLE**
→ Extravasations iatrogènes de produits cytotoxiques ou hyper osmolaires

- 22 PROTECTION JURIDIQUE**
→ Insuffisance professionnelle : le contrôle des Ordres

- 28 REGARD INTERNATIONAL**
→ GPA à l'étranger : la France condamnée par la CEDH



Outil de santé publique, le dépistage peut impliquer une atteinte corporelle de la personne qui s'y soumet, pour effectuer un diagnostic. Comment concilier l'action politique qu'est le dépistage avec le respect de l'autonomie de la personne ?

Les dépistages sur le corps humain à l'épreuve du droit des personnes

CLÉMENT COUSIN, ATER À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), DOCTORANT EN DROIT, MEMBRE DE L'INSTITUT DE L'OUEST : DROIT EUROPE (IODE), UMR N°6262 UNIVERSITÉ DE RENNES 1 – C.N.R.S., FRANCE ET DU RÉSEAU DOCTORAL EN SANTÉ PUBLIQUE ANIMÉ PAR L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SANTÉ PUBLIQUE (EHESP)

L'organisation mondiale de la santé (OMS) définit le dépistage comme consistant à « identifier de manière présomptive, à l'aide de tests, d'examens ou d'autres techniques susceptibles d'une application rapide, les sujets atteints d'une maladie ou d'une anomalie passée jusque là inaperçue »¹. Ces tests ont pour but l'orientation vers un praticien pour confirmer le résultat du diagnostic et, si besoin, la mise en place d'un traitement. Dans les pays occidentaux, les dépistages concernent maintenant des pathologies complexes (VIH, cancers, pathologies

invalidantes, etc.) afin d'anticiper leur traitement² ou d'assurer une prise en charge précoce.

L'une des caractéristiques des dépistages est leur tendance à la « massification » par des dépistages organisés³. La Haute autorité de santé (HAS) a ainsi proposé de passer des dépistages spontanés et individuels aux dépistages organisés pour le VIH⁴.

Outil de santé publique aux implications individuelles, le dépistage réalise un équilibre entre les masses et les individus.

➤ Un outil de santé publique

L'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946⁵, en proclamant que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé [...] » garantit tant la protection de la santé individuelle⁶ que collective.

La protection de la santé collective prend des formes variées. Il s'agit, par exemple, d'assurer la pérennité de l'assurance maladie⁷ ou de modérer des franchises médicales⁸. La santé collective est aussi assurée par un système de surveillance de la santé de la population⁹ et des capacités de réponses en cas de crise sanitaire¹⁰.

« OUTIL DE SANTÉ PUBLIQUE AUX IMPLICATIONS INDIVIDUELLES, LE DÉPISTAGE RÉALISE UN ÉQUILIBRE ENTRE LES MASSES ET LES INDIVIDUS. »

Outre ces mesures générales, il existe un ensemble de mesures prophylactiques aux conséquences individuelles. La mesure la plus utilisée est la vaccination improprement qualifiée d'obligatoire. La seule possibilité pour renforcer leur effectivité est de conditionner leur réalisation au bénéfice d'une prestation étatique ou de sanctionner leur non-réalisation par une peine pénale. Aussi,



© DR.

un enfant non vacciné peut-il être privé de l'accès à une collectivité¹¹ et un professionnel de santé interdit de pratique dans une structure de soins¹².

L'une des questions en matière de dépistage est celle de la légitimité de la mesure politique prise, car l'efficacité dépend non seulement de diverses propriétés techniques (sensibilité, coût, etc.), mais aussi de l'adhésion des populations ciblées. Cette adhésion dépend de la communication autour du dépistage, mais aussi de sa légitimité scientifique, les controverses scientifiques ayant un impact négatif¹³.

La structure juridique des politiques de dépistages est variée : pratiques non structurées ne reposant que sur la volonté collective des soignants¹⁴, pratiques issues de la recherche médicale, spontanément structurées au sein d'associations et ayant reçu l'appui des autorités sanitaires¹⁵, pratiques structurées à l'initiative des pouvoirs publics (principalement des dépistages du cancer).

Le dépistage est ainsi une politique de persuasion des personnes à pratiquer un acte sur leur corps pour découvrir une pathologie. L'action politique reste donc hypothétiquement traduite par un comportement individuel.

