

Réflexions sur la fondamentalisation des droits des patients. L'exemple de la violation du consentement

RDSS 2022. 216

Caroline Lantero, MCF HDR en droit public, UCA, CMH UPR 4232

La formule « *droit fondamental à* » est gravée dans le tout premier article du code de la santé publique, lequel consacre « le droit fondamental à la protection de la santé » (art. L. 1110-1). Cet incipit ne doit pour autant pas laisser croire à une fondamentalité de tous les droits des patients énumérés par la suite et créés par la loi du 4 mars 2002 : le droit au respect de la dignité, le respect de sa vie privée et du secret, le droit de recevoir les soins les plus appropriés, le libre choix de son praticien, l'accès à des soins palliatifs, le droit à l'information, le droit de consentir à un soin ou de le refuser, le droit de désigner une personne de confiance, le droit à la communication de son dossier médical. La loi a marqué une étape décisive en transcendant le simple miroir des devoirs déontologiques ou contractuels des praticiens. Après vingt ans d'application, si tous ces droits n'ont pas été hissés au rang de droit fondamental, certains ont été particulièrement valorisés. Par « fondamentalisation », on retiendra ici l'idée d'un processus abouti de valorisation et de diffusion de ces droits¹. En la matière, un droit ne naît pas fondamental, il le devient.

Emblématiques de ce phénomène, le droit à l'information et le respect du recueil du consentement s'imposent à l'évidence comme objets de l'analyse, d'autant plus qu'ils sont très rarement dissociables. Mais c'est de la seule violation « sèche » du consentement dont il sera question dans ces lignes, même si la sanction du défaut d'information ouvre bien souvent la voie des solutions jurisprudentielles. L'observation du processus de fondamentalisation du droit au respect du consentement montre qu'elle est très probablement achevée² (I). Toutefois, et à l'instar de nombreux droits fondamentaux proclamés, le résultat d'un tel processus n'est pas toujours à la hauteur de ce que l'on pourrait attendre, sauf à changer de point d'observation (II).

I. La fondamentalisation du droit au respect du consentement

Si les patients n'ont longtemps bénéficié que d'un minimum de considération intellectuelle de la part du monde médical³, le droit au respect du consentement avait évolué dès avant la loi de 2002 (A). Celle-ci a clairement permis de consolider la fondamentalité de ce droit (B).

A. Montée en puissance du droit au respect du consentement

¹ Pour aller plus loin : L. Benezech, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2021, 782 p.

² Pour certains, c'est totalement acquis : C. Bergoignan-Esper, « Le consentement médical en droit français », *Laennec*, 2011/4, n°59, pp. 15-23

³ F. Chaltiel, « Devoir d'information du patient et responsabilité hospitalière », *RDP*, 2002, p. 1168 ; N. Albert, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA* 2003, p. 353 ; A. Lecas et C. Berland-Benhaim, « Le consentement au soin replacé dans une perspective historique », *in AFDS*, A. Laude (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2017, p. 19-34.

Le juge judiciaire avait jugé dès 1942, dans le célèbre arrêt *Teyssier*, que l'obligation de recueillir le consentement était « imposée par le respect de la personne humaine » et que sa méconnaissance constituait une atteinte grave aux droits du malade et un manquement du médecin à ses devoirs professionnels⁴. Les prémices étaient là, avant que le terme « droit fondamental » n'intègre le droit positif français, avant même que le recueil du consentement du malade n'entre dans le code de déontologie⁵. En jugeant ainsi, et sur le fondement délictuel⁶ de la responsabilité du médecin, le juge judiciaire avait posé les bases d'une analyse « fondamentaliste » de ce droit du malade soixante ans avant la loi du 4 mars 2002. Mais cette dynamique est restée relativement isolée⁷, le patient est redevenu cet « ignorant de sa misère », ne pouvant « pas vraiment consentir, ni à ce qui lui est affirmé ni à ce qui lui est proposé »⁸, et le défaut de recueil de consentement est retombé dans le manquement contractuel⁹. Le code de déontologie de 1979 prescrivait certes que la volonté du patient soit respectée, mais dans la seule « mesure du possible »¹⁰. Il a fallu attendre 1994 et les lois dites de bioéthiques pour que le législateur assure « la primauté de la personne », interdise « toute atteinte à la dignité de celle-ci », garantisse « le respect du corps humain dès le commencement de la vie » (art. 16 du Code civil) et consacre le principe du consentement à l'acte médical lorsqu'il est susceptible de porter atteinte à l'intégrité du corps humain (art. 16-3). À l'occasion du contrôle de ces lois, le Conseil constitutionnel a quant à lui consacré le « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », ainsi que le principe de « liberté »¹¹. La voie était libre pour le retour de la jurisprudence *Teyssier* avec, désormais, le renfort d'un double fondement constitutionnel.

