

UNIVERSITE MONTESQUIEU-BORDEAUX IV

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D.41)

DOCTORAT en DROIT

Nicolas TOMC

**MOURIR A L'HÔPITAL : ENTRE DROIT PRIVE ET DROIT PUBLIC.
APPROCHE PRATIQUE THEORIQUE ET PHILOSOPHIQUE**

*Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD
soutenue le 28 novembre 2012*

JURY

Madame Catherine LABRUSSE-RIOU,

Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *Rapporteur*

Monsieur Gérard MEMETEAU,

Professeur à l'Université de Poitiers, *Rapporteur*

Monsieur Jean-Marc TRIGEAUD,

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Monsieur Alexandre ZABALZA,

Maître de conférences HDR à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

*A ma femme et ma fille,
qui portent en elles ma famille présente et à venir.*

Remerciements

*J'adresse mes premiers remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Marc TRIGEAUD. Ses intuitions, sa confiance, ainsi que sa capacité à percevoir immédiatement les perspectives d'une approche de philosophie du droit ont été les principaux enseignements qu'il m'a transmis, parmi tant d'autres, cachés derrière les voiles du langage.

*Mon enthousiasme à réaliser ce travail aurait pu succomber aux vicissitudes de la vie sans l'amour de ma femme, sa patience, ses précieux conseils emplis de sagesse, et ses intuitions que seule une épouse porte en elle. A toi, j'associe notre fille, son regard et sa lumière.

*C'est à mes parents que je pense également, ceux dont le soutien indéfectible fut, le plus souvent en *silences*, celui que seuls des parents peuvent apporter.

*Mon cœur ne saurait ignorer aussi Kheira, Lilia et Sophiane, qui, chacun avec ses moyens m'a soutenu, et a contribué, à sa mesure, dans la réalisation de cette thèse.

*Enfin, c'est à tous ceux qui ont suscité mon interrogation sur la mort, et avant tout sur la vie, ceux qui ne sont plus ici, et ceux qui encore là savent si bien parler de l'existence avec amour, en dehors des canons de la recherche scientifique.

« Mais ce point-là, ne l'avions-nous pas justement établi il y a déjà un bon moment, quand nous disions : toutes les fois que l'âme a recours au corps pour examiner quelque chose, utilisant soit la vue, soit l'ouïe, soit n'importe quel autre sens (par « avoir recours au corps » j'entends : « utiliser les sens pour examiner quelque chose ») alors elle est traînée par le corps dans la direction de ce qui jamais ne reste même que soi, et la voilà en proie à l'errance, au trouble, au vertige, comme si elle était ivre, tout cela parce que c'est avec ce genre de choses qu'elle est en contact ? »¹

¹ Platon, *Phédon*, trad. M. Dixsaut, GF Flammarion, Paris, 1991, 79c-79d, p. 242.

INTRODUCTION

I. Les problèmes posés et leurs délimitations

1.- Rien de plus aisé, en apparence, de définir ce qu'est un mourant : c'est, dit-on couramment, *celui qui va mourir*, mais dont la vie *persiste*, durant cette période où il est impossible d'avoir même connaissance de l'étendue de ce qui lui reste à vivre, et donc d'anticiper sur une issue que l'on sait cependant fatale. Héritier des Stoïciens, de premiers juristes civilistes l'ont compris en s'attachant à définir cette modalité temporelle d'une obligation qu'est la « condition » centrée sur l'exemple même de la mort : *mors certa, hora est incerta*.

2.- Néanmoins, ces observations seraient *a priori* réductrices, et leurs insuffisances pratiques apparaîtraient évidentes, si doivent surgir par la suite des problèmes de nature immédiatement juridique. Ceux-ci consistent à regarder le sujet de droit en lui-même, du point de vue de la simple capacité juridique, hors de toute institution la lui confisquant sous partie, ou la plaçant sous contrôle, face à un environnement qui a cessé de correspondre à son milieu naturel, social et familial originaire de vie, et qui le met désormais en contact, sans rupture pour autant avec le précédent (sa famille, ses proches ou divers êtres de « confiance » le suivront volontiers), d'un ensemble nouveau d'acteurs professionnels participant de l'univers hospitalier.

3.- La question, dès lors, ne cessera d'avoir à se demander ce qu'il en est de la manifestation, ou de la possibilité de manifestation de ses droits, droits inhérents à sa

personnalité juridique, et de leur respect. Car, le changement des relations mêmes qui lui sont imposées, avec un milieu ambiant, risque largement d'avoir quelque incidence à cet égard, et il peut même se faire, qu'à la faveur d'un tel changement, les personnes de son milieu originaire modifient elles-mêmes leur comportement à son endroit, de manière à menacer de tels droits. Encore faut-il s'interroger sur les conséquences que produit, sur ce point, la distinction de nature juridique civile et privée, ou plus généralement publique (constitutionnelle, administrative) des droits en cause ; voire, plus subtilement des libertés (elles-mêmes civiles ou publiques) sous-jacentes à ces droits subjectifs, dans le langage classique des sources, et n'obligeant par là personne « activement » (aucun débiteur) dans leur exercice. Car, il est à prévoir que l'atteinte aux premiers n'est pas la même que l'atteinte aux seconds, et que le traitement qui lui est réservé en droit positif peut, non seulement ouvrir à un enseignement différencié, mais également révéler un déséquilibre assez profond, orientant vers la nécessité de rétablir ce qui semble plus conforme à un « ordre des choses ». En effet, force sera de constater, progressivement, que la personne juridique se trouve beaucoup plus souvent protégée à travers une approche qui ne la saisit qu'au plan du droit public, et sous le contrôle d'institutions rattachées à son champ, tels que les comités d'éthique. Là, il ne s'agit que d'examiner le respect de libertés et de droits publics fondamentaux, ce à quoi œuvre notamment la jurisprudence administrative ; alors qu'il est plus rare, en dehors des questions classiques de mise sous contrôle de tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice, qui agitent les familles et les tribunaux civils, que se pose la question même du respect d'une liberté, ou d'un droit civil tout aussi fondamental, et dont la violation est donc peu fréquemment alléguée devant la juridiction civile ou pénale, de droit commun. Ceci paraît d'ailleurs d'autant plus surprenant attendu que la doctrine traditionnelle des sources enseigne une sorte de priorité des droits et libertés privés, sur les droits et libertés publics. Tout dépend de la façon dont on prend « l'ordre des choses » : soit à partir de la vie sociale et publique, pour aller au sujet de droit, soit à partir du sujet de droit lui-même, pour aller à la vie sociale et publique, selon la méthode dogmatique de l'enseignement du droit positif, respectant l'ordre de priorité des sources, dont la première est l'être humain lui-même.

4.- Est ainsi posé le **problème même que doit affronter notre travail**, par différentes entrées, et différentes superpositions d'approches, s'efforçant d'inclure, aussi bien des données philosophiques, de sciences humaines, ou culturelles. Il tient à l'examen critique, sans prétention à l'exhaustivité, de **la situation où se trouve le mourant**, celui-là même dont la définition sera à élaborer, et à approfondir, mais dont on sait déjà qu'il est une personne

juridique, dans la mesure donc où se profile pour lui une issue fatale. Car cette situation présente un **aspect rarement observé** qui oblige à l'effort d'analyse, à la fois le juriste, peut-être interdisciplinaire, en tant que théoricien, mais avant tout privatiste, et le philosophe du droit en raison même de la dimension à caractère quasiment méta-positif, pour ne pas dire métaphysique, d'un inévitable questionnement sous-jacent, touchant la personne elle-même, et le traitement que la société, globalement, lui réserve, dans le champ hospitalier comme dans celui des institutions. Un tel aspect vise donc une rencontre problématique entre droit privé et droit public, et tend à les relier tous deux, selon une double hiérarchie, en somme, selon l'angle personnel ou social où l'on se place, au langage même de sources du droit, en général, en terme de libertés et de droits subjectifs, gravitant autour du sujet de droit, là où s'engouffrent le mieux les préoccupations théoriques de l'école (classements à l'infini des libertés : passive, active, *etc.*), et les exigences du philosophe, éthicien, porté par le souci que la valeur de justice, qui inspire les libertés et les droits, a pour siège la personne humaine elle-même.

II. Données préalables

5.- En abordant la question du statut du mourant² à l'hôpital³, il est nécessaire de dire aussi clairement que possible dans quel esprit nous pensons la traiter. Il ne s'agira que du mourant, et non de la mort prise isolément. Le mourant sera entendu au sens de celui qui meurt, des suites de la maladie, en priorité, mais aussi et sans qu'il ne soit besoin de le préciser en toute occasion, de toute personne de quelque âge que ce soit, qui, arrivée en fin de vie, s'est retrouvée pour une raison ou une autre au sein d'une unité hospitalière. Car, c'est à l'instar des droits de celui qui est malade qu'il conviendra de dessiner le profil de celui qui meurt. Notre étude portera donc, essentiellement et malgré la généralité du problème, sur l'approche critique de la mort à l'hôpital, depuis les fondements du droit de la *personne-malade-*

² Celui qui meurt ou le *moriturus*, avant la mort, ou le *mortuus*, et pendant, ou le *moribundus* (expression latine tirées de l'article de J.-M. Trigeaud, *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Eléments de réflexion*. Politeia, n° 3, 2003.) Il est le *terme* de la vie ; la fin de l'état initial de patient, puis de l'état de malade : état intermédiaire implicitement reconnu, bien qu'apparaissant tout de même au titre de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative au droit des malades et à la qualité du système de santé* consacrant quant à elle le terme générique de patient. Le mourant est donc celui dont le pronostic vital est engagé selon la terminologie médicale, entre vie et mort ; la durée de cette période est indéterminée. Voir R. W. Higgins, *L'invention du mourant. Violence de la mort pacifiée*, in *Esprit, Fin de vie pour quoi ?* janvier 2003, pp. 139 s. L'auteur oppose deux types de prétendants à « l'invention du mourant » : un courant se situant sur le plan du droit pro euthanasique, et un autre plus médical revendiquant, au contraire, en apparence, l'accompagnement.

³ C'est là, à l'époque contemporaine, qu'environ 60% des français meurent.

mourante, en considérant l'état du droit dix ans après la loi 2002⁴, jusqu'à l'élaboration d'une critique de la loi de 2005⁵, dont il semblerait que des projets de révisions soient à l'étude⁶. C'est en ce sens que nous emploierons *génériquement* le terme de mourant afin de désigner celui dont le statut se rattacherait implicitement aux droits du malade dont le « pronostic vital est engagé ».

6.- Notons d'une part que la distinction malade en fin de vie⁷ et mourant reposerait sur une hypothèse parfaitement artificielle⁸, selon laquelle le mourant serait celui dont le pronostic vital est engagé, alors que le malade en fin de vie ne pourrait pas savoir réellement quand est ce qu'il pourrait mourir, mais en aurait toutefois la certitude. Cette distinction nous semble inutile ainsi qu'inefficace. C'est en 1986 qu'une circulaire administrative⁹ définit pour la première fois les *mourants* comme les patients dont la mort devrait survenir dans le délai de quelques jours ou de quelques semaines, et ce malgré la mise en œuvre de toutes les ressources médicales disponibles, dépassant ainsi les limites du statut du malade en fin de vie. La notion de mourant¹⁰ présupposerait l'inconscience ou tout ou moins l'incapacité. Or cette appréciation de l'incapacité n'est pas uniforme et les seuls exemples des dispositions légales étrangères le démontrent. Au Danemark, par exemple, et sans aucune généralisation, la loi du 1^{er} juillet 1998 précise qu'« un mourant dont la mort est inévitable peut refuser un traitement qui ne peut que retarder la survenance de son décès. »¹¹. La capacité du mourant est ici présumée. Les dispositions du droit français n'en font nulle part mention, et il conviendrait donc de se reporter à une doctrine ainsi qu'une *quasi* doctrine afin de saisir le sens donné à la loi. Notons au surplus que le Code de la santé publique ne fait référence au mourant que pour marteler le *leitmotiv* de la dignité, comme si cela pouvait rendre plus effectif le droit à la dignité : la formulation revient à cinq reprises, sous la même forme, aux articles L. 1110-5, L. 1111-4, L. 1111-10 et L. 1111-13 du Code de la santé publique et sous une forme *quasi*

⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, préc. Voir sur ce thème, à titre indicatif, Colloque de l'Institut du droit de la santé de Bordeaux IV, *10 d'application de la loi Kouchner*, 9 mars 2012.

⁵ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie*.

⁶ Voir en ce sens la proposition de loi *relative à l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs*, présentée à la Présidence du Sénat par R. Courteau, le 8 juin 2012.

⁷ Sur la question du statut du malade en fin de vie nous renvoyons à la thèse de B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, Thèse, Les Etudes Hospitalières, 2000, où l'auteur, dans le contexte antérieur à la loi du 4 mars 2002, épuise le droit positif afin de lui trouver un régime uniforme.

⁸ Voir en ce sens B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, op. cit., p. 9 s. L'auteur parle d'« euphémisme » dans les désignations contemporaines quant au mourant..

⁹ Circulaire DGS/3 D du 26 août 1986 relative à l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale, *B.O.* Du Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la protection sociale, n° 86/32 bis 1986.

¹⁰ Voir en ce sens Z. Zairi, *La dignité du mourant*, mémoire Droit de la personne et de la famille, Lille 2, Univer. du droit et de la santé, 2005.

¹¹ Voir art. 16 al. 1 de la loi n° 482 du 1^{er} juillet 1998.

identique à l'article R. 4127-38 du Code de la santé publique. Grammaticalement parlant, *le mourant est complément d'objet indirect dans le texte du Code de la santé publique*¹². Comprenons que la sauvegarde de la dignité n'incomberait donc qu'au seul médecin attendu que le mourant ne serait qu'*indirectement* touché par la loi. Toute proportion gardée, le mourant ne serait-il en ce sens qu'un simple *acteur passif* de l'accompagnement, contre toute capacité à être citoyen de sa santé¹³ ? Abstenons-nous de pénétrer dès lors les conciliations impossibles.

7.- Nous ne ferons donc pas cas de cette distinction, considérant qu'elle n'est pas opérante en droit positif, et qu'elle demeure une fiction de doctrine. **Le mourant est tout autant un malade en fin de vie que le malade en fin de vie est un mourant.** La fin de vie présuppose la mort. Cette distinction, et ce n'est sans doute pas par hasard, pourrait être le fruit dégénéré d'une forme de conscience collective, objectivant une compassion larmoyante, possiblement dénuée, derrière les masques, d'un quelconque sentiment authentiquement altruiste et empathique à l'égard de celui qui meurt. Elle ne serait que la traduction d'une qualification artificielle, fruit d'une stratification par statistiques vouées à définir un « cahier des charges »¹⁴ *bioéthique* des droits du mourant¹⁵.

8.- Au-delà des clivages donc, le sujet se bornera, d'autre part, à ne traiter que du cas de l'hôpital, désormais plus souvent visé, sans trop généraliser, en tant qu'établissement public de santé¹⁶, à l'exclusion des établissements privés, bien que ces derniers aient également une participation à la mission de service public de la santé, conformément aux dispositions de la loi de 1991¹⁷. L'établissement de santé est le concept légal englobant ainsi tant les

¹² Par exemple dans l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique il est précisé que « le médecin assure la sauvegarde de la dignité du **mourant** ».

¹³ Le mourant serait-il un simple spectateur totalement extérieur à ce qui le concerne, ou bien un figurant, participant occasionnellement en obéissant à ce que lui dicteraient tout à la fois les médecins et une certaine conscience collective sous forme d'idéologie culturelle dominante ?

¹⁴ Voir en ce sens la thèse de J. Faucher, *L'émergence du sujet éthique dans la création du Comité Consultatif National d'Éthique et son premier Avis*, Paris, ICP, 13 novembre 2002.

¹⁵ Sur la valeur du *cahier des charges* en droit public, voir R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, Domat droit public, Montchrétien, 13^{ème} éd., 1999, p. 498. La proposition de J. faucher pose d'ors et déjà la question de la valeur d'une *invitation bioéthique* dans le champ de la norme. Ainsi pourrait-on considérer que le dit cahier des charges aurait la valeur d'un règlement ayant force exécutoire considérant qu'il aurait été proposé comme modèle *imposé*. Salué par le jury de thèse, il pourrait être admissible, compte tenu des évolutions législatives postérieures, qu'il fut admis au titre d'une proposition ayant force de décision administrative. Voir sur cette dernière question, J.-M. Auby, *Les décisions administratives intervenant sur proposition*, note sous CE 24 octobre 1980, *D.* 1981, p. 179.

¹⁶ Depuis la loi n° 91-748 du 31 décembre 1991.

¹⁷ Voir en ce sens J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, Mémentos, 6^{ème} éd., 2004, pp. 66 s.

établissements publics de santé que les établissements privés de santé, dans la mesure où le Code de la santé publique référence ceux-ci sous les articles L. 6111-1 à L. 6111-7 quant à leur mission d'ordre général, puis L. 6112-1 à L. 6112-9 du Code de la santé publique quant à l'aspect service public des missions des établissements de santé. Ce sont les mêmes intitulés pour les établissements privés de santé au sujet des missions qui leur sont assignées, ce qui sert d'ailleurs de définitions quant à leur existence effective. Notons dès à présent, sans s'en remettre exclusivement à des réactions politiques passionnelles, un indice au sujet du mouvement de politique de santé publique, engagée dans une définition des moyens de mise en œuvre pratiques, en tant que finalité protectrice des droits des patients.