Le droit sur le corps humain est en partie structuré sur la notion de dignité, visée à l'article 16 du Code civil et à l'article L. 1110-2 du CPS. La dignité génère un principe d'inviolabilité proclamé à l'alinéa 2 de l'article 16-1 du Code civil. Dès lors, les atteintes au corps ne pourront être réalisées que pour une cause légitime et dans le respect de l'autonomie de l'individu¹⁶. Si la légitimité des dépistages est attestée par des campagnes mises en œuvre par les pouvoirs publics, la réalisation des actes nécessaires à leur efficacité - les diagnostics - ne peuvent, eux, se passer du respect de l'autonomie de la personne.

➔ **Le consentement à l'atteinte corporelle nécessaire au diagnostic provoqué par le dépistage**

Les méthodes de détection des pathologies recherchées impliquent une violation de l'enveloppe corporelle ou de l'intimité,



© DK

même minime (recueils de sang, balayage au laser du fond de l'œil pour la DMLA, échographies ou radiographies).

Le consentement imposé par l'article 16-3 du Code civil et complété par l'article L. 1111-4 du CSP doit être libre et éclairé par une information préalable, apportée au cours d'un entretien individuel.

Un consentement renforcé est recherché en cas de don d'organe par une personne vivante au bénéfice d'autrui¹⁷. Dans d'autres cas, le droit altère le consentement en faisant peser une menace sur le refus de consentir (vaccinations obligatoires ou recueil d'ADN dans les procédures pénales¹⁸).

Cependant, il n'y a à ce jour aucun consentement présumé et aucune norme ne prévoit d'exception à cette exigence de consentement en matière de dépis-

tage. Ainsi, tout acte de diagnostic provoqué par un dépistage n'ayant pas donné lieu à un consentement préalable est illégal.

➔ **Tout évitement du consentement est illégal !**

L'habitude de certaines pratiques médicales semble avoir eu raison de l'impératif

du consentement dans certains cas, ce qui a été dénoncé dans le cas du dépistage du cancer du sein¹⁹. Le plan de dépistage du cancer du sein permet à la patiente de se pré-

senter directement chez un radiologue pour subir une mammographie, après réception d'une lettre d'invitation envoyée par la structure de gestion. Or, l'information doit être délivrée avant l'acte, au cours d'un entretien individuel avec le praticien, avec un intervalle de temps avec l'acte²⁰. Les prescriptions de la loi ne sont donc pas respectées, ■ ■ ■

« IL N'Y A À CE JOUR AUCUN CONSENTEMENT PRÉSUMÉ ET AUCUNE NORME NE PRÉVOIT D'EXCEPTION À L'IMPÉRATIF DU CONSENTEMENT EN MATIÈRE DE DÉPISTAGE. »



© DR.

■ ■ ■ ce qui rend nul l'arrêté²¹ instaurant cette mesure.

La même dérive existe en matière de diagnostic néonatal concernant la phénylcétonurie, l'hypothyroïdie congénitale de l'hyperplasie congénitale des surrénales et la mucoviscidose. Dans la majorité des cas, les échanges sont très succincts entre les personnels soignants et les patientes²², alors même que le dépistage suppose un prélèvement sanguin qui est une violation de l'intégrité physique de l'enfant, protégée par le principe d'invulnérabilité. Et peu importe que cette atteinte soit minime et parfaitement légitime car ayant un ratio coût-bénéfice largement positif.

Cet acte, comme tout diagnostic, doit d'autant plus être consenti qu'il fait naître une information sensible. D'une part, il n'existe aucune contrainte à se rendre chez un médecin. D'autre part, il existe un droit de refuser les soins. Enfin, et quand bien même l'acte aurait été effectué et aurait produit son information, la personne dispose d'un droit de ne pas la connaître, sauf si des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Un mécanisme spécial a été créé pour les diagnostics génétiques. En cas de refus de la personne de connaître les résultats de l'analyse, elle peut déléguer au médecin la tâche de prévenir sa famille en cas d'affection génétique grave²³. Le droit protège donc expressément l'accès

à l'information qui transforme la vie de la personne, la faisant passer de « personne en bonne santé » à « personne malade ». Du fait de la sensibilité de l'information obtenue, il faut informer la personne, préalablement à l'acte, sur la nature de la maladie recherchée et sur l'intégralité du traitement envisageable en cas de découverte de la maladie. En somme, cette problématique peut être résolue par un dialogue approfondi avec le médecin qui permettra de lever la peur du diagnostic et donc de la maladie.