Assez rapidement, mais il s'agissait de devoir d'information, la Cour de cassation a estimé que le devoir du médecin d'informer son patient des risques encourus trouvait son fondement « dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »¹². Puis, statuant également sur des faits antérieurs à la loi du 4 mars 2002, érigea de manière fort remarquable en 2010, au visa des « articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du Code civil »¹³, le droit à l'information en droit subjectif invocable et réparable sur un fondement délictuel de la responsabilité et, dans la foulée, procédera de la même façon pour la violation du consentement. Toujours sur le fondement délictuel, et au visa des « principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain » la Cour de cassation estime que le défaut d'information entraîne *ipso facto* une violation du consentement, et juge que le patient en subit nécessairement un préjudice¹⁴. Elle pose ainsi le principe d'un préjudice inhérent à la violation du consentement dont la réparabilité est admise sans que le patient n'établisse ou ne précise l'existence et l'étendue

⁴ Et en l'espèce, puisqu'il s'agissait d'un médecin de l'hôpital public, d'une « faute personnelle détachable du service » : Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 1942, *Teyssier*, Bull. n° 177 et 178.

⁵ Le code de 1947 ne l'abordait pas du tout, sauf s'agissant de l'avortement thérapeutique « Si la malade, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention, le médecin doit s'incliner devant la volonté librement exprimée de sa malade » : art. 32, décret n° 47-1169 du 27 juin 1947.

⁶ Alors que l'arrêt Mercier avait contractualisé la responsabilité médicale quelques années auparavant : Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1936, *Mercier*, D. 1936, 1, 88.

⁷ Une seule illustration : CA Douai, 10 juil. 1946, Gaz. Pal., 1946. 2. p. 151 : C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2020, 3^e éd., p. 9.

⁸ L. Portes, Président de l'Ordre des médecins, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, 1964, p. 163.

⁹ Cass. Civ. 1., 11 fév. 1986, Michel, n° 84-10.845., Bull.

¹⁰ Article 7 du décret n° 79-506 du 28 juin 1979.

¹¹ CC, 27 juil. 1994, n°94-343 et 94-344 DC.

¹² Cass. Civ. 1, 9 oct. 2001, n° 00-14.564.

¹³ Cass. Civ 1, 3 juin 2010, n° 09-13.591, Bull., I., n° 128

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, CPAM du Morbihan, n° 11-18.327, Bull. I., n°129.

du préjudice moral éprouvé. Nous avons là tous les marqueurs du « droit fondamental » : un socle normatif supérieur, un droit subjectif, une réparabilité automatique.

Les marqueurs sont beaucoup moins visibles chez le juge administratif qui reconnaît sans difficulté qu'une violation du consentement est fautive,¹⁵ mais ne fait pas du respect du consentement un droit subjectif, ni ne déduit de la méconnaissance du droit à l'information une violation du consentement. Dans la célèbre affaire *Senanayake* de 2001, le Conseil d'État devait statuer sur la responsabilité d'un centre hospitalier ayant soigné un patient en méconnaissance de sa volonté de ne pas subir de transfusion sanguine. A l'époque des faits (en 1991), aucun texte ne permettait de fonder une solution plutôt qu'une autre et il a tranché littéralement au milieu, en soulignant que la volonté du malade doit être respectée, mais sans retenir de faute en l'espèce¹⁶. Cette décision, comme les conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement¹⁷, étaient clairement un appel à une intervention du législateur¹⁸.

B. La loi de 2002 et le parachèvement de la fondamentalisation

Lorsque la loi est intervenue et a affirmé que le « médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne » et qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » (art. L. 1111-4 du code de la santé publique), les juges ont disposé d'un fondement clair et précis pour garantir ce droit du patient sans chercher à le fondamentaliser plus avant. C'est pourtant ce qu'ils vont faire.