9.- Ce choix de l'hôpital public est donc justifié en raison de la convergence qui s'y réalise quant aux droits du *malade-mourant*, ceux-ci s'incarnant dans la personne humaine, et plus essentiellement et avant toute conceptualisation, dans la *personne*, au sein de l'entité politique de santé la plus irréductible dont l'Etat est *tuteur*. L'hôpital est donc ce nom générique dont on présuppose qu'il est le siège de tous les droits garantissant la notion ultime qu'est la *liberté*, indépendamment de tout déterminisme de nature politique et *bioéthique*. Il devrait être le point de départ physique du respect élémentaire du droit de la *personne*, et il y aura peut-être quelque audace à l'affirmer, droit privé en premier, avant que la personne ne voit défendre ses intérêts en tant que consommateur usager de service public, à l'exclusion de tout clientélisme.

10.- Nous ne traiterons donc que du mourant, sans distinction de sous catégories de genres, ne saisissant que les enjeux réels de la confrontation du sujet de droit aux situations où sa fin de vie se positionne dans le cadre légal de l'hôpital. Présupposant, sans aller trop loin dans cette voie, que l'établissement public de santé est à la fois l'incarnation de droits de l'homme, mais aussi d'affaires publiques de santé, il s'agira de déterminer clairement les enjeux juridiques et politiques, au sens le plus noble du terme. Il faut quelque irrévérence pour l'affirmer, toutefois, ceux-ci seraient alors sous-jacents autant au droit privé, s'incarnant dans le sujet de droit-*personne* - celui-ci, le plus souvent et sans caricature, requérant la protection de ses droits les plus subjectifs -, qu'au droit public, qui, le plus fréquemment, serait de nature à saisir les critères les plus objectivés et généraux de la *personne* – se manifestant dans les droits fondamentaux tirés de la jurisprudence administrative -. Il y aura lieu, selon l'esprit suivi jusqu'alors dans la présente étude, de percevoir le tissu théorique et philosophique, propre à s'illustrer au moyen des droits dont nous aurons fait état, natifs de tous horizons. Et,

malgré la richesse des sources d'inspirations possibles afin d'éprouver le sujet, nous nous bornerons à ne faire que des échos aux sources scientifiques extérieures aux théories du droit, ainsi qu'*aux problèmes de bases de philosophie du droit*.

III. Diversité des champs d'analyse et approches extrinsèques

11.- Il existe une abondance d'articles journalistiques, d'interventions de différentes qualités au titre de conférences pluridisciplinaires, d'analyses de lois, de commentaires de nature doctrinale de tous ordres, ainsi que de réflexions de comité de nature *extra* juridique qui ont pu aborder de prêt ou de loin la question. Pourtant tout n'a pas été dit sur le sujet à tel point qu'il serait artificiel, d'ailleurs, de faire un exposé complet du sujet sous tous ses aspects, ce qui obligerait à reproduire trop de choses qu'il est facile de trouver dans une bibliographie aussi multiple qu'hétéroclite, et ce qui serait, par conséquent, une tâche aussi énorme que peu utile¹⁸. Il est préférable de se borner à l'analyse des points reflétant l'insuffisance de la réflexion jusqu'alors entreprise. C'est pourquoi il sera nécessaire de tout d'abord faire état systématique du droit positif applicable en la matière, puis d'élaborer l'analyse méthodique des interprétations jurisprudentielles tirées de ce droit. Ainsi, à ce niveau d'exploitation de la matière, il sera possible d'approcher les théories de droit sous-jacentes, fondées sur des présupposés philosophiques, en vue d'opérer une réduction aux principes de nature ontologique et axiologique premier¹⁹. Il sera dès lors admissible de reconnaître la subordination de l'approche juridico-politique du sujet à un principe métaphysique primordial auquel la philosophie du droit se voit contrainte d'accorder un langage limitatif²⁰. Ce langage de nature éthique a pu dès lors trouver sa redondance formaliste²¹ dans ce qu'il est

¹⁸ Notons à ce propos la parution récente d'un rapport remis au Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, constituant une parfaite synthèse des droits applicables aux patients ; *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*, 24 février 2011.

¹⁹ Cette méthodologie est celle suivie par l'ensemble de la communauté scientifique des philosophes métaphysiciens juridico-politique, prenant pour objet la matière juridique en vue de faire remonter ce langage limitatif à ses sources philosophiques métaphysiques. Voir en ce sens, J.-M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1992 ; ou encore du même auteur, *Éléments d'une philosophie politique*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1993 ; ou encore, du même auteur, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, in *Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau*, Dalloz, Libre droit, 2007, pp. 1004-1021. ; ou bien encore, A. Rosmini, *Philosophie de la politique*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1999.

²⁰ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1995.

²¹ Pour ne pas dire nominaliste, ce sur quoi nous reviendrons.

communément admis d'appeler « biodroit²² ». Or, nous ne traiterons que de droit, et au surplus applicable dans le seul cadre hospitalier. Le *biodroit*, sans en vulgariser ses contours, et toute proportion gardée, serait relatif à une éthique appliquée, un pragmatisme raisonné, fruit d'une démarche objectiviste, visant à reconstruire les notions qu'elle perçoit comme sous-jacente à la personne malade en fin de vie²³, et trouverait à s'exprimer dans des déclarations assez générales. Il ne s'agira donc pas d'identifier des notions au regard de quelques productions spécifiquement techniques, mais bien de se reporter aux principes qui portent ce *biodroit*. Nous n'ignorons pas son existence, cependant nous nous bornerons à le passer au *révélateur des idées sous-jacentes* au moyen de certains exemples choisis pour leur pertinence idéologique. Ainsi le lien sera fait entre le droit positif, les principes théoriques sous-jacent qui le commandent, et l'applicabilité de ce droit positif eu égard à une perspective réaliste²⁴.

12.- En vertu du cadre de travail imposé, il apparaît peu utile d'aborder le sujet sous un angle strictement historique, bien qu'il soit méthodologiquement obligatoire d'examiner des tranches chronologiques, en vue d'illustrer le droit positif et ses évolutions au regard des approches politiques et morales relatives d'abord à la mort et sa conceptualisation à travers les âges. Car c'est en regardant en premier ce que l'homme pense de la mort, qu'il s'avèrera possible de révéler des indices sous-jacents aux abstractions normatives. Pourtant, quand bien même la science historique appliquée à la mort ne se limite qu'à une simple rencontre des faits, elle est nécessaire.

13.- Ainsi, l'histoire de la mort en occident a très bien été relatée, notamment, par Philippe Ariès, ou encore Michel Vovelle, dans des ouvrages retraçant les rapports de l'homme, à la fois de nature sociologique, anthropologique et psychologique²⁵. Une telle approche ne peut constituer la trame maîtresse de la présente étude, tant l'histoire demeure une science beaucoup trop marquée par une coloration à la fois idéologique et culturelle, biaisant la réalité essentielle, relevant d'une étude approfondie de questions remontant jusqu'aux principes

²² Voir notamment en ce sens sur une approche définitionnelle du terme chez J-P Duprat, *Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur ?*, in *Journal International de bioéthique*, 2004/2-3 (Vol. 15), chap. 2.

²³ Voir notamment C. Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, Droit et Société, LGDJ, Paris, 1994 ; voir encore, C. Chabert-Peltat, A. Bensoussan, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Mémento-guide Alain Bensoussan, Hermes, Paris, 2001.

²⁴ Nous nous proposons de suggérer un néo réalisme de la pensée juridique dépouillé de tout pragmatisme idéalisant.

²⁵ Ph. Ariès, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen-Âge à nos jours*, Seuil, 1975., M Vovelle, *La mort et l'Occident de 1300 à nos jours*, Gallimard, 2000.

philosophiques irréductibles. De plus, le cheminement historique demeure descriptif et partiel, et, selon une juste mesure de nos propos allant au-delà des clivages, serait fortement dénué d'un fond de réflexion suffisamment basé sur un objet *extra* casuel. ***C'est en ce sens qu'ici, nous entendrons essayer de dépasser les dérives d'un empirisme issu de la réunion de factualités, celles-ci ne saisissant que des instants de la vie, et non pas toute la vie.*** Enfin, l'histoire, en tant que science humaine, bien que ceci ne soit pas un défaut de nature, mais bien plus une difficulté tenant à l'homme qui la compose, entend embrasser l'ensemble de l'approche de l'anthropologie humaine, réduisant parfois théoriquement des comportements. Or, les principes tirés en conséquences ne pourraient être qu'arbitraires, en tant qu'ils ne seraient sujets à aucune autre étude que celle bornée dans et par le temps, le temps lui-même induisant une vision limitative des objets que nous entendrons étudier. Et s'il importe de ne pas traiter que de la mort, c'est à partir d'une ébauche de compréhension de celle-ci qu'il convient d'admettre tout de même son *a*-temporalité, afin d'appliquer cette règle à la présente recherche.

14.- Pourtant, il ne s'agit pas de nier non plus toute la reconnaissance qu'il s'impose d'accorder aux apports de la science historique. En effet, si l'on s'en tient à la vision chronologique de la conception seule de l'accompagnement du mourant dans l'histoire occidentale, les évolutions relevées permettent de donner quelques indices relatifs aux points d'achoppement actuels sur lesquels il sera nécessaire de s'attarder. L'homme a toujours accordé une importance capitale à la mort, comme notion le rapportant à sa conception du temps selon Ariès²⁶, or la loi qui régule les comportements humains est nécessairement teintée par son époque. Ainsi, toujours selon le même auteur, la mort est simple, et inéluctable, survenant même le plus souvent dans un « monde imprégné de merveilleux »²⁷, de telle sorte que l'homme ne tenterait pas réellement de la comprendre autrement qu'en en ritualisant les contours, et notamment la mise en terre. D'après une deuxième phase analytique, et c'est

²⁶ *Ibid*, ici nous retrouvons les propos liminaires à l'exposé global sur le thème. L'idée de l'auteur est de faire de la mort le point de repère temporel de l'Homme : point de départ de sa conception du temps par la prise de conscience de la finitude de sa vie.

²⁷ *Ibid.*, p. 22. Ici l'auteur entend apporter la dimension surnaturelle à laquelle les hommes ont rattaché la mort, faisant naître certainement par là même une idée de divinisation de la vie, ne pouvant imaginer que la vie ne soit terminée avec la mort. L'auteur entend dès à présent désacraliser son propos, et surtout préciser que selon lui, si l'Homme croit en Dieu, c'est pour mieux en maîtriser ses peurs, et celles notamment liées à la mort. Ainsi Ariès ajoute que ce qui fait peur, ce n'est pas la mort, mais plutôt de ne pas la voir arriver. Entendons ainsi le critère qui permet à l'auteur de démontrer la raison de l'imaginaire de l'Homme relativement à un Monde après la mort. Nous comprendrons ici la limite rationnelle à laquelle nous entendons reconnaître le bénéfice matériel de l'empirisme, mais également entendons dépasser la *factualité* limitant la possibilité d'une transcendance chez l'Homme. Nous ne pouvons nous attarder plus sur ce point car cela nous éloignerait en trop de notre sujet.

celle-ci qui semble importer le plus relativement au présent sujet, la pensée du passage de la vie à la mort serait l'essentiel dans la systématisation des droits de la personnalité juridique, permettant de donner des limites rationnelles à leur jouissance²⁸. Ici, notons que les évolutions du regard porté sur le passage pourraient s'illustrer par des échantillonnages des conduites culturelles et autres coutumes tenues par le passé. Par exemple, et sans généralisation excessive, le Moyen-Âge occidental a été marqué par l'attente de la mort au lit, organisée par le mourant en cérémonie publique, sans dramaturgie ni création d'une atmosphère d'émotion excessive²⁹. En ce temps là, la société est emprunte de sacralité, ou tout au moins de ritualisation des comportements. Un fort exotérisme religieux fonde la pensée des hommes sur la mort, établissant, notamment jusqu'au XIIème siècle, un parallèle entre la vie d'ici bas et celle promise dans l'au-delà. Les circonstances de la mort sont craintes, comme révélant le sort réservé dans l'autre monde. Puis, sans que nous entrions plus loin dans cette voie, l'homme d'alors connût une forme d'altération de la subordination spirituelle de sa mort, et s'engagea dans une conscientisation de celle-ci à un niveau psychologique qui lui est propre, qui l'humanise³⁰. **C'est par l'autonomisation de son existence, fruit d'une réflexion introduisant le doute quant à l'universalité de l'essence même de l'être, le faisant entrer progressivement dans l'aire de l'individualisme, que l'individu dépassa alors le temps eschatologique³¹. La mort était effrayante, car sa prise de conscience, à un niveau individuel, dans un état de considération de la chose purement psychologique, coupa la personne de sa fonction transcendante, par delà la seule pensée rationaliste³², suggérant les prémices de la sentence du néant.**

15.- Voilà pourquoi l'histoire nous enseigne le temps du passage de la mort sacrée à la mort profane. Or, et il existe toute une littérature sur ce point³³, lorsqu'un objet de réflexion

²⁸ Voir X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, PU de Lille, 1990, pp. 23 s. pp. 167s. et pp. 406s.

²⁹ *Ibid.*, p. 27. Retenons que ce point nous a semblé essentiel relativement au traitement de notre sujet en raison de la situation de la personne en tant que dès le Moyen-Âge elle attend la mort au lit. Ainsi, la mort s'attend, dans la position que le corps prendra, par hypothèse, définitivement après sa venue. De plus, la mort est « publique », c'est à dire que non seulement la famille, les proches au sens large, dans un monde encore marqué par la proximité de l'Homme à autrui, mais également le corps médical et les représentants du culte sont présents. Une telle organisation semble ne pas avoir quitté notre monde moderne, et il n'est pas rare de retrouver de telles personnes au sein de l'unité hospitalière.

³⁰ Voir K. Graf Durkheim, *L'expérience de la transcendance*, Cerf, Paris, 1987.

³¹ Ph. Ariès, *op. cit.*, *ibid.*, p. 38.

³² Sur les différents états de l'être, dans une perspective hautement métaphysicienne, aux sources les plus secrètes de l'être dans sa dimension indicible, voir des pistes de réflexion relatives aux états de conscience chez R. Guénon, *Les états multiples de l'être*, éd. Trédaniel, 1984.

³³ Voir en ce sens et non limitativement M. Guiomar, *Principes d'une esthétique de la mort*, Librairie José Corti, 1967.

se *vulgarise*, c'est-à-dire est progressivement coupé de sa dimension *surnaturelle*, il est nécessaire pour l'individu de le représenter afin de le dominer, en lui donnant de belles formes, en le peignant, le sculptant, *etc.* Alors, la mort s'esthétise, faisant appel à une figuration *pseudo* mythologique. L'homme occidental de la fin des Lumières a redécouvert les sciences ; il a de ce fait désormais amorcé sa démarche allant peu à peu vers la médicalisation de la vie et de la mort, pour en faire des phénomènes mesurables, prévisibles, qu'il peut à son tour maîtriser³⁴. La médicalisation va de paire avec le vœu de rendre la mort propre, hygiénique, ce que Ariès appelle « la mort interdite »³⁵. Le chemin vers l'hôpital est tout tracé, de telle sorte que, tant sur le plan psychologique, ouvrant la porte de la reconnaissance scientifique à la nouvelle psychanalyse, que sur le plan corporel qui fait l'objet de toutes les investigations jusqu'à lors le plus souvent effectuées dans le secret, l'homme va progressivement se diriger vers une mort accompagnée par le médecin, un évènement individuel, objet de questions systématiques. Notons d'ailleurs sur ce point une interrogation qui s'impose, au-delà de tout clivage. Autrefois vécue en famille, cellule rassurante, la mort est désormais une expérience personnelle, et à l'heure de l'« ère du vide », et de « l'hyperindividualisme »³⁶, l'institution hospitalière serait-elle alors devenue l'unique *référente* lorsqu'il s'agit d'envisager les interrogations relatives à la mort, et au deuil³⁷ ? La *mort-tabou* n'est plus un secret pour personne, bien qu'elle soit sur-représentée médiatiquement, et autant de fois banalisée.

16.- Ainsi, la question de la mort se pense. Si Platon entendait faire de la mort l'objet même de la philosophie³⁸, il est évident que la réflexion contemporaine ne se positionne plus au niveau d'exigence métaphysique auquel *Aristoclès* entendait placer sa quête. Désormais les maîtres de la pensée ont imposé un ordre psychologique, usant des modèles *archétypiques*

³⁴ J. Leonetti, *De la mort en famille à la mort à l'hôpital, La médicalisation de la fin de vie*, in *Vivre ou laisser mourir. Respecter la vie, accepter la mort*, éd. Michalon, Paris, 2005, pp. 17-22.

³⁵ Ph. Ariès, *op. cit.*, *ibid.*, p. 64.

³⁶ Expressions et titre de Gilles Lipovetski.

³⁷ *Ibid.*, p. 174. Sur ce point, Ph Ariès associe l'Eglise à l'hôpital. Il entend préciser que la sacralisation de la mort n'a pas totalement disparue des consciences de certains, dans la mesure où l'Homme, avant d'être mis en terre accomplit un dernier rituel religieux dans la plupart des cas. C'est peut-être même le dernier lien avec un au-delà, un lien avec le religieux : la peur de la mort. Pourtant, nous précisons que la naissance tout comme le mariage sont de plus en plus désacralisés, sortant des églises et autres enceintes de nature religieuse pour entrer dans les mairies et les tribunaux, la mort entre progressivement également dans un cycle de désacralisation ouvrant les contemporains à des pratiques telles que la crémation dans un Occident ignorant du sens même de cette tradition extrême orientale.