« IL FAUT INFORMER LA PERSONNE, PRÉALABLEMENT À L'ACTE, SUR LA NATURE DE LA MALADIE RECHERCHÉE ET SUR L'INTÉGRALITÉ DU PROCESSUS ENVISAGEABLE. »

A un temps été émise l'idée de dépistages obligatoires et de consentements présumés aux dépistages (dépistage opt-out). Leur abandon indique qu'intérêts collectifs et individuels sont aujourd'hui conciliés par un recul du collectif. Reste le problème du non respect de l'autonomie de la personne.

➔ Pour clarifier : distinguer le dépistage, mesure politique, du diagnostic, acte médical

Nous proposons donc de distinguer le dépistage, qui correspondrait à l'action politique, c'est-à-dire à la stratégie menant les personnes à « se faire diagnostiquer », et diagnostic, mesure individuelle, connue des soignants comme nécessitant le respect de l'autonomie du patient et donc le recueil de son consentement.

Cette distinction aurait l'avantage de signifier clairement, et à moindre frais, la nécessité du respect de l'autonomie. ■

1. J.M.G. WILSON et G. JUNGNER, « Principes et pratique du dépistage des maladies », OMS, Genève, 1970.

2. En matière de cancer, la prise en charge précoce est hautement corrélée à une bonne survie.

3. Pour une comparaison entre dépistages organisés et dépistages individuels, cf. HAS, « État des lieux et recommandations pour le dépistage du cancer du col de l'utérus en France », juillet 2010, p. 72 ss.

4. Cf. S. PARICARD, « Le dépistage systématique du VIH : une évolution majeure proposée par la Haute Autorité de santé », RDSS, 2010, p. 299.

5. Ce préambule a été intégré depuis la décision « liberté d'association » au sein du « bloc de constitutionnalité » (Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, n° 71-44 DC). Il bénéficie donc du rang de norme constitutionnelle.

6. Un « droit à » la santé est absurde. cf. sur ces questions le rapport du Conseil d'État « Réflexions sur le droit de la santé », 1998, p. 238 et l'article de D. COHEN, « Le droit à... » in « L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré », PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999.

7. Le Conseil constitutionnel a ainsi contrôlé l'ONDAM sur le point de savoir s'il n'est pas trop bas. Cf. Conseil constitutionnel, 16 décembre 1004, n° 2004-508 DC, §12 ss.

8. Cf. Conseil constitutionnel, 12 août 2004, n° 2004-504 DC, §13.

9. C'est la mission de l'INVS. Cf. art. L. 1413-2 et R. 1413-1 CSP.

10. Ces moyens sont entre les mains de l'ARS, organe déconcentré de l'État. Cf. leurs missions visées à l'article L. 1431-2 du CSP

11. Art. L. 3111-2 CSP.

12. Art. L. 3111-4 CSP.

13. HAS, « La participation au dépistage du cancer du sein des femmes de 50 à 74 ans en France. » Nov. 2011, p. 4.

14. C'est le cas du « dépistage » du syndrome de Down. Aucune politique explicite n'existe à son sujet et ce « dépistage » n'est permis que par l'existence, au sein de la classification commune des actes médicaux, des actes d'échographie et d'amniocentèse (section 09.01, CCAM V24).

15. Dépistage néonatal, structuré grâce à l'Association française pour le dépistage et la prévention des handicaps de l'enfant, responsable de la coordination des dépistages néonataux en France.

16. Art. 16-3 du Code civil.

17. Art. L. 1231-1 CSP.

18. Art. 706-56 du Code pénal.

19. LELIÈVRE S. et M.-L. MOQUET-ANGER « Communication et responsabilités en matière d'information sur le dépistage du cancer du sein, Revue de droit sanitaire et social, 2009, p. 490.

20. CA Aix-en-Provence 2 oct. 2007, n° 05/22529.

21. Arrêté du 29 septembre 2006 relatif aux programmes de dépistage des cancers, Annexe n° III-A, §C.1.

22. VAILLY J., « Naissance d'une politique de la génétique : dépistage, biomédecine, enjeux sociaux », PUF, coll. « Partage du savoir », 2011, p. 157 ss.

23. Art. L. 1131-1-2 CSP.

Une version augmentée de cet article est à paraître dans le prochain numéro de la revue *Le prisme à idées*.