1. Le droit au respect du consentement adossé à un principe constitutionnel

Le Conseil d'État le premier, en érigeant dès 2002 le « droit pour un patient majeur de donner (...) son consentement à un traitement médical » en liberté fondamentale (au sens du référé-liberté)¹⁹, au visa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, mais aussi de l'article 16-3 du Code civil, très probablement pour renforcer la justification de la fondamentalité de ce droit²⁰. Par la suite, renoncera au visa du Code civil, probablement pour asseoir son pouvoir de faiseur de libertés fondamentales. Notons que dans une ordonnance de 2005 à l'occasion de laquelle il a d'ailleurs refusé de considérer le droit à la santé comme une liberté fondamentale, il a dégagé d'office le caractère fondamental du consentement libre et éclairé du patient faisant l'objet de soins sans référence à l'article 16-3 du Code civil, mais en mentionnant tout de même « le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle »²¹. On relève également que le juge des référés du TA de Lille a, peu après l'ordonnance *Feuillatey*, précisé que les dispositions de l'article L. 1111-4 « réglementent le principe de l'inviolabilité du corps humain qui se rattache au principe constitutionnel de la sauvegarde de la personne humaine et de la liberté individuelle »²². Si les droits fondamentaux constitutionnellement protégés ne sont pas toujours le support visible (parce

¹⁵ CE 17 fév. 1988, Bourny, n° 76417, Rec. p. 73 et CAA Lyon, 7 avr. 2009, Veille, n° 04LY01668.

¹⁶ CE, 26 oct. 2001, *Senanayake*, n° 198546, Rec. p. 514.

¹⁷ D. Chauvaux, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », RFDA 2002, 146.

¹⁸ D. de Bechillon, « La responsabilité du fait de la transfusion sanguine », RFDA 2002. 156.

¹⁹ CE, ord. 16 juil. 2002, *Feuillatey*, n° 249552, Leb. p. 309.

²⁰ O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, LGDJ, Institut Varenne, vol. 9, 2007, p. 161.

²¹ CE, 8 sept. 2005, Bunel, n° 284803

²² TA, Ord., Lille, 25 août 2002, n° 02-3138.

que visé) des décisions du juge administratif, ils planent tout de même au-dessus de leurs décisions.

Le juge judiciaire a poursuivi quant à lui sa politique jurisprudentielle, au visa désormais de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique plutôt que de l'article 1382 (nouveau 1240) du Code civil, et toujours de l'article 16-3 du Code civil²³.

2. Réparabilité et présomption de préjudice

Au-delà du socle constitutionnel, les juges ont développé un autre mécanisme concourant à la manifestation d'une « fondamentalisation » de certains droits des patients. Ils ont aménagé un régime de responsabilité privilégiant la réparation automatique de l'atteinte à un droit fondamental ou, à tout le moins, acceptant la présomption du préjudice issu d'une méconnaissance d'un droit fondamental. Ces aménagements émergent dans les années 2010 et viennent consolider la fundamentalité de certains droits des patients²⁴.

Après avoir estimé en 2010 que la méconnaissance du droit à l'information « *cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* »²⁵, consacrant ainsi la réparation automatique de la seule violation du droit²⁶, la Cour de cassation a réduit la portée de cette décision en 2014 en réintégrant la nécessité qu'un risque se réalise et en précisant que le défaut d'information cause « *un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque* »²⁷. Elle rejoignait ainsi le juge administratif, qui, dans le domaine du défaut d'information, avait toujours refusé l'idée de réparabilité d'un préjudice causé par la seule atteinte à un droit²⁸. Mais l'un et l'autre ont alors choisi de promouvoir une présomption de préjudice causé par le défaut d'information²⁹, ce qui produit des effets similaires³⁰. Il s'agit là, en effet, d'un indice d'achèvement de fondamentalisation des droits, sans avoir nécessairement à les labelliser ainsi, ou à les adosser à un principe fondamental inscrit dans une norme supérieure³¹. L'abaissement des exigences de mode probatoire est assez symptomatique de la fondamentalisation des droits et l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut le cas échéant être observée³² puisqu'elle est réputée baisser ses standards de preuve en cas d'atteinte à une liberté fondamentale³³.