³⁸ C'est l'objet même de son *Phédon* où Socrate n'entend pas moins démontrer que sans perspective de mort, l'homme ne saurait s'attarder sur la pensée de la vie, de la réalité de celle-ci, de sa nécessité.

d'analyse, formalisant l'homme. Ainsi en est-il des sciences de l'homme structurant des sous groupes d'appartenance, identifiés en tant qu'objets d'étude³⁹.

17.- Il ne s'agira pas ici de créer quelques artefacts sociologiques, ou encore de nature anthropologique, basés sur des stéréotypes de lecture façonnés par le rationalisme, quand bien même objectif, de l'homme⁴⁰, de telles sciences, toute proportion gardée, ne pouvant répondre à l'exigence d'« ouverture au tout [qui] est la vérité de la personne »⁴¹. Car, si la norme est nécessairement temporelle et limitative, elle devrait pourtant dépasser certaines contingences structurelles typiques du sociologisme⁴². Nous entendrons en ce sens, dans la mesure du possible, sortir de tout subjectivisme, ou idéalisme au sens moderne qui lui est donné, tâche pour laquelle nous pensons en réalité devoir dépasser tout objectivisme idéalisant, sceptique et encore appelé pragmatisme⁴³. Effectivement, sans pour autant caricaturer des sciences courageuses, reconnaissons tout de même que les modèles sociologiques et anthropologiques obéissent notamment à des méthodes structuralistes⁴⁴, relevant d'une approche idéaliste, faisant de l'accessoire des comportements humain

³⁹ Voir à ce propos les nombreux travaux réalisés par des auteurs de différents horizons. Ces auteurs se complètent dans l'approche que les modernes ont de la mort. Ainsi nous renvoyons notamment à l'œuvre de N. Elias, *La solitude des mourants*, Agora, Paris, 2002, pour une approche à caractère sociologique. Dans une perspective toute à la fois anthropologique et introduisant une lecture des symboles, nous renvoyons à l'œuvre de J.-P. Vernant, *L'individu, la mort, l'amour*, Gallimard, Paris, 1996, et enfin, dans une approche exclusivement philosophique, à tendance nominaliste et phénoménologique, nous renvoyons aux œuvres respectives de V. Jankélévitch, *La mort*, Flammarion, Champs, Paris, 1977, et E. Morin, *L'homme et la mort*, Seuil, Poche, Essais, Paris, 1977.

⁴⁰ Voir une approche anthropologique chez L. V. Thomas, *Anthropologie de la mort*, Payot, Paris, 1975.

⁴¹ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 461.

⁴² *Ibid*, pp. 130 s.

⁴³ Notons dès à présent ce que nous entendons énoncer comme subjectivisme et comme objectivisme. Ainsi, si dans le langage communément admis par l'ensemble de la communauté scientifique profane d'une certaine doctrine relevant d'une tradition universellement philosophique et métaphysique, le subjectivisme est la démarche idéalisante relevant des désirs et passions de l'Homme n'obéissant à rien d'autre qu'à son esprit d'auto-satisfaction hédoniste, nous affirmerons au contraire que c'est bien ce qui est identifié comme pragmatisme objectiviste qui est relevant de cet idéalisme. Ici l'idéalisme sera entendu en tant que formulation d'un archétype cosmogonique, tel que Thomas Moore eu put le formuler dans son *Utopia*. Rien à voir ici avec un *pseudo* idéalisme attribué à l'œuvre platonicienne et notamment au *Timée* ou encore au *Critias* ou bien évidemment à *La République* où Platon fait en réalité référence à une mythologie, langage profane et théâtral en vue de traduire une doctrine ésotérique accessible à une seule élite, non pas intellectuelle au sens moderne, mais relevant de l'ordre des choses. Nous ne pouvons sur ce point nous attarder plus en détails en raison de l'éloignement que cela pourrait engendrer de notre sujet; cependant nous nous sentons obligés de noter qu'il existe des références possibles dans l'œuvre guénonienne notamment dans *Les états multiples de l'être*, préc. Ainsi entendrons nous subjectivisme comme relevant authentiquement du *sub jectum* latin, faisant dès lors référence à un sous-jacent métaphysique, ainsi opérant un sens des plus objectif au sens où il se trouve intangible à la raison humaine. Par opposition ainsi l'objectivisme moderne n'est en réalité qu'un idéalisme subjectiviste au sens d'une *re-construction* du réel à partir de données solidifiant le donné ontologique premier alors cristallisé dans sa course *cyclo-générative*.

⁴⁴ Voir le structuralisme comme méthode analytique chez C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Plon, Paris, 1983, pp. 59-62. Pour Lévi-Strauss, c'est la seule discipline qui soit parvenue à « formuler des relations nécessaires ».

l'essentiel⁴⁵. Ici c'est toute la subjectivité⁴⁶, ou idéalisme germanique⁴⁷ de la raison de l'homme qui opère en une approche partielle et partielle, car conditionnée à des facteurs phénoménologiques et donc contingents. Et cette approche phénoménologique de la société des hommes n'a pas épargné la régulation de leurs conduites. Le droit positif lui-même, est une matière qui opère cette démarche en tant qu'il se risque à examiner le plus largement possible les comportements humains, dans leur multiplicité. C'est ce qui caractériserait la poursuite de la *justice*, nécessaire dans l'ordre des choses de la manifestation humaine. Autrement dit, le droit donnerait un cadre socio-politique, aux moyens d'outils de connaissances des comportements tels que les études sociologiques, ou encore des études de statistiques, et ce en vue, de toute évidence, d'être au plus proche d'une traduction morale de ces comportements dans l'ordre juridico-légal.

18.- N'enseigne-t-on pas, d'ailleurs, aux étudiants dès la première année, que la règle de droit, en tant qu' « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société » selon Cornu⁴⁸, est abstraite, impersonnelle, générale et d'application immédiate ; et c'est cela qui confère au droit un caractère scientifique, en ce sens que ces éléments sont des variables stables, permettant de « mettre en évidence l'universalité de l'autorité dirigeante dans les groupes humains. »⁴⁹. Il est ainsi classifié dans les sciences humaines, celles-ci étant le plus souvent structurées sur une idéologie

⁴⁵ Voir en ce sens l'ensemble de l'œuvre de J.-M. Trigeaud et notamment *Droits premiers*, éd. Bière, Bordeaux, 1991, ou encore *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, préc. sur la question des causes secondes comme outils de la loi, en lieu et place d'une onto-axiologie *re*-créatrice.

⁴⁶ Au sens moderne du terme, et bien loin du *sub jectum* latin du droit romain, à savoir ce qui est sous-jacent à tout droit positif et qui en ce sens doit être considéré comme outils stable en tant que principe et cause première produisant la loi. Voir en ce sens notamment J.-M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, op.cit. Et c'est donc volontairement que nous nous employons à user du terme malgré tout, poussant ainsi son emploi jusqu'à l'aberration.

⁴⁷ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, sur l'influence de toute une philosophie germanique, subie par l'ensemble de la pensée moderne, allant de Kant à Hegel, Fichte et Feuerbach à Leibniz, philosophie idéaliste, néo nominaliste, quantitativiste et positiviste, *re*-créant le critère ontologique sur des fondements empiriques et phénoménologiques. Ces limitations cloisonnent la pensée dans des artefacts moraux qu'elles disent être une éthique ; une métaphysique chez Kant qui demeure spéculative et « *s'élève complètement au-dessus des enseignements par l'expérience* » (E. Kant, *Critique de la raison pure*, seconde préface, 1781 ou 1787, § 9.).

⁴⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H Capitant, Paris, PUF, 2008.

⁴⁹ G. Chrétien-Vernicos, *Cours d'histoire du Droit*, Université Paris 8 Vincennes, Saint-Denis, 2001-2002, Cours n°1 ; l'auteur se fonde sur l'approche du droit de L. Pospisil qui élabore sa théorie en définissant le droit comme « phénomène universel, selon plusieurs critères qui le caractériseraient dans toute société, ces critères sont au nombre de quatre, l'autorité, l'intention d'application universelle, l'obligation et la sanction. » et le citant d'affirmer : « J'ai — dit-il — appliqué le terme " droit " (ius, Recht) aux principes qui gouvernent les décisions émanant des autorités (leaders) dans les groupes et qui sont réellement en vigueur. ».

essentiellement *politique*⁵⁰, sans toujours que cela ne soit au sens le plus exigeant du terme, et ce n'est sans doute pas par hasard, ce que nous relativisons immédiatement, notre propos devant être exempt de généralisation parodiant une analyse nécessairement plus approfondie de la question. C'est pourquoi, par **abstraction**, nous comprendrons le souhait du législateur de permettre aux juges d'effectuer une application circonstancielle et adaptée d'un texte resté volontairement principiel dans son fondement. Par **impersonnelle**, le législateur entend suggérer une loi applicable pour tous, ayant une vocation universalisante. Par **générale**, le législateur entend délimiter l'application de la loi sur un territoire donné, limitant aux seuls citoyens et ressortissants du dit territoire la dite loi. Enfin, l'application **immédiate** n'est autre que la limitation dans le temps de l'existence de la dite loi.

19.- Ces éclaircissements faits, il est apparent que le droit positif se trouve limité par une structure rationnelle, inféodée à l'expérience dont font état les qualifications sociologiques et statistiques. Dès lors subjective, la loi au sens de l'idéalisme kantien, trouverait ici ses lettres de noblesse, en tant qu'elle relèverait uniquement d'une responsabilité juridique, et donc extérieure à l'être perceptible, mais insaisissable, par opposition à la responsabilité morale dont il ne faudrait laisser l'appréciation qu'à l'autonomie de l'individu⁵¹. Or si Kant a voulu démontrer que la dernière relève bien de l'ordre du subjectif et la première de l'ordre objectif, ce serait en inversant l'ordre des choses inféodées au *principe primordial de nature métaphysique*⁵². Car, niant toute implication d'une quelconque responsabilité morale dans l'ordre juridique, Kant aurait entendu écarter les subjectivités triomphantes des juristes et autres législateurs dans leurs rapports gouvernementaux à leurs semblables. Toutefois, ce serait en niant ce qui fait l'essence même de la personne, sa subjectivité, qu'il aurait permis sa réintroduction en légitimant une construction de la loi strictement fondée sur des données déterminées par la seule appréciation, *subjective*, de l'homme.

⁵⁰ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 2006, sur l'approche politique ou politisée d'un droit qui dit ce qu'est la chose en niant ce qui n'en fait pas partie pour le bien fondé de la rédaction d'une loi qui devient discriminante et purement formaliste, car objet de consensualisme comme chez Habermas. Nous reviendrons sur ces points en Deuxième Partie.

⁵¹ Voir sur ce point l'article de Simone Goyard-Fabre qui y fut consacré aux Archives de philosophie du droit faisant référence à la doctrine kantienne de la responsabilité essentiellement développée dans sa *Critique de la raison pratique* ; S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon KANT*, in *Archives de philosophie du droit*, n°22, *La responsabilité*, 1977, p. 113 à 129.

⁵² La philosophie de Kant est d'une grande complexité tant il est possible de retrouver chez celui-ci d'inombrables degrés de lectures, platonicienne, religieuse, etc. Certainement que ce sont plus encore les descendants et interprètes de Kant qui ont sécularisé ses positions. Voir P. Agostino Gemelli, *Immanuel Kant. Volume commemorativo del secondo centenario della nascita*, Vita e Pensiero, Milano, 1924.

20.- En effet, nous entendrons, dans la présente étude, et sans trop généraliser ni nous égarer du propos concernant le mourant, renverser l'approche classique de philosophie du droit moderne, faisant relever ce qui a trait à l'esprit d'un ordre subjectif, entendu comme expression d'une volonté, d'un libre arbitre cartésien, assimilé à un arbitraire. Cette tâche nous est apparue indispensable, dans la mesure où il convient d'explicitier encore l'état d'esprit suivi jusqu'alors, prenant pour premier, et peut-être même principal objet d'étude, la *personne*, subséquentement mourante.

21.- C'est la raison pour laquelle, nous affirmons que loin d'être dangeureuse, la subjectivité serait axiologiquement tout au contraire nécessaire. Car, si Kant la renvoie tout de même à une dimension transcendantale de l'*être*, toute la philosophie allemande génériciste et idéaliste de la suite des temps, de Hegel à Fichte, ou encore Nietzsche à Heidegger, n'a jamais pu la dépasser⁵³. Assurément, déclarant la « toute-puissance »⁵⁴ de la pensée, entendue au sens de raison, et faisant donc de la *personne* ineffable un personnage, une représentation masquée⁵⁵, loin de tout dépassant d'un ontologisme substantialiste, la philosophie germanique empêche ce passage de l'*être* indifférencié, passif, à la multiplicité des états de l'*être*⁵⁶ dans l'individualisation de la *personne*⁵⁷. C'est ainsi sans compter sur la scission qu'opère cette philosophie avec un principe primordial, dont dépend le critère transcendant, et auquel aucune contingence ne peut être admise. Il s'agit d'une philosophie donc essentiellement axiologique,

⁵³ Voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op.cit., pp. 131 s.

⁵⁴ Voir en ce sens notamment J.-M. Trigeaud, *ibid*, p. 95. Ici l'auteur développe l'expression de la *personne* objet transcendant du droit en s'appuyant sur les multiples symbolismes par delà les contingences culturelles. Ainsi, il s'attache à démontrer en quoi le symbole du masque permet, par un processus de remontée au sens primordial de cosmogénèse de celui-ci, dépassant ainsi toute contingence propre à l'évènementiel, ou encore et en référence à une certaine philosophie contemporaine, de dépasser tout phénomène ou épiphénomène caractéristique d'une philosophie *quasi* idéaliste faisant du seul monde manifesté son objet « métaphysique ». Ainsi, l'auteur précise en quoi la *personne* qui *se cache derrière le masque* renvoie à l'être primordial, le premier homme, dépositaire et responsable de la loi et de l'organisation politique qui lui incombe, en tant que *sujet*. Le microcosme révélé par le macrocosme du *principe primordial*.

⁵⁵ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *ibid*, pp. 26 s.

⁵⁶ Voir en ce sens R Guénon, *Les états multiples de l'être*, op.cit., chap. IV et V notamment. Ici, nous venons par cette référence à la métaphysique guénonienne, compléter l'apport du *prosôpon* grec de J.-M. Trigeaud. Si le masque symbolise le passage de l'être substantiel à l'être phénoménal, la théorie guénonienne entend préciser que la substance ne peut suffire la remontée au principe primordial dont dépend cette substance, et dont le masque en serait la manifestation en système symbolique. Ainsi, si la substance est le principe féminin de la manifestation qui sert de support d'expression à la personne, l'essence en est le principe masculin permettant le passage de la puissance à l'acte comme dans la pensée d'Aristote, ou encore de l'état de potentialité à l'effectivité (notons sur ce point les exposés rappelés dans l'œuvre complète de Guénon sur ce point et notamment dans son *Symbolisme de la croix* ou encore dans ses *Aperçus sur l'ésotérisme islamique et le Taoïsme*.) Ainsi, cette dualité dans l'unité présuppose une Unité première dénuée de tout état de multiplicité, un Au-Delà de l'Unité, un Zéro métaphysique. Notons à ce sujet l'approche chrétienne d'un Rosmini, n'entrant en rien en contradiction avec la lecture orientale (et non pas orientale!) et extrême orientale d'un Guénon.

⁵⁷ Voir sur ce point, ainsi que sur les concordances entre les théories allemandes et la sédimentation du droit positif : A. Leca, *La genèse du droit*, PUAM, 2002, pp. 386 s.

prenant le critère ontologique comme point ultime de sa métaphysique. En ce sens, nous écarterons également toute considération de nature positiviste totalisante, telle que la pensée schmittienne⁵⁸. Il s'agira d'opposer à l'idéalisme ambiant, l'objectivisme le plus pur, essentiel, ontologiquement dépendant. La nature métaphysique de cette approche philosophique entend remonter au *principe premier*, par une succession d'hypothèses qui, par inductions et réductions, feraient échouer les contingences phénoménologiques et atomistes des sciences humaines. Ainsi, nous présupposerons du lien existant entre ces sciences de nature profane et une science universelle, métaphysique et éthique⁵⁹. Le droit positif sera donc ici considéré comme une science de l'*homme* par et pour l'*homme*. Puis il sera analysé dans son application faisant ainsi appel à des préconçus analytiques, herméneutiques, dont le juge fait usage. Ces derniers seront démontrés en tant que relevant de deux ordres non pas distincts, mais complémentaires l'un de l'autre : le premier sera celui de l'idéologie, essentiellement politique, aux expressions aussi variées que économiques, sociologiques, anthropologiques, philosophiques ou encore religieuses ; le second sera celui relevant du *cogito* cartésien, expression rationalisante du premier, sous la forme d'un langage spécialisé. Nous démontrerons que ces deux ordres ne relèvent en réalité que d'un subjectivisme idéalisant, mais auquel le juge n'est pas nécessairement inféodé lorsqu'il s'agit de saisir le caractère ultime de la liberté de celui qui est à l'épreuve de sa mort.

⁵⁸ Antilibéraliste farouche, et en cela proche d'une pensée marxiste, Schmitt ne puise pas seulement à la source rousseauiste, mais aussi chez Thomas Hobbes. Proximité et distance, amitié et hostilité sont la loi de cette confrontation que Schmitt fonde comme relation humaine ; il en tire l'idée de la « guerre de tous contre tous » *Bellum omnium contra omnes*, ainsi que la théorie du contractualisme moderne, qui est en plein dans la lignée de celle tirée du *Léviathan*. Schmitt met donc l'Etat au dessus de la loi, affirmant qu'une société se définit en opposition aux autres et qu'ainsi tout ce qui devient antagonique devient par là même politique. Or selon Schmitt, la guerre est l'acte politique par excellence, car pour exister soi-même il faut repérer son ennemi et le combattre. De ce fait, la politique ne se confond pas avec l'État et L'État est une forme historiquement transitoire. Or, désormais l'État est la forme la plus complète du politique parce qu'il a seul le pouvoir d'identifier et de nommer l'ennemi intérieur et extérieur. L'État qui mène donc une politique pacifiste cesse d'être une entité politique car il s'engage sur la voie de la mondialisation : celle-ci correspond selon Schmitt toujours à la fin de la distinction ami/ennemi, et mène à l'évolution vers une dépolitisation de la planète et vers une société universelle (*cosmopolis*). Cette théorie totalisant les comportements politiques par un Etat souverain ayant en quelque sorte uniformisée les hommes pour en faire une cause commune sur des critères extérieurs à toute singularité a valu à Schmitt de rejoindre un temps le projet nazi. Voir en ce sens notamment, J. Derrida, *Politique de l'amitié*, Paris, Galilée, p. 102, n. 1 ; cité par Y. C. Zarka, *Le souverain vorace et vociférant*, Cités, n° 30, PUF, 2007, 192 pages, p. 3 à 8. ; Y. C. Zarka, *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, 2009 ; J.-F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, « Léviathan », 1992 ; rééd. PUF, « Quadrige », 2005. ; J.-F. Kervégan, *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Paris, ENS éditions, 2002.

⁵⁹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *ibid*, sur la nécessité d'une science juridique contingente reposant sur les fondements métaphysiques du droit. Mais aussi sa critique dans J.-M. Trigeaud, *Justice et Tolérance*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1997.

22.- Dans le prolongement de l'approche *pré*-historique liminaire, il conviendrait de préciser que l'histoire du droit de la santé, tel que le législateur entend envisager la personne malade en état de mort « à venir », au seuil de ce passage, ne pourra en réalité être étudiée en propos introductif. En réalité, c'est au moyen d'une analyse par déduction des différents plans de lecture de la loi, et de ses évolutions, que nous entendrons entrevoir l'intention de ceux qui structurent les droits et devoirs des mourants, et de ceux qui les accompagnent. Ainsi, aujourd'hui, la mort reste cet événement marqué par l'exigence d'hygiène, de propreté dans sa venue et son vécu⁶⁰. Il s'agit dès lors de l'ère de la mort bipolaire : soit exagérément exposée jusqu'à la nausée ; soit cachée dans l'isolement des services de soins palliatifs.

23.- **Du point de vue anthropologique**⁶¹, la mort sera regardée dans le sens directement consécutif des précédents propos. Ainsi, mourir est un comportement honteux, et se doit d'être caché. Mourir en dehors de l'âge de mort, en état de vieillesse, c'est en quelque sorte avoir raté sa vie. C'est une faiblesse impardonnable dans la société de la vitesse. Mourir par maladie est donc une erreur de parcours que le corps social ne pourrait accorder. Sans la personne, une fois disparue, le monde des affaires, du commerce, de la mode, de tout ces *dieux et idoles de notre ère moderne* plus encore polythéiste que ne le sont d'authentiques animistes⁶², continuent leur inlassable course contre le temps, le temps de la mort. Car la mort est regardée comme une disparition, un effacement total. Or, l'ère de la course contre le temps s'interdit même le repos, ne le remettant qu'à celui éternel ; alors l'arrêt définitif ne serait pas plus envisageable dans l'esprit regardant le temps présent, que le futur ne serait concevable après la mort. Celle-ci est retranchée dans des lieux prévus à cet effet, où l'on ne se rend qu'exceptionnellement. Ainsi faut-il que le deuil entache la vie pour conduire jusqu'à la morgue, au funerarium, ou encore au cimetière⁶³. C'est ici que les lieux de cultes prennent toute leur place cathartique en la matière, car c'est là que les âmes humaines des vivants pleurent, et celles des morts s'en vont. Le reste du temps, la mort est aux informations

⁶⁰ Rappelons sur ce point les propos de Ariès dans son *Essai sur l'histoire de la mort en Occident*, qui identifiait la mort comme une « mort interdite ». Nous comprenons ici que la mort est aujourd'hui considérée comme sale, doit se cacher. De plus, il ne convient pas d'en trop parler en société car le temps est venu de la mort représentée dans la violence par l'outrancier excès d'exposition de morts de guerre par les mas médias. La mort est ailleurs, elle est accidentelle ou guerrière : donc violente ; ou normale lorsqu'elle concerne une vieille personne ou encore un malade, et ne suggère aucun développement en vue de faciliter le travail de deuil par le dépassement par l'oubli. Notons sur ce dernier point que l'approche psychologique relevée par Ariès entend toujours préconiser à l'endeuillé de continuer à faire exister le disparu par la pensée par le souvenir de ce qu'il laissa de bon.

⁶¹ L. V. Thomas, *Anthropologie de la mort*, op. cit.

⁶² Voir en ce sens R. Gélibert, *Philosophie de la croyance*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 2012, *passim*.

⁶³ Voir D. Hervieu-Léger, *Mourir en modernité*, in J.-C Ameisen, D. Hervieu-Léger et E. Hirsch, *Qu'est-ce que mourir ?*, éd. Le Pommier, Paris, 2003.

télévisées, dramatique, accidentelle, par la consommation excessive de tabac, par le fait d'ignobles dictateurs faisant la guerre, ou de libérateurs des peuples opprimés, tuant de ce fait les précédents. Sociologiquement, la mort n'est en rien fédératrice, elle ne garantit pas un lien de rapprochement des individus tant elle est fin, et donc rompt en toute circonstance le lien social possible. C'est certainement en ce sens que l'hôpital pourrait incarner une forme idéale de havre de paix, car là, la mort serait habitude, protégée des excès de l'extérieur, par sa médicalisation, et sa prise en charge professionnalisée.

24.- Psychologiquement destructrice, elle sera toujours le terreau d'une *re*-génération de l'individu endeuillé. Elle sera aussi l'occasion de se libérer d'entraves psycho-affective profondément enracinées ou refoulées depuis de nombreuses années chez celui qui est conscient, dans la maladie, de l'imminence de sa propre mort. Ainsi, dès *leurs premiers* jours, les sciences de la santé mentale se sont saisies de l'approche de la mort dans la psychologie de l'individu. La psychanalyse freudienne s'est même basée sur deux thèmes de la vie, faisant balancer l'individu entre réalisation d'un inconscient sexuel et réalisation d'un *sub*-conscient de sa mort⁶⁴. Et cette hypothèse dialectique fait écho à une lointaine mythologie grecque, réunissant *Eros*, *Thanatos* et *Hypnos*, dans une seule et même démarche cosmogonique⁶⁵.

25.- Ces approches de nature psychologiques auraient en réalité pour origine, sans trop restreindre la généralité du problème, l'excessive rationalisation de l'individu⁶⁶, identifié en composantes objectivement confondues⁶⁷. Hypothétiquement, les archétypes de la pensée ne

⁶⁴ La mort selon S. Freud serait le résultat proprement dit et le but de la vie en ce sens que ce n'est point elle qui est l'accident, mais la vie elle-même. C'est en ce sens que Freud affirmait que « la croyance à la nécessité interne de la mort n'est peut-être qu'une de ces nombreuses illusions que nous nous sommes créées pour nous rendre supportable le fardeau de l'existence. », S. Freud, *Essais de Psychanalyse*, article, 1909-1915, trad. S. Jankélévitch, éd. Payot, Paris, 1989, I, 6.

⁶⁵ Voir en ce sens, P. Commelin, *Mythologie grecque et romaine*, Pocket, 1994 ; ou encore J.-P. Vernant, *L'individu, la mort, l'amour*, préc., ou encore J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, préc., ou encore J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Studio Editoriale di Cultura, col. Nuova Bib. Filosofia Oggi, Gênes, 1990.

⁶⁶ Voir S. Henneute-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant*, in S. Henneute-Vauchez, ss. Dir., *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2006.

⁶⁷ Voir en ce sens nos précédentes notes à ce propos et sur la question de l'extrême rationalisation des sciences humaines et sociales, les analyses faites sur l'un des objectifs majeurs de la philosophie rationaliste des sciences de Popper qui aura été, d'un bout à l'autre, d'établir une différence logique entre science et non-science, plus précisément, entre science et métaphysique et de déterminer le critère premier (la falsifiabilité ; conscient du sens courant du mot « falsifiable » (et ses dérivés) en français, Karl Popper, dans la préface d'un de ses livres (en français), demande d'utiliser à la place « réfutable » et les mots apparentés « réfuter » et « réfutation ».), décisif à l'établissement d'une telle frontière, notamment chez J. Baudoin, *La philosophie politique de Karl Popper*, PUF, Paris, 1994. Cette théorie fut sévèrement critiquée ; voir notamment en ce sens W. Sabete, *La théorie de la connaissance scientifique en droit et le procès de la métaphysique*, Arch. Phil. Droit, n° 46, 2002, faisant référence notamment à R. Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998, p. 55, où l'auteur

seraient que la résultante de l'homme divisé en deux entités chez Descartes, faisant corps et âme (*esprit ?*, la distinction n'étant pas très claire chez l'auteur)⁶⁸. Ainsi, la psychologie moderne entend traiter l'*âme* sans porter attention au corps. C'est à la médecine des hôpitaux qu'il incombe de traiter les corps délaissés par la psychologie. L'approche de l'individu, de la mort de celui-ci, est dès lors conditionnée à un subjectivisme idéalisant de la personne malade. Et cette conditionalisation de l'individu se retrouve dans l'approche médicale de la mort. Cette dernière n'est pas autre chose qu'une description empirique, dégagée notamment par l'OMS, dont on ne pourrait douter de la compétence, et rendue nécessaire par la contrainte de l'exigence positiviste du droit⁶⁹.

IV. Vers l'unité dans l'approche juridique ?

26.- L'exigence positive s'impose. A plus forte raison, car il est nécessaire de traduire sous forme de règle, le principe premier transcendant qui respecte intangiblement la personne, en cédant au langage spécialisé, à cet ordre particulier qu'est le droit, qui se doit d'être infailliblement limitatif et nominaliste. En effet, il conviendra d'admettre la nécessité d'un ordonnancement par la loi, opérant par un langage spécifique, quand bien même la spécification pourra faire l'objet de vives critiques, lorsqu'elle semblera outrepasser les limites de ce que la *liberté absolue* de la *personne* peut accepter. Admettons que les comportements humains se doivent d'être guidés, voir même conditionnés par un ensemble de textes concordant⁷⁰. **Ainsi notre thèse n'entend pas être une critique systématique et purement négative de ce qu'est le droit positif, et de ceux qui le font. Au surplus il s'agira de reconnaître l'effort constant du législateur, et des juristes de notre temps, face**

affirme que certains courants positivistes « allèrent même jusqu'à affirmer que la vérifiabilité empirique était la condition nécessaire du sens d'un énoncé. », faisant une assimilation entre la chose, son énoncé et les termes de son étude.

⁶⁸ Voir en ce sens R. Descartes, *Les Principes de la philosophie*, trad. Picot, D. Moreau, annot. X. Krief, Vrin, Paris, 2009, §7.

⁶⁹ Il est nécessaire d'établir ces critères empiriques de telle sorte qu'il soit possible de caractériser un état d'un autre, et ce en vue d'opérer le basculement de l'un à l'autre ; la question est déterminante en la matière car permet à l'individu, en tant que personne, de jouir de droits attachés à la vie ainsi définie *a contrario* des critères de la mort. Voir en ce sens notamment la définition juridique de la mort chez J. Carbonnier qui en disait d'elle qu'elle « est l'anéantissement de la personnalité », voir notamment J. Carbonnier, *Sur les traces du non-sujet de droit*, Arch. Phil. Droit, n° 34, 1989, p. 197. La personnalité étant la forme actualisante de la *personne*, ce sur quoi nous reviendrons bien évidemment attendu que Carbonnier n'en affirme pas quant à elle la fin.

⁷⁰ Ce que suggère Hegel lorsqu'il entend construire une philosophie réaliste de l'Etat prenant pour objet l'Idée du droit ; voir G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. et an. J.-F. Kervégan, Vrin, 2002, pp. 57 et pp. 71.

à un sujet si troublant que la mort. Car de toute évidence, si les points de vue théoriques sont différents, ce qu'il faudra démontrer, nous ne pouvons que reconnaître l'harmonisation ainsi que la complémentarité finales de ceux-ci avec le présent propos, portant nos regards sur le même objet.

27.- La mort n'épargnera quiconque. Et si mourir demeure l'interrogation philosophique par excellence, elle constitue tout de même l'objet de réflexion *extra* structurel par définition. En tant que limite ultime à la *vie*, elle est le *point final* à toute étude sur celle-ci, mais elle est également *au-delà*, en ce sens que l'on peut, en abordant par spéculation, envisager son *après*, tout comme l'on aborde l'*avant* de la vie⁷¹. Or il ne s'agira nullement ici de se borner à ces types d'approches. Nous nous contenterons de signifier sa pensée dans l'esprit de celui qui y est confronté immédiatement. Ainsi avons-nous choisi de le circonstancier au champ médical, inféodé au droit positif, au sein de l'unité hospitalière.

28.- Ainsi, il conviendra tout d'abord de définir ce que l'on entend par mourir au sens moderne⁷². Médicalement, est mort celui qui réunit les quatre conditions limitatives dégagées par l'OMS et reprises au Code de la santé publique⁷³. Ces conditions avaient fait l'objet d'un décret en 1996, abrogé depuis, nécessitant alors un décret en Conseil d'Etat⁷⁴. Il s'agira dès

⁷¹ Voir X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit.

⁷² Il est à noter en effet qu'un sens traditionnel pourrait intervenir dans notre étude. Mourir à soi-même, la *fâna* de la tradition islamique, ou soufisme (*taççawuuff*) serait un point d'étude en la matière. Du point de vue de la question des cycles de vie, mourir constituerait dès lors une étape dans le cheminement de vie que chacun mène jusqu'à sa mort. Le processus de mortification que l'on retrouve dans la doctrine Hindoue ou encore bouddhiste nous renseignera très bien sur ce point. Notons enfin, sans trop nous éloigner de notre sujet, que la résurrection promise après la mort tant dans les religions chrétiennes que dans l'islam, mais également dans la Tradition Hindoue, connaît ici l'expression apparente d'un certain sens caché. Sur ces points, il sera judicieux de consulter notamment R. Guénon, *L'Homme et son devenir selon le Védentâ*, Editions Traditionnelles, 2000, au sujet de la tradition Hindoue mais également de l'ésotérisme islamique bien plus rapproché du premier que les modernes occidentaux ne l'entendent ; mais également l'analyse d'une bibliste, Y. Girard, *La résurrection de Lazare et son interprétation*, www.interbible.org.

⁷³ Art. R. 1232-1 du Code de la santé publique, ainsi que R. 1232-2 du Code de la santé publique concernant le cas particulier de la mort dite clinique, et enfin R. 1232-3 du Code de la santé publique sur l'établissement d'un certificat de décès. Ajoutons que l'absence apparente de fonctionnement cérébral ne saurait constituer le diagnostic à elle seule, la preuve devant être faite que cet état est irréversible. Elle est considérée par l'OMS comme le critère médico-légal du décès, par contraste avec un simple arrêt cardio-circulatoire. En effet, contrairement à ce dernier, un individu en état de mort cérébrale est considéré comme étant engagé dans un processus irréversible vers le décès définitif ; il n'est maintenu en vie que par les procédures de réanimation modernes. Et c'est bien cet état qui fait écho à l'art. R. 1232-2 du Code de la santé publique relatif à la mort dite clinique. La problématique corrélative à cet entre deux ainsi que la responsabilité de ceux qui l'assimilent à la mort dite définitive posera les bases de notre présente étude.