²³ Par ex. Cass. Civ. 1, 15 janv. 2015, 13-21.180, Bull. I., n°13.

²⁴ X. Dupré de Boulois, « La présomption de préjudice : un élément du régime juridique des droits fondamentaux ? », RDLF 2012., chron. 10.

²⁵ Cass. Civ. 1, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

²⁶ Jurisprudence réitérée dans Cass. Civ. 1, 12 juin 2012, n° 11-18.327, et Cass. Civ. 1, 12 juil. 2012, n° 11-17.510.

²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2014, n° 12-22123.

²⁸ CE 10 oct. 2012, Beaupère et Lemaitre, n° 350426.

²⁹ CE, 16 juin 2016, Champeaux, n° 382479 ; Cass. Civ. 1, 25 janv. 2017, n°15-27.898, Bull.

³⁰ F. Violla, « Responsabilité médicale (défaut d'information) : indemnisation du préjudice moral, Conseil d'État 16 juin 2016 », D. 2016, p. 1501.

³¹ N. Albert-Moretti, « Les présomptions de préjudice », Droit adm. N° 8-9, août 2018, 9 ; C. Paillard, « Droits fondamentaux et présomption de préjudice en droit de la responsabilité administrative », RDLF 2013, Chron. n° 16.

³² L. Benezech, *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc. et A.-B. Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Pedone, 2012, 436 p.

³³ K. Blay-Grabarczyk, « L'incertaine présomption de préjudice pour violation d'un droit protégé par la Convention EDH », RDLF 2013, chron. n°2.

S'agissant de la violation du consentement, il semble bien que la réparabilité automatique soit acquise. Et c'est le juge administratif qui en a donné l'illustration la plus triomphante. Dans un arrêt *Cairala* de 2012, il reconnaît le préjudice tiré du défaut de recueil de consentement en dépit de ce que l'opération pratiquée a réussi³⁴. Dans ses conclusions sur cet arrêt, Mme Lambolez, proposait, sur le fondement des principes à valeur constitutionnelle que sont la liberté individuelle et la sauvegarde de la dignité humaine, « d'admettre qu'une intervention même réussie, réalisée sans le consentement du patient, constitue une faute ouvrant droit dans tous les cas à la réparation d'un préjudice moral »³⁵. Cette solution sera confirmée deux ans plus tard³⁶, et, dans ses conclusions sur cette décision, Mme Marion estimait que « la faute consistant à pratiquer un acte médical sans consentement est toutefois telle qu'il ne nous paraît pas anormal qu'elle absorbe tous les préjudices »³⁷. La méconnaissance du consentement corrompt donc tout.

Ainsi, et alors que la méconnaissance du droit à l'information cause un préjudice d'impréparation et une perte de chance de se soustraire à un risque s'il se réalise, la violation du consentement cause un préjudice moral même en l'absence de dommage corporel, et entraîne la réparabilité de l'entier préjudice corporel s'il y en a un. Le droit au consentement est manifestement un droit entièrement fondamentalisé.

II. Les effets ambigus de la fondamentalité

La fondamentalité peut rapidement décevoir. Soit parce qu'elle se heurte à un autre droit fondamental ou un objectif d'intérêt général, soit parce qu'elle n'entraîne qu'une réparation bien modeste du préjudice associé. Cette « neutralisation » du droit fondamental est très palpable s'agissant du droit au respect du consentement (A). Toutefois, un autre effet de la fondamentalisation ne doit pas être éludé : celui lié aux vertus de la proclamation. Il y a, et c'est frappant s'agissant du droit au respect du consentement, une véritable garantie du droit, sans même avoir recours à un juge (B).

A. Les risques de neutralisation du droit fondamental

Aussi fondamental fût-il, un droit peut entrer en conflit avec un autre et lui céder le pas. L'appel au juge peut à ce titre être décevant au moment de faire cesser une atteinte, tout comme en matière de réparation.

1. Conflits de fondamentalités

Le contentieux des transfusions sanguines est tout à fait emblématique³⁸. Dans l'arrêt *Senanayake*, le juge devait trancher entre deux obligations du médecin : le devoir de respecter la volonté du patient et celui de lui sauver la vie. La cour administrative d'appel avait fait prévaloir, de manière générale, l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade, mais le Conseil d'État avait censuré le raisonnement

³⁴ CE, 24 sept. 2012, *Cairala*, n° 336223, aux T.