⁷⁴ Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996, *relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat)*, introduisant un art. R. 671-7-1 du Code de la santé publique, abrogé par le décret n° 2003-462 du 21 mai 2003, *relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique*.

lors pour le personnel médical à même de constater la mort, d'identifier quatre états, ce qui emporte de nombreuses conséquences de nature juridique⁷⁵. La mort, en tant que passage d'un état à un autre désigne la cessation de l'existence juridique, et doit donc procéder de critères certains. C'est pourquoi, tout d'abord, l'individu ne doit plus respirer spontanément. De plus, il doit présenter toute absence d'activité cardiaque spontanée. Il en va de même pour l'activité du tronc cérébral. Enfin, il doit y avoir absence totale de conscience. Nous comprenons aisément que ce dernier critère fait obstacle à de nombreuses interprétations, et notamment de nature théologique ; toutefois, c'est dans l'ordre du droit qu'il s'agira de comprendre les conséquences majeures à ce propos. De la conscience dépend la capacité, et de la capacité dépend l'expression d'une volonté, et de celle-ci dépend l'expression du consentement, qui n'est autre qu'une forme de conscience matérialisée. Or, volonté et consentement reactivés ensemble, à l'aune de la conscience, pourraient connaître les pires revers, dans la mesure où celle-ci serait limitativement considérée comme facteur de désignation d'un état de mort en quelque sorte anticipé. *C'est en réalité au moyen du critère de la conscience, marquée du sceau de la subjectivité, que se fonderaient de nombreuses entreprises de normativisation de la fin de vie.*

29.- Il s'agira de développer, sur ce point, un détail non exhaustif des résistances de tous ordres opposables aujourd'hui sur une possible introduction d'une législation concernant ce que l'on nomme assez mal *euthanasie*⁷⁶. Notons dès à présent à ce propos que, si les trois premiers critères semblent objectivement identifiables, dans l'ordre de l'empirisme médical, le dernier critère de la conscience apparaît bien plus complexe tant il fait appel, *a priori*, à une identification pouvant relever d'un ordre bien plus abstrait. Or, et ce afin de pouvoir permettre la rationalisation de ce critère en vue d'un constat de mort qui ne peut être entaché de

⁷⁵ La première définition topique du constat de mort a été résolue par le décret n° 47-2057 du 20 octobre 1947, *relatif aux autopsies et aux prélèvements dans les « établissements hospitaliers figurant sur une liste établie par le ministre de la santé publique. »* . Pour une approche légale, voir B. Portinot, *A propos de la définition légale de la mort*, in *Gaz. Pal.* 1988, 1^{er} sem. p. 300.

⁷⁶ Si la notion d'euthanasie remonte, étymologiquement, à la période Antique, dans la Grèce de la grande Athènes, son usage terminologique fut réintroduit dans l'ère moderne par F. Bacon, dans un discours relevant d'une philosophie éthique de la pratique médicale. Une telle réintroduction démontre le souci d'une forme d'individualisation des rapports humains, de l'être individu auto centré sur ses propres intérêts ; cette morale est le fruit d'une pensée hédoniste, puis eudémoniste, faisant passer la satisfaction des intérêts propres, individuellement fondés sur la volonté égotique. Or si une telle approche semble interroger le philosophe du droit c'est en raison d'une forme de pression sociale, relative à un système démocratique où la voix du peuple vaut pour élément ontique de génération de la règle de droit par le politique. La philosophie interroge en l'occurrence les résistances théoriques à une pensée évolutionniste qui considérerait que, *a priori*, le refus du progrès procède d'une attitude passéiste et par là liberticide car contre l'accomplissement d'une volonté proprement individuelle. C'est en ce sens semble-t-il que le terme *euthanasie*, polysème générique, a introduit une discorde doctrinale en France, eu égard aux législations divergentes dans les Etats voisins.

l'incertitude⁷⁷, la doctrine juridique enjoint le corps médical de l'exprimer au moyen d'outils mécanisant cette perspective⁷⁸. Ainsi, la conscience est le plus souvent assimilée à l'activité cérébrale, désormais disséquée en ces plus infimes composantes par l'utilisation d'électroencéphalogrammes ainsi que d'IRM (imagerie par résonance magnétique), permettant d'aller toujours plus loin dans le savoir qui se rapporte à l'anatomie la plus atomistique de l'homme⁷⁹. Dès lors que la conscience est assimilable au constat d'une activité du cerveau, son absence identifiable par la représentation sur écran, est assimilable au dernier critère, déterminant la question de mort juridique. En ce sens, et logiquement, la disparition de la conscience emporte celle de la personnalité juridique. Or c'est sur quoi il s'agira de s'attarder, en vue de comprendre le refus obstiné des autorités politiques⁸⁰, mais également d'une partie des juristes français à la légalisation de « l'euthanasie »⁸¹. Il y aurait une incertitude du législateur, des juristes en général⁸², quant à l'existence d'une conscience non identifiable mécaniquement, et dès lors, il deviendrait inadmissible de prononcer la mort, notamment quand la personnalité juridique est maintenue artificiellement par un appareillage se substituant à l'absence des automatismes de vie physique⁸³. L'hypothèse d'une conscience qu'il serait impossible de percevoir autrement que comme relevant d'une dimension

⁷⁷ Autrefois confiée à l'officier d'état civil, le constat de mort appartient désormais aux seuls médecins, certainement en raison des nombreux cas d'inhumation de personnes encore vivantes ; voir « le vieux code civil veille sur l'inhumation des citoyens », Derobert, *L'inhumation précipitée*, Ann. Méd. 1951, p. 285.

⁷⁸ Le diagnostic de mort cérébrale requiert une procédure rigoureuse et parfaitement formalisée afin de s'assurer de l'étendue des lésions ainsi que de leur caractère irréversible. Ainsi l'art.1232-2 al. 2 du Code de la santé publique précise les exigences légales inféodant la pratique médicale de telle sorte que soit pratiqué un examen neurologique aréactif dans toutes les sphères de l'activité cérébrale, ceci constaté par (au moins) deux médecins, ainsi que sur deux tracés plats d'EEG de 30 minutes réalisés à 4 heures d'intervalle ou une angiographie. Il est de plus requis afin de s'assurer que les signes ne sont pas mimés par un état distinct de la mort cérébrale, de réaliser ces examens chez un patient dont la température corporelle est normale, et en dehors de la prise de psychotropes capables d'abolir temporairement l'activité corticale. Notons dès à présent qu'il sera donc nécessaire de nous attarder sur la question de la prise en charge du patient en état de fin de vie au moyen de médicaments capables d'engendrer l'abolition des facultés cognitives mentales et motrices de telle sorte que celui-ci s'en trouve en état d'incapacité sur un plan juridique. Cette question semble déterminante compte tenue de l'absence totale d'intervention du corps judiciaire en la matière sauf cas de recours auprès de celle-ci par voie de référé.

⁷⁹ Voir notre note précédente.

⁸⁰ Nous introduirons ici la démonstration du lien étroit existant entre le corps politique exécutivo-législatif et l'autorité, *a priori*, indépendante qu'est le Comité Consultatif National d'Ethique, CCNE. C'est en ce sens qu'il sera admissible de les nommer ensemble comme participant d'une politique commune.

⁸¹ Voir en ce sens notamment CCNE, Avis n° 63, *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 2000, pp. 6 s. ; cet avis présente une particularité notoire, car sans pour autant justifier la pratique euthanasique sur un plan juridique, il fait appel à la clémence des juges au regard d'une étude approfondie des situations introduisant le concept « d'exception d'euthanasie » en nommant sa position « engagement solidaire » porteur du respect de la dignité de la personne.

⁸² Et en tout état de cause, si la position ne fait pas l'unanimité, le consensus en ce sens l'emporte toujours. Voir en ce sens notamment G. Ryckewaert, *Le droit face à l'euthanasie*, mémoire, Univ Lille 2, 2001.

⁸³ On peut parler des cas de coma dépassé : cette expression signifie que l'individu serait de l'autre côté de la vie, assimilation à la mort ; voir P. Mollaert et M. Goulon, *Le coma dépassé*, in *Rev. Neurol.* 1959, 101, ; certains estiment que lorsqu'il y a vie maintenue par des appareillages, il ne s'agirait plus que d'« un simulacre de vie » : P. Vigouroux, *Les limites de la vie*, in *Le Concours médical*, 4 janvier 1969, p. 90.

spirituelle, d'un ordre de pensée inaccessible aux appareillages de l'ère moderne, oppose une résistance farouche.

30.- Le droit positif demeurant le critère premier, nul ne devrait pouvoir aujourd'hui échapper aux conséquences d'ordre pénal, de qualification de faits d'homicide⁸⁴, plus ou moins volontaire, en cas de mort provoquée, anticipée, ou assistée. C'est ainsi que le législateur a introduit la notion d'accompagnement⁸⁵ comme un droit pour le mourant, mais également comme un devoir pour le personnel soignant⁸⁶. Cette notion est ainsi devenue la clef de voûte du dispositif légal relatif au thème général portant le nom d'accompagnement en fin de vie. L'idée du législateur est ici d'assurer une zone légale, faisant tampon entre la non assistance à personne en danger⁸⁷, et le suicide assisté ; voir même l'homicide. Il s'agira ainsi de comprendre comment, du fait juridique de mort, ou tout au moins, en amont, des instants plus ou moins étendus dans le temps qui précède, le législateur entend qualifier la protection maximale de la *personne*, au nom du prolongement de sa vie, jusqu'à la survenance exacte de la mort. Cette tâche prendra la forme d'une conservation des libertés civiles, mais également des libertés publiques inhérentes à la jouissance de sa personnalité juridique. Ainsi pourrions-nous comprendre comment le juge se doit, en ce sens, de seconder la loi, accidentellement oserions-nous dire, en garantissant l'unicité juridico-légale d'une démarche de protection de l'unité du sujet de droit, du commencement de sa vie jusqu'à son extinction, totale⁸⁸.

31.- C'est en ce sens que le *corpus* normatif permettrait au juge de relever des notions aussi spécifiquement éthique que celle de dignité⁸⁹, afin de conférer la sacralité requise par la *vie*

⁸⁴ Voir en ce sens les articles 221-6 s. du Code pénal, relativement à la définition même de l'homicide, indépendamment de toute qualification dans le cadre médical, le code pénal ne stipulant aucun cadre propre à qualifier l'homicide.

⁸⁵ Notion dépassant le seul cadre de la phase terminale de la vie ; nous reviendrons nécessairement sur les distinctions de phases dans la mort. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Eléments de réflexion*, op. cit.

⁸⁶ L'accompagnement de la fin de vie fut officiellement introduit par la législation créant les soins palliatifs en 1999 (loi n° 99-477 9 juin 1999, *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs*), mais fut lointainement formalisée par la loi du 4 mars 2002, pour être complétée par la loi du 22 avril 2005.

⁸⁷ De souffrance dans les derniers instants de sa vie par exemple ; voir M. Monteil, *Mort, Ethique, Spiritualité*, PUF et Fondation de France, coll. L'Esprit du Temps, 1997, p. 289 notamment sur les positions spirituelles de la personne mourante ignorant *argent et pouvoir* pour ne plus se situer que sur des considérations relevant de « l'amour ».

⁸⁸ Il convient en effet en la matière d'opérer une distinction entre une mort spéculative, dite clinique, et une mort effective, totale. Si ces critères sont rendus nécessaires en matière médicale, leur exigence ne semble pas avoir de conséquences directes en la matière juridique. Cependant nous interrogerons les aspects effectifs que l'état de mort clinique peut engendrer en matière de délégation de personnalité juridique dans le droit des incapacités.

⁸⁹ Sur *éthique et dignité*, c'est l'ensemble du propos qui tentera de définir de quoi il s'agit, généralement, en application au cas du mourant, proposant modestement un éclaircissement quant à certains aspects du respect des droits de la *personne*.

elle-même. Voilà pourquoi il y a lieu, selon l'attitude jusqu'ici suivie dans le présent propos, d'affirmer que *éthique* et *dignité*, à différents niveaux d'interprétation, sont les composantes sous-jacentes indispensables à toute élaboration d'une pensée des conditions de la mort, qu'elles soient médicales, juridiques ou encore philosophiques⁹⁰. Il conviendra ainsi de découvrir comment, par hypothèse certainement quelque peu téméraire, en faisant coexister les articles 9 et 16 du Code civil, faisant respectivement, implicitement et explicitement référence à la notion de dignité, le juge se doit d'y adjoindre, en matière de garantie des droits du malade, le *corpus* légal tiré du Code de la santé publique, issu des différentes réformes entamées en apparence par la loi du 4 mars 2002⁹¹. Car, en réalité, le malade, qui peut devenir un mourant, est objet de droit depuis bien plus longtemps, ce sur quoi nous reviendrons.

32.- Notre propos se devra donc de mettre en lumière *le caractère accidentel de l'intervention du juge*, nombres de procédures, et notamment de délégations des droits de la personnalité juridique, pouvant s'accomplir sans aucune tutelle ni surveillance de la part d'une autorité judiciaire, y compris sous une forme particulièrement déconcentrée. Il s'agira dès lors de relever l'influence théorique que nous comprenions par intuition, lorsque nous suggérons une résistance de la part des institutions juridiques ainsi que politiques. Programmatiquement, nous affirmons que la théorie des droits de la santé présuppose un sous-jacent philosophique, duquel le droit positif dépend, servant de socle aux droits du mourant. Rappelons à cette occasion que les principes faisant basculer le droit de la personne dans le domaine spécifié du droit de la santé ont largement embrassés par les théoriciens du droit privé tels que Savatier⁹² ou encore Carbonnier⁹³. Ainsi, le droit du mourant reposerait sur une *chose commune*, universellement saisie, tant par le politique étatique garant de la *chose publique*, que par le juge lorsqu'il doit notamment dégagé des principes généraux du droit, prenant la forme de droits fondamentaux.

⁹⁰ Nous renvoyons pour exemple sur le thème, sans que ce renvoi puisse être limitatif, en la matière médicale, *L'accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches*, Conférence de consensus, Hôpital X. Bichat, Paris, sur initiative du ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 14 et 15 janvier 2004 ; sur un plan juridique, G. Tusseau, *Les notions juridiques*, Economica, 2009 ; sur un plan philosophique, *Les notions philosophiques, dictionnaire*, N 19 (03), ENC, pp. 870 s. Ces références peuvent servir à titre indicatif car de nombreux ouvrages tentent de définir ces notions, et notre propos est de tenter d'en donner une approche non exhaustive sur un plan empirique, et de se concentrer sur l'aspect le plus singulier traduisant l'universalité de ces notions. Voir en ce sens l'ensemble de l'œuvre de J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.

⁹¹ En réalité l'accompagnement a pris corps avant la loi du 4 mars 2002, avec la circulaire du 26 août 1986 préc.

⁹² R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, LGDJ, 2^e éd., 1950 ; voir aussi et plus précisément R. Savatier, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le permis d'opérer et les pratiques américaines*, Recueil Dalloz, Paris, 1952, Chron. XXXII, pp. 157-160.

⁹³ J. Carbonnier, *Droit civil. Volume I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004.

33.- En pratique, le droit public⁹⁴ élabore une matière exclusivement jurisprudentielle en ce domaine. Malgré la généralité du problème, convenons tout de même que la jurisprudence, plus spécialement administrative, celle du Conseil d'Etat principalement, n'est autre que l'expression de la traduction du sous-jacent privatiste, et notamment civiliste, en un domaine où l'ordre public prédomine, en sa dimension politisée et étatisée, au sens organisationnel, dénué, *a priori*, de toute idéologie. Le Conseil d'Etat s'appuie, le plus souvent, sur la règle du droit commun de la personne singulière, l'appliquant par la suite au domaine de la personne relativisée à son appartenance à l'ordre public. Il s'agira donc de regarder le droit positif comme un ensemble, tendant vers une cohérence quant au sujet de droit, dont l'expression tenterait de transposer, rationnellement, un langage à la fois métaphysique et éthique⁹⁵. **C'est alors, conformément à notre esprit suivi depuis le départ, et par anticipation sur nos démonstrations à venir, que nous pourrions conclure, conditionnellement, quant à l'irréductible présupposé métaphysique *premier*⁹⁶, dont dépendrait la théorisation juridique, qui n'en serait en réalité que la formalisation par un langage éclairant. Par hypothèse, le regard subjectif que porte la perception métaphysicienne sur la mort, aurait pour conséquence, dans l'ordre des choses dont la philosophie se saisit, de donner la direction universelle dont le droit positif se devrait d'être la traduction en une direction générale, « le biologique réparerai[ssant] « pur » et d'une universalité sans faille avec le décès »⁹⁷.**

34.- Et, lorsqu'il s'agit de considérer une direction générale, il est nécessaire d'examiner, en premier, le *moyen* qui est le garant de sa rectitude, sur le fondement d'une *res communa*. La règle de droit, dans son ensemble, est garantie par le corps politique en sa figure exécutive⁹⁸, celle qui représente la *res publica*. C'est l'administration, au sens de l'agencement organisationnel, qui fait le lien entre toutes les normes qui pourraient, sans celui-ci, paraître quelque peu hétérodoxes. Ainsi, l'administration étatique est garante de l'expression de l'égalité devant le droit⁹⁹. C'est par sa formalisation, en institutions sectorisées, que l'Etat

⁹⁴ X. Labbé, *Introduction générale au droit : Pour une approche éthique*, Presses Univ. du Septentrion, 2010, pp. 13 s.

⁹⁵ Voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.,

⁹⁶ Notion en référence, à J.-M. Trigeaud, *Droit premier*, op. cit.

⁹⁷ H. Batiffol, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁸ Voir F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 85.

⁹⁹ Voir par exemple sur la théorisation du droit et l'Etat : J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2006, pp. 66 s. et pp. 147 s. ; mais aussi S. Goyard-Fabre, *L'Etat figure moderne de la politique*, Armand Colin, Cursus, Philosophie, 1999, pp. 21 s.

entend promouvoir l'accès de chacun au respect des droits inhérents à la pleine jouissance de sa personnalité juridique¹⁰⁰. Lorsque le sujet de droit entend faire garantir l'intégralité de son être, tel qu'il peut le faire lorsqu'il annonce vouloir retrouver l'état initial de sa dignité, à la fin de sa vie, il pourrait se retourner vers l'autorité judiciaire en vue de voir reconnaître une atteinte. Sous tutelle étatique, ou plus ou moins si l'on admet une pareille généralisation en cette occasion, le juge qui en est le garant prendra, par hypothèse, le *corpus* normatif le plus adapté au secteur concernant le sujet requérant pour référentiel; et il pourra s'agir alors de comprendre en ce sens la mesure et les gains profitables au sujet de droit, quant à l'application pratique de la maxime « *lex specialia generalibus derogant* ». Car, il est, semble-t-il, une personne particulière, dont le cours naturel de l'existence se situe dans un lieu dont il n'est pas *a priori* familier, et qui aurait en lui-même des exigences normatives pouvant influencer sur la jouissance de ses droits de sujet mourant.

35.- *C'est ainsi que nous avons choisi de situer le fait de droit de notre analyse critique au sein de l'unité hospitalière, où, désormais, la majorité des sujets de droit mourant viennent finir leurs jours*¹⁰¹. Il s'agira dès lors d'examiner le *corpus* normatif applicable dans son ensemble le plus général, partant des faits juridiques d'accompagnement du sujet de droit mourant, en passant par sa mort et ce jusqu'à l'après immédiat de l'accompagnement des familles en état de deuil. Rappelons que si la majorité des cas que nous soulèverons seront relatifs à la mort survenue des suites d'une affection dégénérative, d'une pathologie dont l'issue est la mort, il ne faudra pas occulté les cas de morts « inattendues » qui sont tout autant admissibles au présent sujet, en ce sens qu'il ne traite pas exclusivement de la maladie, mais du fait de mort, et ainsi des droits qui sont avant, pendant et après son avènement¹⁰². Nous préciserons les situations dès lors qu'il nous le semblera nécessaire, et dans le cas contraire, il s'agira d'admettre qu'aucune distinction n'existe entre les différentes causes du décès. Ici l'unité hospitalière incarne l'institution garante et dépositaire de la juste application du *corpus* normatif identifiable. Or, l'hôpital, sous son aspect institutionnel et médical, ne pourra nous importer que dans la mesure où il sera regardé en tant que garant de la juste expression des droits privés ainsi que des droits publics¹⁰³.

¹⁰⁰ S. Goyard-Fabre, *L'Etat figure moderne de la politique*, op. cit., pp. 45 s.

¹⁰¹ Voir M. de Hennezel, *Rapport sur la mission « Fin de vie et accompagnement »*, Ministère de la santé, de la Famille et de Personnes Handicapées, octobre 2003, p. 26 : « si 80 % des français déclarent vouloir mourir chez eux, ils sont près de 72% à finir leurs jours dans une institution. »

¹⁰² Sur les trois temps de mort, voir P. Ariès, op.cit., ou encore dans une autre perspective, J-M Trigeaud, *Celui-qui-voulait-mourir*, op. Cit., *ibid.*

¹⁰³ Voir en ce sens D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2009.

36.- Ainsi, nous examinerons **l'hôpital en tant qu'administrateur de la santé des sujets de droit en état de mort imminente**. Ici, il s'agira de désigner l'hôpital en tant que démembrement étatique, sous la tutelle plus ou moins directe du ministère de la Santé. L'hôpital fait l'objet d'un mouvement de politiques de santé publiques, et est désormais rattaché au processus de territorialisation des politiques de santé, notamment, et sans entrer plus avant dans cette voie, par l'introduction de la législation relative à la création des ARS¹⁰⁴ en 2009¹⁰⁵. Ici, la politique de santé se situe à proprement parler entre une politique de déconcentration des outils administratifs étatiques d'une part, et de décentralisation des organes administratifs étatiques d'autre part¹⁰⁶. L'impact juridique direct, touchant le sujet de droit, en est l'uniformisation des procédures à caractère administratif dans l'approche de ses derniers instants de vie au sein de l'organe hospitalier¹⁰⁷, ce qui pose immédiatement le problème de la systématisation des rapports à la personne, voir pire, l'alignement des droits de la personne elle-même, sur un modèle *a priori*.

37.- L'hôpital sera, en même temps que la *personne*, et sans hiérarchie possible, l'objet principal de notre étude, recevant à la fois les prérogatives inhérentes à l'administration de droit public, mais également, et en amont théorique et sous-jacent, les exigences relevant de droits et libertés de droit privé¹⁰⁸. Il s'agira de démontrer en quoi le droit public de la santé s'appuie sur les théories de droit privé de la *personne*¹⁰⁹. Plus encore, le droit public qui aujourd'hui, dans une certaine mesure, influencerait le droit privé, n'existerait en réalité que par la seule intention de faire reposer ses principes sur les fondements de celui-ci, fondements qui font exister la *personne* en tant que telle dans la société des hommes. La société des

¹⁰⁴ Agences Régionales de Santé.

¹⁰⁵ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « Hôpital, patients, santé et territoire » (HPST), *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* ; ces établissements ont pour but « d'assurer un pilotage unifié de la santé en région, de mieux répondre aux besoins de la population et d'accroître l'efficacité du système ». L'objectif assigné à ces établissements est de rationaliser les soins et les dépenses médicales qui s'y rapportent.

¹⁰⁶ Cf. voir sur ce point les comptes rendus tirés des Journées d'Études du CERDARE ayant eu lieu en date du 22 novembre 2011 sur le thème de *La territorialisation des politiques de santé*.

¹⁰⁷ L'agence régionale de santé (ARS) est un établissement public de l'État à caractère administratif. Elle est placée sous la tutelle des ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale, des personnes âgées et des personnes handicapées. Elle est administrée par un directeur général et dotée d'un conseil de surveillance, ce qui en fait une véritable entreprise publique de gestion de la maladie, et de la mort. Cette conception administrative de la gestion de la mort s'inscrit parfaitement dans notre problématique.

¹⁰⁸ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Sur la mort et « celui-qui-voulait-mourir »*. *Éléments de réflexion*, op. cit., pp. 64-66.

¹⁰⁹ Voir notamment sur l'effectivité du droit public eu égard au droit privé en tant que sous-jacent à tout droit, conformément à toute réflexion philosophique juridico-politique, J.-M. Trigeaud, *Le droit privé, première bas de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit, pp. 1003 s.

hommes en serait dès lors le pendant, la formalisation exhaustive de ce qui est indépassable et indéfini en ses modalités existentielles. La *personne* sert de source à tout droit qui la globalise ; c'est le souci même d'une philosophie du droit qui entend faire assumer un rapport d'interdépendance entre une justice publique et une justice privée, la première « s'aliment[ant] de l'apport »¹¹⁰ de la seconde.

38.- Dès lors, la *summa divisio* droit privé-droit public, véritable *exceptionnalité* française, n'en serait, par une hypothèse des plus audacieuse et qu'il conviendrait d'éprouver tout au long d'une recherche spécifique, en réalité qu'un *folklore* de langage, car théoriquement infondée. Elle ne serait pas une division des ordres de justice en deux branches ; elle serait la distinction d'une justice en deux aspects. De ce fait, la différenciation ne serait rendue nécessaire qu'en vue de dégager des responsables dans le jeu des rapports contractuels¹¹¹ prédominants au sein des relations médicales. Le droit pénal, entre droit privé et droit public pourrait en être une manifestation ultime, dont la santé des mourants ne serait qu'un accident. La *personne*, unifiant à elle seule les différents horizons que l'ensemble du droit entend lui accorder, car elle est son objet de prédilection, avant les biens, pourrait manifester les limites d'une division artificielle des branches du droit. Toutefois, ceci n'est pas l'enjeu de la présente étude, puisqu'il s'agira de ne parler de la personne que dans sa fin de vie. Il conviendra, en réalité, d'examiner en détails les différentes approches du même *objet* qu'est le mourant, déjà difficilement identifiable en tant que concept uniforme, et ce au moyen justement des multiples modes de lectures proposés.

39.- Voilà pourquoi il convient de différencier, sommairement, car la généralité du problème ne saurait affecter le traitement de notre étude ne pouvant porter sur ce type de clivages, d'une part, donc, un droit médical, à savoir le droit des médecins et personnels soignants dans leur relation aux malades, et pouvant s'exprimer à la fois dans le champ du droit public, mais aussi dans celui du droit privé, ainsi que du droit pénal¹¹². D'autre part, un droit de la santé, étant entendu en tant que droit des institutions et des modalités d'applicabilité des relations de droit nouées dans l'accomplissement de leurs activités. Et enfin, un droit hospitalier, étant le droit régissant les activités des établissements de santé

¹¹⁰ D. Cohen, *Justice publique et justice privée*, in *Le privé et le public*, Arch. phil. droit, 41, 1997, p. 156.

¹¹¹ La contractualisation des rapports noués entre les différents acteurs naissant du fait même des obligations.

¹¹² Voir pour une définition, G. Mémeteau, *Droit médical*, Litec, Paris, Les cours de droit, 1996, p. 16. : « le droit médical a pour objet de définir les règles de conduite des professionnels de santé dans le cadre de leur activité professionnelle et de prévoir la sanction à des manquements sous l'inspiration des principes de la morale qui en constituent une des sources »

publics et privés participant et assurant le service public hospitalier¹¹³. Cependant, le patient malade n'apparaissant nulle part en ces différentes expressions du droit positif, une nouvelle science s'est rendue nécessaire. En effet, la *bioéthique* s'ajoute à ces champs de la règle, non point comme une norme uniforme, mais en tant que science de la vie, applicable par delà et en amont même des autres¹¹⁴.

V. De la *bioéthique* à la philosophie du droit

40.- Par hypothèse, et sans prétendre faire une énième étude sur celle-ci, la *bioéthique* serait donc la science, à caractère moral, supposant désormais les fondements de tout le droit des pratiques médicales, de la santé, des institutions hospitalières, régulant les comportements et organisations structurelles et administratives autour de la primauté de la vie. La *bioéthique* est donc une science ; elle ne se caractérise pas pourtant par la morale seule ; ceci en ferait une science de l'Antiquité, à tendance religieuse ; ce qu'elle n'est pas. Et si elle assure la primauté de la vie, elle ne regarde pas l'homme « comme des personnes immatérielles », ces individus de la « civilisation du droit civil »¹¹⁵. Elle se révèle être en réalité la traduction d'un être humain [qui] tend désormais à être pris en considération en fonction d'abord de sa « fabrication génétique », puis de sa situation dans son parcours biologique. »¹¹⁶. Le caractère moral de la *bioéthique* ne s'effacerait pas totalement. En réalité, derrière des apparences de science humaine *molle*, l'« éthique » demeurerait ; mais elle se formaliserait par son caractère biologique prépondérant. Dès lors, son langage serait moral, et ses modalités d'applications en seraient physiques. C'est bien ce que l'on retrouvait dans l'esprit de l'article 37 du Code de déontologie médicale, disposant l'obligation pour le médecin de « s'efforcer de soulager les souffrances de son malade »¹¹⁷. Les expressions sont

¹¹³ Voir définition chez S. Elshoud, *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Fiches, Ellipses, Paris, 2010.

¹¹⁴ Etymologiquement, *bioéthique* procède de *bio* qui en grec ancien signifie la vie, et *ethos* qui signifie coutume au sens de comportement légal ; ainsi, la *bioéthique* serait la *loi de la vie*, ce qui ontologiquement lie l'homme à un devoir-être dont il doit la reconnaissance dans l'ordre des mots à la consécration de son expression ultime qui en est sa dignité. Cette dernière est reconnue avoir une valeur constitutionnelle par décision du Conseil, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, sur les « Lois bioéthiques » ; ainsi, la *bioéthique* se retrouve-t-elle être constitutionnellement fondée, et ainsi au sommet de la hiérarchie des normes, ce qui emporte les conséquences à relever quant au respect de la personne aux moyens des outils du droit positif.

¹¹⁵ J.-P. Baud, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Alto, Aubier, Broché, Paris, 2001, p. 9.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Art. 37 du Code de déontologie médicale visant à la fois à préserver la dignité du patient malade, mais aussi et consécutivement à ce « droit premier », obliger le médecin dans la pratique de son art. Ainsi se conjuguent

diverses, tant ce que l'on nomme droit de la santé, en tant que terme générique, est varié et en mutation.

41.- Ainsi, l'hôpital opère la réunion de deux aspects du droit, en apparence distincts, et même opposés sur le plan des théories d'interprétation, mais portant en eux les mêmes sources philosophiquement fondées¹¹⁸. Le corps médical, qui incarne cette double face du juridico-légal, se comprend de manière plus évidente en ce sens. Nous aborderons ainsi, en vue de démontrer notre hypothèse, celle-ci une fois acceptée, en quoi le médecin peut à la fois tomber sous le coup de la sanction déontologique relevant d'un droit public et administratif, mais également d'une sanction relevant du droit pénal, pouvant ouvrir à une indemnisation sur le plan civil, et même indépendamment de toute action pénale. Les différents cas d'euthanasie avérée nous serviront parfois d'objet de droit¹¹⁹. Il s'agira de relever le fait de droit, dénué encore alors de toute aspiration privatiste ou publiciste, pour en démontrer la diffusion en ces deux branches, sans pour autant disperser le sujet de *droit premier*, dépositaire de l'atteinte encore alors présumée.

42.- C'est ainsi que nous nous concentrerons sur la *personne*, en tant que sujet de droit, inconscient psychique et physique de son état de sujet de droit en dehors de son état de malade. La *personne* sera au commencement le malade, mourant, saisi par le droit positif en temps que tel, dès son entrée administrativement enregistrée au sein de l'unité hospitalière. Par la suite, la réduction aux champs des postulats du droit ajoutera un nouveau substrat de nature théorique, nous faisant remonter aux théories de nature juridique et doctrinale, puis, aux doctrines de nature philosophiques dont les précédentes découlent, et ce en vue de saisir les normes opérant une classification de la *personne* dans ses composantes identifiables.

obligation morale et obligation matérielle, la seconde l'emportant en quelque sorte sur la première dans la mesure où elle en serait le mode d'expression.

¹¹⁸ En ce sens, le droit ne sera admis comme pouvant être opérant qu'en reposant sur un fondement faisant de la liberté un sous-jacent irréductible comme affirmé chez J-M Trigeaud, *Sur la mort et « celui-qui-voulait-mourir »*. *Eléments de réflexion*, *ibid*, p. 64.

¹¹⁹ Nous appuierons ici notre démonstration sur les exemples multiples d'affaires ayant été jugées : affaire Humbert ayant ouvert sur le prononcé d'un non-lieu en février 2006, affaire Malèvre ayant conduit au prononcé d'une peine de 12 ans de réclusion criminelle en date du 15 octobre 2003, ou encore l'affaire Sébire ayant conduit au rejet de sa requête en assistance au suicide par le TGI de Dijon faisant une application stricte mais néanmoins conforme de la loi Leonetti de 2005 (loi du 22 avril 2005), TGI Dijon, 17 mars 2008, ou encore l'affaire plus récente du centre hospitalier de Bayonne ayant vu le Dr. Bonnemaison être à l'origine de la relance, une fois de plus, du débat sur l'euthanasie ayant conduit celui-ci à être mis en examen le 12 août 2011 pour « *empoisonnements sur personnes particulièrement vulnérables* », l'Inspection générale des affaires sociales (Igas) ayant signalé aux autorités judiciaires qu'un des dossiers « *comportait explicitement la mention d'une administration de curare au patient, en dehors des indications habituelles* ». Il fut suspendu de ses fonctions par le ministre en charge de la santé X. Bertrand en date du 18 novembre 2011, cette décision étant une sanction de nature déontologique et donc soumise au contrôle de la juridiction administrative.

Enfin, alors, il s'agira de considérer le malade-mourant dans sa plus essentielle condition en temps qu'*être*, représenté par sa manifestation ultime qu'est la *personne*, qui par sa capacité de volition est responsable et dépositaire de la vie, en cet instant final de son existence individuelle, au seuil de sa mort. En ce sens, la tentation d'une bioéthique uniformisatrice révélerait toutes ses limites, voir même son incapacité peut-être à rendre effectif un droit réel de la *personne* singulière. C'est sans nul doute possible les faiblesses analytiques d'une philosophie relative à la norme, carences intrinsèques à la *bioéthique*, qui révéleraient le souci de renouveler le regard porté par l'ensemble de la communauté scientifique sur le mourant.

43.- Au cœur de l'esprit du juriste, mourir à l'hôpital est une interrogation vivante tant les enjeux sont nobles. Nous ne pouvons entrer dans un établissement de soin sans penser qu'il y a, là, des personnes qui sont aux portes de la mort. *Epicure* prétendait qu'il ne faut s'occuper de la mort puisque lorsqu'elle est, nous ne sommes plus¹²⁰. Pourtant, la mort semble permanente dans nos esprits, et tout comme l'avait Platon, bien avant Epicure, la philosophie en a fait son objet de méditation¹²¹. Vladimir Jankélévitch, plus de vingt siècles après Platon, en saisit la question dans une acception toute contemporaine, dans son essence phénoménologique¹²². La mort est regardée comme instant, comme passage d'une conscience à une disparition. *Être et ne pas être* s'opposent comme conscience d'être et mort sans conscience. La mort est celle que l'on peut penser quand elle ne nous concerne pas, mais que l'on ne peut plus examiner alors qu'elle nous concerne¹²³. Nous tentons de nous libérer de

¹²⁰ Epicure, *Lettre à Ménécée* ; « Maintenant habitue-toi à la pensée que la mort n'est rien pour nous, puisqu'il n'y a de bien et de mal que dans la sensation et la mort est absence de sensation. ».