³⁵ F. Lambolez, Conclusions sur CE 24 sept. 2012, *Cairala*, n° 336223, non publiées.

³⁶ CE 16 déc. 2016, B. c/ Hospices Civils de Lyon, n°386998.

³⁷ L. Marion, concl. sur CE 16 déc. 2016, B. c/ Hospices Civils de Lyon, n°386998, non publiées.

³⁸ L'autre est celui de la fin de vie, dans lequel le juge met systématiquement en conciliation les deux libertés fondamentales « *que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable* » (CE, ord., 24 avr. 2019, n° 428117, § 5 ; CE, ord., 17 janv. 2019, n° 424042, § 3 ; CE, ord., 5 janv. 2018, n° 416689, § 6 ; CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146, § 6 ; CE, Ass., ord., 14 fév. 2014, n° 375081, § 5.).

et souligné la nécessité de concilier les deux obligations du médecin, plutôt que de neutraliser systématiquement la volonté du patient. Le curseur était placé sur l' « acte indispensable à (la) survie et proportionné à (l')état » du patient. On retrouve ce même curseur dans l'ordonnance *Feuillatey* rendue par le juge des référés du Conseil d'État, alors que la loi du 4 mars 2002 est entrée en vigueur et qu'il s'agit cette fois de statuer sur la violation d'un droit du patient, et non plus d'un manquement à un devoir déontologique) confronté à un devoir déontologique du médecin. Mais le raisonnement fut le même : le respect de la volonté du patient doit être concilié avec la nécessité d'« un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

Ne s'agissait-il pas plutôt de mettre en balance la volonté du malade et la sauvegarde de la vie ? Au lendemain de ces décisions, c'est en tout cas ce qu'en disait le vice-président du Conseil d'État, auditionné dans le cadre de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie : « Le respect de la vie est au premier plan puisque même le respect de la volonté du malade, au moins dans certains cas très précis, doit céder devant le maintien de la vie. C'est ainsi que j'interprète notre jurisprudence »³⁹.

Dans l'affaire *Feuillatey*, le juge de première instance avait d'ailleurs enjoint au centre hospitalier de ne pas transfuser la patiente, et avait indiqué que cette injonction cesserait si la patiente « venait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital ». Dans la même lignée, le juge des référés du TA de Lille faisait injonction à l'hôpital de ne pas transfuser une patiente contre son gré dès lors que le refus de respecter sa volonté n'était pas « rendu nécessaire du fait d'un danger immédiat pour sa vie »⁴⁰.

La Cour de cassation n'a jamais eu à statuer sur la question et un seul arrêt de Cour d'appel, au demeurant antérieur à la loi de 2002, écarte le grief tiré de la violation du consentement pour n'avoir pas assez été établi, tout en précisant que les équipes soignantes ont agi conformément aux données acquises de la science et « pratiqué des transfusions indispensables à la survie du patient »⁴¹.

On a pensé qu'une telle jurisprudence, qui s'inscrivait déjà en contradiction avec la loi de 2002⁴², ne devait pas survivre à la loi Leonetti de 2005⁴³ et, moins encore, à la loi Claeys-Leonetti de 2016⁴⁴ qui ont considérablement renforcé le respect de la volonté du malade et dépenalisé l'abstention médicale à porter secours à ce titre⁴⁵. Aux termes de l'article L. 1111-4 CSP issu de la loi du 2 février 2016 : « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité ». Il n'est plus question, comme antérieurement, de le convaincre qu'il a tort ou, pour reprendre les termes exacts de l'ordonnance *Feuillatey*, de s'assurer d'avoir « tout

³⁹ Audition de R. Denoix de Saint Marc, Mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Doc. Ass. Nat., n° 1708, pp. 649 et s., 30 juin 2004.

⁴⁰ TA Lille, Ord., 25 août 2002, n°02-3138.

⁴¹ CA Toulouse, 20 mars 2001, n° 00/00320.

⁴² Avec une analyse a posteriori : D. Roman, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », RDSS 2005. 423 ; F. Dreyfus-Netter, « Les juges et la fin de vie », Les tribunes de la santé, 2004/4, n°5, pp. 65-75.