¹²¹ Platon, *Phédon*, op.cit., 66 b., p. 115. « Il semble que la mort est un raccourci qui nous mène au but, puisque, tant que nous aurons notre corps et que notre âme sera pétrie avec cette chose mauvaise, jamais nous ne posséderons en suffisance l'objet de notre désir. Or, cet objet, c'est, disons-nous, la vérité. » Voir en ce sens pour une réflexion sur l'anthropologie de Platon, J. Ratzinger, *La mort et l'au-delà*, Fayard, Paris, 1979, pp. 84 et 155.

¹²² V. Jankélévitch, *La Mort*, op.cit, 1977.

¹²³ Cf. voir sur ce point, V. Jankélévitch, *ibid*, pp. 34-35. Ici l'auteur développe sa théorie de l'approche en trois temps du Temps de la mort chez l'individu. A cela il adjoint les pronoms personnels permettant de conjuguer ces trois temps de la mort des autres à la mort de soi. Il existe une mort au futur domaine privilégié du Moi, où ici, l'auteur rappelle à quel point le Toi peut venir, en quelque sorte, au secours de ce Moi introduisant ça et là l'introspection de sa propre mort. Au présent le Toi domine en ce sens que le Moi l'accompagne. Le Moi est témoin de la mort de Toi. Or le Moi peut être témoin de l'approche du point zéro de son existence et faire du Moi un futur *présentifié* de sa propre mort, tutoyant la mort. Enfin, au passé, la mort a « nihilisé » le Moi du présent. Seul le Toi ou le Il ou Elle demeurent pour témoigner de cette conscience disparue, par l'expression de leur conscience présente, justifiant de leur propre existence actualisée. Nous ne pourrions bien sûr sans trop nous éloigner de notre sujet nous attarder sur l'analyse temporalisée de Jankélévitch. Pourtant nous entendons rappeler sur ce point que cette approche entend radicaliser la mort à un phénomène *rationalisable* au sens où l'auteur en fait une lecture circonstanciée, et ainsi dans un ordre purement factuel et *matérialisable* de l'existence manifestée. Il s'agira de préciser que cette approche n'envisage pas un second degrés de lecture auquel la personne peut se livrer, n'opérant plus de dissociation entre conscience et mort, et envisageant le possible d'une continuité de conscience par delà l'instant de mort, non communicable au reste du vivant existant en forme charnelle, car relevant d'un autre ordre d'existence. Il ne s'agira bien évidemment pas ici d'envisager quelque

cette idée de la mort, et notre vie durant, nous nous faisons de multiples représentations de celle-ci, souhaitant qu'elle soit la meilleure possible, durant notre sommeil de préférence, sans souffrance, sans qu'elle ne nous ait prévenu de son imminence. Or, contre toute attente d'une institution étatique protectrice, l'hôpital semblerait, sans généralisation aucune, être l'incarnation d'une mauvaise mort, celle qui, lentement nous rongerait jusqu'aux derniers soupçons de dignité qui nous restent, avant de *rendre* le dernier souffle de vie qui nous retient ici-bas. Pourtant, malgré cela, l'hôpital s'est imposé dans nos vies comme le passage obligé, une forme de purgatoire des vivants malades, ouvrant ses portes vers un possible *meilleur*, à savoir le prolongement d'une vie, quelque puisse en être le prix, ou bien le *pire*, la mort, devenant alors paradoxalement une délivrance terrifiante.

44.- Considérons que ce sont des mutations sociologiques inhérentes aux comportements humains de notre temps qui nous conduisent à l'hôpital lorsque la maladie éclot. Ces déplacements nous poussant vers toujours plus de sécurité ont ainsi engendré une nécessité politique d'encadrer légalement le séjour à l'hôpital. Ainsi, notre vie, dans une acception positive du droit, s'est vue prendre la forme d'un tissu de normes ; certaines conditions, *a priori*, d'un événement unique dans la vie d'une personne humaine, sont devenues objet de la science juridique. Nous nous retrouvons dans un contexte où le politique s'accapare l'institutionnalisation des pratiques médicales, au nom d'une fusion entre les sciences. Pareil contexte rappelle celui du temps nominaliste tel que le XII^{ème} siècle connut le retour d'une philosophie politique aristotélicienne islamisée, puis christianisée sous l'impulsion des théories de Saint Thomas d'Aquin¹²⁴. L'Europe occidentale, plongée dans une *quasi* abîme intellectuelle, éclairée par la lumière des sciences introduites par la civilisation islamique¹²⁵,

possibilité que ce soit d'expérience de type para-psychologique permettant d'établir une quelconque communication avec les morts, ce que Guénon nommait *L'erreur spirite*. Sur ce point notons seulement sans plus en dire que l'état *post mortem* envisagé par Jankélévitch ne peut répondre à cette exigence philosophique dans la mesure où il ne se place que du point de vue du vivant incarné. Il y a donc ici une démarche de *conscientisation* de la mort par réduction rationnelle de celle-ci. La mort est envisagée en tant uniquement qu'elle est pensée, par l'expérience d'un vécu.

¹²⁴ Voir en ce sens J. Russ, *Philosophie, les auteurs*, L'Harmattan, 2006.

¹²⁵ Cf. voir sur ce point les nombreux apports de la tradition islamique en matière de philosophie, traduisant les auteurs de la grèce antique. Averroès introduisant la philosophie aristotélicienne, la Tradition islamique ne dénaturant en rien la doctrine, ces deux-ci reposant sur un socle théorique commun, de nature métaphysique. Notons également les influences en matière de calcul, d'algèbre, les convergences entre la géométrie islamique et celle de l'Académie platonicienne. Mais aussi, et en conséquence, sur les convergences architecturales ayant portées le nom de style gothique en Europe chrétienne, la croisée d'ogives étant été attestée par les bâtisseurs eux-même comme transmise par des compagnons d'alors. Sur ces nombreux points et plus encore jusque dans la poésie ésotérique de Dante, il conviendra de renvoyer à Guénon dans *Aperçus sur l'ésotérisme islamique et Taoïsme*, Gallimard, Paris. 1973 et *L'ésotérisme de Dante*, Paris. 1925., mais également L. Valli dans *Il linguaggio segreto di Dante e dei "Fedeli d'Amore"*. Roma 1928., ou encore A. de Libéra, *Le don de l'Islam à l'Occident*, in C. David et J.-Ph. de Tonnac, éd., *L'Occident en quête de sens*, Paris, Maisonneuve et Larose,

connaît alors cette évolution obligeant les autorités politico-religieuse à reprendre le contrôle sur l'émergence de la règle de droit. Or une telle intrusion pose la question de la politisation d'un droit qui, en tant qu'il est subjectivement autonome, ne peut *a priori* répondre à des exigences contingentes¹²⁶.

45.- La réflexion intellectuelle s'enrichit d'interrogations nouvelles, consécutives à l'apparition d'innovations techniques. Les mutations des comportements humains engendrent une évolution des mœurs et usages, un éclatement des composantes unificatrices d'une société. Et la bioéthique de la fin des années 40 va marquer un nouveau mouvement. Dès lors, au nom de la nécessité d'une certaine pluridisciplinarité des sciences, c'est un *quorum* de scientifiques qui composera un comité de réflexion¹²⁷. C'est en conséquence qu'un objet autrefois réservé à une seule science se verra l'objet d'une multitude de réflexions, aux grilles de lecture différentes. Ainsi, si par hypothèse, originellement, la réflexion éthique ne concerna que la seule philosophie, désormais, cette dernière se voit accompagnée à la fois par la sociologie, le droit (positif), l'anthropologie *etc.* L'objet ne se trouve plus avoir de définition unique, dans un sens d'unité scientifique, mais au contraire une multitude d'aspects, variant d'un vocable à l'autre. Cette incertitude engendre dès lors un problème d'unité dans la lecture d'un fait qui s'apparente à la réflexion éthique, jusque dans l'ordre de ses conséquences. Ainsi pourrions-nous nous interroger quant à la perspicacité de la recherche d'une unité scientifique définissant au plus juste une notion dans un seul temps donné. Nous présumons que cette quête du définir se ferait au moyen d'une technique de recherche tendant vers l'unité, et ce par la recombinaison des multiples composantes identifiées comme essentielles à l'existence de la chose. Cette tâche, incombant à ceux qui font la loi, mais également aux acteurs du droit, il s'agira de comprendre que leurs sources d'inspirations se trouveront, *a priori*, dans des avis de comité aux acteurs hétéroclites.

46.- C'est en 1983 que le Président de la République a ordonné la création d'un Comité Consultatif National d'Éthique¹²⁸. Au *commencement, l'interrogation éthique* est le fruit même du questionnement métaphysique qui a nourri, durant de nombreux siècles, la réflexion

1996, p. 189-196., et enfin sur le génie architectural venu d'Orient nous renvoyons au *Dictionnaire raisonné de l'architecture française du XIe au XVIe siècle* - Tome 6, Ogive.

¹²⁶ Voir en ce sens notamment J-M Trigeaud, *ibid*, pp. 62-63 ; mais encore toujours du même auteur, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., ou encore *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit., p. 1003 et svt.

¹²⁷ Voir en ce sens les fondements légaux du CCNE : décret n° 83-132, 23 février 1983, *portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*.

¹²⁸ Voir en ce sens notre note précédente.

en philosophie du droit. Désormais, celle-ci est sortie du cadre strict de la philosophie pour se voir investie par d'autres sciences. C'est ainsi que des juristes, des anthropologues, des sociologues ainsi que des psychologues siègent au CCNE, et ce aux côtés de rares philosophes. Les membres du comité sont nommés, et leur parole vaut pour avis¹²⁹. Toutefois, dès lors que les avis du comité, institution sous responsabilité étatique, prendraient une valeur essentielle dans l'évolution de la morale juridique, nous pourrions saisir la densité d'intervention de matières à consonance politique, dans le cadre du champ singulier de l'être, lorsque l'interrogation éthique se voit traitée au moyen d'une tendance de généralisation normative de la pensée de l'être humain.

VI. Socio-anthropologie du monde hospitalier et biomédical

47.- La matière éthique, autrefois réservée à la seule philosophie qui, par sa puissance métaphysique constituait, grâce au langage philosophique, le seul intermédiaire possible entre le droit et *le principe le plus élevé*¹³⁰, a désormais laissé place à ce que l'on nomme « *biodroit* », dans la perspective d'unifier les termes des droits de l'homme appliqués au domaine de la santé. Ce néologisme serait alors, sans pour autant donner de définition critique définitive, la synthèse des réflexions à tendance éthique, d'inspirations scientifiques multiples. L'entrée dans une ère de *technologisation*¹³¹ de la *personne* nous renverrait à une systématisation, provenant par hypothèse d'organes politiques, des intermédiaires de sens et de valeur d'un objet¹³², et ce par fusion convergente des sciences. Ainsi, afin de comprendre l'unité de la *personne*, le politique en recomposerait les éléments, en fusionnant son aspect juridique à celui médical. Il s'agirait d'une forme d'« impérialisme médical », tel que l'entendait oraculairement Savatier, un quasi déterminisme.

¹²⁹ Relevant autrefois de la loi n° 94-654, 29 juillet 1994, le CCNE est désormais inscrit à la loi n° 2006-800, 6 août 2004, **relative à la bioéthique**, sa mission étant de « donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé ».

¹³⁰ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Le droit naturel, fondement des droits de l'Homme. Une approche de théologie du droit*, in Droits de Dieu et droits de l'Homme, Tequi, 1989, ou encore J. Carbonnier, *Droit et théologie chez Calvin*, 1965 ; ou encore J. Ellul, *Le fondement théologique du droit*, Dalloz, 2008.

¹³¹ Voir en ce sens, C. Chabert-Peltat, A. Bensoussan (ss. dir.), *Les biotechnologies l'éthique biomédicale et le droit*, op. cit.

¹³² Voir sur la philosophie du sens et de la valeur, S. T. Vassillie-Lemini, *Philosophie du sens et de la valeur*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1990.

48.- Et ceci serait d'autant plus problématique attendu que le politique, garant du respect de ce droit, a en charge le respect de son application, et ce dans le cadre institutionnel de l'hôpital, conformément aux prérogatives consenties aux fonctionnaires de l'Etat dans le cadre de leur mission de soins¹³³. Il apparaît alors que la protection de la personne, singulière, serait entrée dans le champ de la *res publica*. Si le médecin *des origines hippocratiques* était le meilleur allier du philosophe afin de soigner la personne de tous ses maux, n'excluant pas le lien entre le mal physique et celui abstrait de l'esprit¹³⁴, désormais, la médecine hospitalière se serait institutionnalisée, et ressemblerait de plus en plus aux organes étatiques dans lesquels elles s'exerce. Désormais le médecin de notre temps, bien souvent même contre sa volonté, ne peut suivre d'autres procédures que celles objectivement normées. Il est un fonctionnaire de l'Etat¹³⁵, et, à ce titre, il est lié à la mission de salubrité publique nationale, qui est *chose publique*. Ainsi, lorsque le médecin hospitalier commet une erreur dans le cadre de la dite mission, il engage l'entité étatique avec lui, et même avant lui. Sa responsabilité est à l'arrière plan, et la première est celle de l'honneur d'un Etat qui l'a chargé de mener à bien une mission, et ce conformément au droit qu'il participe à élaborer.

49.- **C'est la raison pour laquelle il conviendrait en ce sens de s'interroger quant aux rôles nouveaux du médecin, qui se retrouverait désormais invité à l'élaboration du droit, et pas uniquement celui de nature médical, mais plus en profondeur, celui de la personne, dans sa dimension théoriquement sous-jacente au premier.** Il est ainsi un agent administratif de l'exécution d'une mission étatique. Dès lors, le médecin poursuit une mission d'intérêt général. Or, cette dernière s'est vue progressivement encadrée au sein d'une systémique gestionnaire administrative¹³⁶, et ce dans le but de défendre une certaine conception de la justice : le politique, au sens de l'action pratique d'un programme, dont le

¹³³ Les établissements hospitaliers obéissant au droit des établissements publics hospitaliers en tant que service public de la santé.

¹³⁴ Voir même de l'âme.

¹³⁵ C'est la « Loi Debré » de 1958, ordonnance 58-1373 du 30 décembre 1958, *relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale.*, qui a transformé les hôpitaux en leur conférant une vocation d'enseignement et de recherche ; les médecins praticiens sont alors entrés dans une ère de technicisation de l'hôpital. La loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, *portant réforme hospitalière*, précise la place et le rôle de l'hôpital public introduisant la notion de service public hospitalier. L'exercice de la médecine hospitalière s'en trouve alors profondément changée ; désormais se distinguent les enseignants chercheurs, les praticiens en formation, internes et étudiants qui dès le troisième cycle sont habilités à prescrire sur un plan thérapeutique. A.-M. Duguet précise que quelque soit le type d'établissement o ils exercent [CHU ou non], tous ces praticiens participent au service public, individuellement ou dans le cadre d'une équipe. Les médecins exécutent leur art en toute indépendance par rapport au chef de service, selon les prescriptions du Cod de déontologie (art. 5). » : voir A.-M. Duguet, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, 2^{ème} ed., Paris, 2000, pp. 14-15.

¹³⁶ C'est l'objectif de la loi du 31 décembre 1970, préc., mais aussi de la loi du 31 juillet 1991, préc.

médecin se retrouve être un acteur, parfois malgré lui, enjoint les membres de *son corps* à suivre une procédure générale, impersonnelle et abstraite, une gestion administrative du *juste*¹³⁷. Or, lorsque l'on touche à la *personne*, dans ce qu'elle a d'indicible, peut-on encore systémiser le comportement qu'il convient d'adopter ; pour le personnel soignant d'une part, mais également, et plus grave encore pourrions-nous dire, pour la *personne-malade-mourante*?

*

VII. Synthèse des apports et recentrage sur le sujet

Convergences sur « l'euthanasie » et références à la *dignité*

50.- C'est à la question de la capacité, ici tout d'abord celle qui incombe au médecin, au nom de sa responsabilité médicale que nous tenterons de répondre. Mettre l'accent sur la « quantitativisation » de l'intervention, et ce avant l'intérêt qualitatif de celle-ci, aurait tendance à avoir des conséquences quant aux considérations accordées à la notion de *personne*. En effet, il s'agirait de comprendre que lorsque le politique considère l'individu comme le seul récepteur d'un traitement, que ce dernier est le fruit d'un calcul de probabilité, alors la *personne* elle-même se voit, comme une inconnue arithmétique, entrer dans un calcul de probabilité. Elle serait en ce sens niée dans ce qu'elle est de plus essentiel. La personne deviendrait pour ce faire d'abord un patient, puis encore un malade¹³⁸, et le concept de mourant surgirait logiquement de la production du législateur de 2005, comme un objet politique *systémisable*. Le médecin aurait donc en charge non plus une *personne*, mais un

¹³⁷La gestion administrative de la mort ne peut se justifier qu'à condition que sa matière première en soit la personne de laquelle procède l'élaboration d'un service qui correspond à son irréductibilité quant à son architecture ; car c'est en inversant les rôles, et en faisant un service idéal, fondé sur des théories politiques fermées sur elles-mêmes que le politique chosifie la personne. Or, toute politique, publique par nature, donc y compris celle de la « bonne mort », doit avant tout saisir la mort en tant qu'objet non pas de droit public, mais en tant que chose *publique* au sens de *chose commune*, là où la chose n'appartient plus à qui que ce soit car à tous en tant que donné ontologique et distinctif d'une espèce, *res communis*. Elle repose sur un but sous-jacent à tous et chacun en même temps, se spécifiant dans la singularité de la *personne*, sans s'éloigner de son identité commune *princielle*. Et c'est au droit privé qu'appartient la primeur de saisir cette *res communis* sans en limiter l'existence, mais en la désignant et en en précisant ce qu'elle est en amont et théoriquement, positivement dans l'ordre du droit objectif : voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit., *ibid.* Sans cela la *personne* deviendrait l'objet de la mort, et par là obéit aux idéaux types, ou archétypes représentant la mort dans des politiques de santé qui engagent les services publics dans une gestion administrative et limitative des termes ; voir en ce sens, J.-M. Trigeaud, *Éléments d'une philosophie politique*, op. cit., p. 19.