⁴³ Certains commentateurs ont relevé la fin probable de la jurisprudence *Feuillatey* : E. Terrier, « Première lecture de la loi Leonetti 2 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », Gaz. Pal. 29 mars 2016, n° 261x8, p. 14 ; R. Keller, « Droit au respect de la vie et droits du patient : la question de l'interruption d'un traitement », RFDA 2014. 255.

⁴⁴ Loi n° 2016-87 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

⁴⁵ Voir Circulaire du 20 octobre 2011 concernant la mise en œuvre de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et de traitement judiciaire des affaires dites de « fin de vie ». La question fait tout de même encore débat. V. P.-Y. Quiviger, « Du droit au consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah », Presses de Sciences Po, 2012/2, n°46, pp. 79-94.

mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables ». Au contraire, « si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger », poursuit la loi, « elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable ». Le médecin doit en prendre acte.

L'observation de la jurisprudence récente montre pourtant que la chance de rétablissement, et donc « la vie », demeure le véritable curseur. Deux ordonnances de tribunaux mentionnent, à tort selon nous, la possibilité pour le médecin d'accomplir un acte indispensable à la survie après avoir « tout mis en œuvre pour convaincre un patient »⁴⁶. Or, une telle entreprise de conviction n'a plus lieu d'être aux termes de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique et cette formule, calquée sur l'ordonnance *Feuillatey*, n'est pas justifiée.

En somme, le droit à la vie – droit fondamental – continue de l'emporter sur le droit au consentement – droit fondamental aussi... mais un peu moins.

2. Faute inexistante ou réparation symbolique

Avant même d'être le cas échéant symbolique, la sanction peut ne pas venir du tout et faire vaciller la fundamentalité du droit. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes de 2006 avait écarté toute idée de préjudice moral causé par une transfusion réalisée en dépit d'une volonté clairement exprimée et avait même exclu toute idée de faute⁴⁷. Beaucoup plus récemment, dans jugement du tribunal administratif de Bordeaux, le juge regarde droit dans les yeux la loi du 2 février 2016 et conclut tout de même à l'absence de faute dans l'administration d'une transfusion sanguine contre la volonté de la patiente. Le médecin, « quelle que soit son obligation de respecter la volonté de son patient fondée sur des convictions religieuses », qui choisit d'accomplir un acte indispensable à la survie ne commet pas de faute⁴⁸. Et d'ajouter que dans ces conditions, « et à supposer même que l'obligation de consentement aurait été renforcée par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016, la méconnaissance par le centre hospitalier du refus de Mme X. de recevoir des produits sanguins ne peut être regardée comme fautive ».

Il est curieux qu'une violation aussi frontale du droit au consentement, alors qu'il a été hissé au rang de droit fondamental, ne soit pas sanctionnée, fût-ce symboliquement. Cette posture du juge ne semble toutefois valoir que pour les contentieux des refus de transfusion sanguine, ce qui confirme le déclassement du droit au consentement au rang de droit « moins fondamental » que le droit à la vie, avec lequel il faut composer.

Dans les autres contentieux médicaux où la violation du consentement est reconnue, la réparation de l'intégralité des dommages semble acquise lorsque la violation du consentement porte en elle tout le dommage corporel⁴⁹. En l'absence d'autres dommages corporels, la réparation du préjudice moral causé par une violation du consentement est également acquise et, dans ce dernier cas, l'indemnisation est particulièrement modeste et

⁴⁶ TA Montreuil, Ord., 16 oct. 2019, n° 1911195 et TA Martinique, Ord., 23 juil. 2021, n° 2100468. En août 2021, le Conseil d'Etat a, en rejetant une requête pour défaut d'urgence, raté l'occasion de se prononcer sur cette question : CE, Ord., 10 août 2021, n°455270.

⁴⁷ CAA Nantes, 20 avr. 2006, n° 04NT00534. V. M. Canedo-Paris, Le concept d'acte médical « indispensable » dans la jurisprudence administrative, *Mél. Mémeteau, LEH, 2015, vol. 1, p. 315*. Même solution dans CAA Nantes, 4 oct. 2007, n° 06NT00111.

⁴⁸ TA Bordeaux, 15 juil 2020, n° 1902340

⁴⁹ CAA Marseille, 28 janv. 2013, Cairala, n°12MA03946 ; CAA Nantes, 4 oct. 2007, n° 06NT00111.

symbolique⁵⁰. Mais la jurisprudence des juges du fond n'est pas stabilisée et il arrive qu'en présence d'une absence fautive de recueil de consentement, aucune indemnisation, faute pour les requérants d'avoir établi la réalité de leur préjudice moral⁵¹. C'est à s'interroger sur l'intérêt de la fondamentalisation des droits...

B. Garantie des droits et tarissement du contentieux : les vertus de la fondamentalisation

Le respect de la personne humaine en général, et du patient en particulier, est entré dans les pratiques et les situations de violations frontales du consentement sont devenues extrêmement rares lorsqu'elles ne sont pas justifiées par une situation légalement prévue. Et lorsqu'un dilemme éthique surgit, il est le plus souvent résolu avant même l'intervention d'un juge. Peut-être est-ce là la plus grande vertu et la plus grande réussite de la fondamentalisation des droits : leur diffusion et leur imprégnation dans les comportements.

Pour revenir, et en finir, avec la situation des refus de soins lorsqu'une question vitale surgit, il faut informer le lecteur que les illustrations jurisprudentielles citées dans la présente contribution n'ont pas été choisies pour les besoins d'un propos. Ce sont les *seules* qu'il a été possible d'identifier. C'est un fait, le contentieux s'est considérablement tari.

L'observation échappe partiellement au juriste et il faut aller chercher les études sociologiques en médecine et les témoignages et publications du monde médical. On découvre que le tarissement du contentieux n'est pas lié à un affaiblissement des convictions ou une désorganisation des coreligionnaires, qui restent au contraire mobilisés et très organisés dans le refus des transfusions⁵². En réalité, la pratique traditionnelle consistant à transfuser « à l'insu », dans le cadre d'une tradition clinique de type paternaliste face à un patient démuni sur le plan cognitif (il ne connaît pas la médecine) et émotionnel (il est en situation de vulnérabilité) est révolue depuis la montée en puissance des droits du patient, mais également de la traçabilité des actes. La loi de 2002 est clairement identifiée comme un tournant dans l'évolution des pratiques⁵³. Il semblerait que depuis vingt ans, la pratique de la transfusion en cas d'urgence vitale demeure courante⁵⁴, mais qu'elle est beaucoup moins précédée d'un conflit que d'une discussion de confiance, le plus souvent basée sur un dialogue respectueux des convictions mutuelles (religieuses ici, hippocratiques là). Les progrès techniques ont également permis de conforter des « stratégies d'épargne transfusionnelle » et de proposer des alternatives aussi longtemps que possible. La pratique la plus généralisée est donc d'attendre le point critique de l'urgence vitale, puis de transfuser. Or, aucun contentieux ne remonte. Le dilemme éthique demeure, mais il est moins précédé d'une ambiance de confrontation que dans le passé. Le médecin et le patient se parlent et négocient⁵⁵. En matière médicale, il s'agit là de la meilleure stratégie

⁵⁰ CAA Lyon, 26 oct. 2017, n° 16LY02814, au sujet de la réalisation d'une IRM non consentie : 1000€ d'indemnisation.

⁵¹ TA Besançon, 26 sept. 2019, n° 1800121.

⁵² O. Garraud, « La symbolique du sang et la transfusion sanguine chez les témoins de Jéhovah », *Hématologie*, 2009, vol. 15, n° 6, pp. 460-472.

⁵³ J. Barbot, « Entre volonté du patient et nécessité médicale. Les médecins face au refus de transfusion », *Journal d'économie médicale*, 2009/3, vol. 27, pp. 123-133 ;

⁵⁴ On rapporte néanmoins des cas de non-transfusion dans le respect des directives, le cas échéant suivis de décès, mais pas de procès.

⁵⁵ P. Hum et al., « Le refus de soin : forces et faiblesses du consentement », *Ethique et santé*, 2015, 12, pp. 56-63.

d'évitement du contentieux. Il s'agit même en réalité, de la meilleure garantie de la qualité de la prise en charge. Et, en cela, la loi a tenu ses engagements.