¹³⁸ Sur la distinction, voir R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956.

concept tiré de celle-ci, et il paraît téméraire de soulever une pareille hypothèse. Il conviendra donc de se pencher assez longuement sur l'ensemble des raisons sous-jacentes à une telle hypothèse, justifiant ainsi la redondance d'une certaine terminologie, faisant cas de *dignité* et de *bioéthique*.

51.- Au-delà de cette compétence qui relève de la fonction administrative de l'Etat, il conviendra d'apprécier la responsabilité d'une personne, et non plus la responsabilité d'un personnel soignant au titre de l'exercice d'une fonction. Nous nous interrogerons à ce sujet, à savoir si un titre, de chef de service, par exemple, peut faire oublier que c'est une *personne* qui est investie de ce titre. Car, lorsqu'un médecin a commis une faute, qui, soumise auprès de l'ordre des médecins apparaît sortir du cadre strict de ses prérogatives, alors celui-ci pourra se voir confronté, non plus à une juridiction à caractère administratif, mais à la juridiction civile¹³⁹, et le cas échéant, la qualification criminelle pourra être envisagée. Il convient d'ors et déjà de prendre conscience qu'une *personne*, au-delà de son titre de médecin, ou bien d'aide soignant, dans sa part d'indicible qui la guide vers ce qu'elle pense pouvoir faire de meilleur dans sa fonction¹⁴⁰, peut se voir retenir sa responsabilité propre, malgré le pressentiment qui nous guide à entrevoir des formes de déresponsabilisation à différents étages. Or, une qualification pouvant aller jusqu'à celle du meurtre affecterait cette *personne*, non seulement dans sa dignité d'humain, mais également, constituerait un obstacle pouvant devenir définitif à l'exercice futur de sa fonction¹⁴¹. ***C'est bien l'art médical qui sera au cœur de la responsabilité, parfois caché derrière les jeux de lois. Et c'est en ce sens qu'il s'agira de ne plus faire réellement cas des différences d'origines des raisonnements opérés par les juges des différentes cours, dans la mesure où, ce qui nous intéressera, sera essentiellement la considération accordée à la personne-mourante, dans le cadre hospitalier, toute proportion gardée, et en respectant bien évidemment les domaines distincts du droit.***

52.- En ce sens, il conviendra de s'attarder sur la nature même du traitement médical. En effet, il s'agit d'une prise en charge des derniers instants de vie dans un premier temps, pris avant tout au sens de la maladie dite physique. Nous verrons que la *psyché* de la *personne* constitue également un enjeu majeur dans la rencontre entre philosophie, droit, politique, et

¹³⁹ C'est en ce domaine que le droit de la responsabilité a connu le plus de modifications, passant d'une responsabilité délictuelle à une responsabilité contractuelle, pour devenir légalement une responsabilité-indemnisation, et enfin, par la jurisprudence redevenir délictuelle.

¹⁴⁰ C'est ce que nous présumons, par présomption du meilleur, et par respect du principe constitutionnel de présomption d'innocence.

¹⁴¹ Voir Ph. Cohen, *L'interdiction d'exercer*, in *La Gazette santé-social*, n° 55, 2009.

santé, et que le législateur n'a pas entendu l'ignorer, même si les perspectives sembleront en pratique insuffisantes. Sur le plan physique, notons que lorsqu'une personne malade se retrouve en situation d'insuffisance quant à ses fonctions vitales, la mettant en danger imminent de mort, nécessitant une intervention mécanique, c'est tout le corps médical prenant en charge cette personne, qui est confronté à la mise en état de *vie appareillée* du mourant, soulevant les enjeux d'une production artificielle de la vie, ce qui intéresse la science *bioéthique*. Une étude récente, publiée au Bulletin Mensuel d'Information de l'Institut National d'Etudes Démographiques et intitulé : « La fin de vie en Europe : le point sur les pratiques médicales »¹⁴², renseigne d'ailleurs quant aux pratiques des pays les plus proches de la France, en terme de gestion juridico-politique de la fin de vie. Nous aborderons à ce propos, sans non plus entrer trop en avant quant aux détails, le cas suisse, qui se singularise par sa légalisation favorable à l'assistance au suicide et non à ce que l'opinion commune appelle l'euthanasie¹⁴³. Devrions-nous y voir là quelque mimétisme, notons cependant que les statistiques tirées de cette étude, conformément aux rapports remis au Sénat par le député Léonetti en 2008, informent quant à une nette tendance au comportement d'un personnel soignant conduisant ses patients à la mort, facilitant celle-ci.

53.- Ainsi, lorsqu'une personne se trouve être jugée en état de fin de vie, alors le corps médical seul peut intervenir, au nom de sa mission légale d'apaiser les souffrances du malade¹⁴⁴. Notons que l'état de fin de vie ne semble pas obéir à une définition stricte, et que dès lors, l'appréciation du personnel médical responsable relèverait de son entière souveraineté. Voilà pourquoi une classification des différents stades de la fin de vie a du être dressée, afin de guider les praticiens dans leurs démarches¹⁴⁵. Il s'agira donc de différencier

¹⁴² J. Bilsen, J. Cohen, L. Deliens, *La fin de vie en Europe: le point sur les pratiques médicales*, in Population et sociétés, Bulletin mensuel d'information de l'institut national d'études démographiques, n° 430, janvier 2007.

¹⁴³ L'expression aide au suicide, ou suicide assisté, désigne l'acte de fournir un environnement et des moyens nécessaires à une personne pour qu'elle se suicide. Contrairement à l'euthanasie, c'est donc le « patient » lui-même qui déclenche sa mort et non un tiers ; cette distinction procède de l'interprétation a contrario de l'art. 115 cp. suisse qui punit « celui qui, poussé par un mobile *égoïste*, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide ; [il] sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni de la réclusion pour cinq ans au plus, ou de l'emprisonnement. » Le droit suisse estime donc la légalité de l'assistance au suicide dans un but uniquement altruiste. Voir en ce sens les activités des associations suisses Exit et Dignitas ; voir également arrêt CEDH, 20 janvier 2011, Haas c/ Suisse, (Requête No 31322/07) ; mais encore D. Manai, *La Suisse, le pays du « tourisme du suicide » ?*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques du CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

¹⁴⁴ Et ceci est un devoir sur le plan légal conformément au principe du refus de tout *acharnement thérapeutique*, désigné désormais par *l'obstination déraisonnable*, énoncé par la loi du 22 avril 2005.

¹⁴⁵ Classification retrouvée grossièrement énoncée au Code de la santé publique sous les intitulés des articles R. 1232-1 et R. 1232-2, et surtout aux actes du Laboratoire d'éthique médicale et de médecine légale, I. Plu, G. Moutel, Ch. Hervé, *La mort*, Univ. Paris Descartes, 2010, p. 22., relativement à une classification de la mort en trois étapes, distinguant la mort apparente, de la mort relative dite clinique de celle absolue.

l'administration d'un traitement anti-douleur, quitte à entraîner la mort plus rapide (que nature) du patient¹⁴⁶, de l'administration d'une substance engendrant la mort avec intention de la donner sur consentement du patient. Il n'y a pas d'entre deux, et pourtant l'on ne parvient pas à différencier exactement la nature de l'intention du médecin. Nous en prendrons pour preuve cette affirmation tirée de l'étude pré citée : « Ainsi, même lorsque l'intention de mettre un terme à la vie du patient est explicite, celui-ci ou les membres de sa famille ne sont pas toujours impliqués dans le processus de prise de décision, et les autres soignants ne sont pas toujours consultés. »¹⁴⁷

54.- Comprenons qu'il s'agit d'une question de personne, car, une seule, alors investie de la responsabilité médicale de médecin le plus souvent, peut prendre la décision de mettre fin à la vie d'un patient qu'il a jugé être consentant à cette décision, sur sa demande, parce que la loi lui permet de le faire. La vie ne tient donc plus qu'à une combinaison chimique et légale, administrée sans que la personne ait pu en faire la demande expresse, mais antérieure, en dehors du contexte concret. La personne apparaît en ce cas être tenue à la vie par sa seule apparence de corps souffrant, *l'incapacité psychique étant alors certainement présumée*. Toute une pseudo philosophie pratique considèrerait que l'intention de libérer le corps délivrerait la *personne* toute entière. Une telle hypothèse demeure encore impensable en France, pour le moment, l'intérêt du malade faisant l'objet d'une *liberté* sémantique dans la qualification juridique. Aujourd'hui encore, mais pour combien de temps, l'intérêt du malade est compris au sens du respect de son consentement¹⁴⁸. Pourtant certains cas isolés nous indiqueraient une mutation vers une nouvelle lecture de l'intérêt.

55.- Le médecin serait parfois, en tant que professionnel de santé, seul à même de connaître les enjeux de la vérité de la situation que vit, médicalement, la *personne*. Pour autant, si preuve est faite de l'implication directe d'un médecin dans le décès d'une personne, ce sera au droit pénal d'entrer dans le jeu du règlement du conflit judiciaire. Le droit pénal français reconnaissant l'assistance, l'accompagnement, l'incitation au suicide comme des infractions de nature criminelles¹⁴⁹. Or, les circonstances peuvent parfois exiger que le médecin intervienne alors qu'il en va de l'avis contraire du mourant. Il est indéniable que de plus en

¹⁴⁶ Conformément aux dispositions de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

¹⁴⁷ J. Bilsen, J. Cohen, L. Deliens, *La fin de vie en Europe: le point sur les pratiques médicales, ibid.*

¹⁴⁸ La loi dans son ensemble, fondée sur le principe de responsabilité civile, impose de requérir le consentement du patient préalablement à tout acte médical.

¹⁴⁹ Art. 225-1 s. du Code pénal.

plus de personnels soignants opèrent des abrègements de fin de vie, le plus souvent en administrant des substances létales à dose mortelle. Certains même n'hésitent pas à l'affirmer et à revendiquer l'aide à la fin de vie. Ils encourent tous une condamnation pénale¹⁵⁰. Pourtant, le silence est gardé, et ce n'est sans doute pas un hasard, en raison de l'origine même de la demande ; bien souvent il s'agit des proches du patient lui-même. Des exemples tels que celui de Vincent Humbert, où, la complicité consentie entre une mère et le médecin traitant afin d'abrèger une vie considérée comme *inutile*, nous invitent à reconsidérer le traitement judiciaire d'un tel acte¹⁵¹.

56.- Si aux origines, la prise en charge de la douleur concentra toute son énergie sur celle de nature physique, la période contemporaine semble vouloir se pencher sur les maux dits de l'esprit. Ce pas vers le *spiritus* nous offre une ébauche de l'approche que le politique moderne consent à cet indicible qu'est l'esprit. Conformément aux prétentions néo-kantiennes, celui-ci se doit, pour être en paix, pour tendre vers le bien-être, et non pas le *bonheur*, d'obéir à des injonctions relevant d'un accomplissement, par soi-même, de ce qui est moralement le meilleur comportement, ce qu'Emmanuel Kant identifiait comme des « impératifs catégoriques ». Du souci de se préoccuper des esprits mourants, des experts de l'esprit émergent aux côtés des personnels soignants « in-formés » quant à ses « mystères ». La pensée du mourant, aux côtés du corps, devient une part entière de la réflexion éthique. Entourer le malade d'une multitude d'intervenants, d'experts capables de lui expliquer qu'ils comprennent son mal, eux-mêmes formés qu'ils sont à décoder structurellement leurs maux¹⁵². L'éthique est dès lors une science à laquelle des experts nommés donnent les inconnues des équations. Pourtant, entourés, assistés même de représentants du culte, de psychologues et autres thérapeutes, quel malade peut prétendre, sans sourciller, aller vers la mort en paix ?

¹⁵⁰ Pourtant la tendance semble parfaitement inverse, et cela n'est pas nouveau. Voir par exemple, le professeur Schwartzberg qui déclare le 16 août 1987 avoir aidé un patient à mourir : le Conseil de l'ordre de suspend pour un an ; puis le CE annule la décision le 17 juillet 1990. Le 19 septembre 1999, le Conseil de l'ordre de Midi Pyrénées relaxe un médecin aveyronnais ayant pratiqué une euthanasie active sur un nonagénaire plongé dans un coma dépassé. Enfin, M. Humbert et le Dr Chaussoy obtiennent un non-lieu ayant avoué avoir aidé à mourir le fils de la prévenue ; le juge estime alors qu'ils ont agi sous l'emprise d'une contrainte extérieure les exonérant de toute responsabilité pénale.

¹⁵¹ Voir en ce sens les éléments de l'instruction ainsi que les textes des arrêts publiés.

¹⁵² La présence de nombreux psychologues et psychiatres aux actes et colloques et autres conférences sur la question de la mort et de l'accompagnement de la fin de vie témoigne de l'implication de plus en plus grande de la rationalisation de la pensée de la question.

57.- Respecter la dignité du malade semblerait donc être en ce sens là le *credo* d'une éthique des comités, sous catégories présumées d'institutions politiques. Or, l'attitude adoptée par celles-ci questionne : correspond-elle à une démarche authentiquement éthique ? Cette dernière, si l'on en croit l'unique méthode d'élaboration de sa juste mesure, à savoir une réflexion dialectique, ne pourrait obéir à des variations perpétuelles, d'une institution étatique à l'autre. Elle serait à sens unique, et devrait toujours tendre vers le meilleur, celui de la paix de l'esprit malade qui se meurt en ce corps qui de toute façon devra disparaître le jour venu¹⁵³. L'objectivisation de l'être, par une extrême rationalisation de son existence, ne suffirait pas à soulager une souffrance plus profonde.

58.- Afin d'élaborer une réflexion dialectique sur l'émergence d'un droit positivant l'événement de mort d'une *personne-mourante*, généralisant les conditions de traitement du malade, il conviendrait, tout d'abord, de présenter l'origine même du fait juridique de mort jusqu'à son absorption par une norme. Car c'est en regardant les conceptions théoriques, légales et jurisprudentielles des conditions de la mort en règle générale, qu'il sera possible de dégager une conception globale du mourant, et de l'accompagnement qui lui est accordé, tant en théorie qu'en pratique. En effet nous tenterons de comprendre dans quelle mesure le fait même de la mort peut se voir déchiré juridiquement, entre un droit privé garant des droits de la personne humaine, et un droit public qui, quant à lui, se veut le droit d'un Etat, lui-même garant de la protection de *tous*, au nom de la cohésion de la société dont il est l'incarnation institutionnelle. Il s'agira en l'espèce de mesurer l'impact d'une qualification juridique relevant de l'ordre du droit privé, ayant fait émerger une image représentative d'un cas dit particulier de mort au sein d'un établissement hospitalier. La preuve pourrait dès maintenant s'en trouver par l'exemple considéré d'un arrêt devenu célèbre depuis, émanant de la Cour de cassation¹⁵⁴, rejetant le pourvoi opéré par un médecin anesthésiste. Ce dernier avait pris la décision d'*ex* tuber une patiente grièvement blessée, alors même qu'elle avait été placée en

¹⁵³ Voir en ce sens J-M Trigeaud, *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Eléments de réflexion*, *ibid*, II. B., pp. 70-72.

¹⁵⁴ C. cass. crim., 19 février 1997, *Girer*, *Gaz. Pal.* I, Chro. I, 4°; *D.* 1998, p. 236, note Legros; *JCP* éd. G. II, 22889, note Chevallier. En l'espèce, la Cour retient la solution de la juridiction du fond en tant que le médecin Alain Girer s'est rendu coupable d'homicide involontaire en ayant extubé Carole Legardien et cessant dès lors toute démarche de réanimation. Nous reviendrons dans des développements ultérieurs sur cet arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation, un des rares arrêts qui condamne un médecin sur le plan pénal, sortant dès lors de l'application stricte du droit disciplinaire de nature administrative. Il conviendra dès lors de relever les conséquences de nature théorique et philosophique permettant une telle possibilité attachée à la profession même de médecin : la mort est un risque pour le médecin qui vie avec celle de ses patients tous les jours. Or, parfois la mort de l'un d'entre eux peut être jugée comme suffisamment exceptionnelle qu'elle semble sortir du cadre de l'*a priori* déontologique, emportant des conséquences au-delà de la simple fonction, remontant à l'individu en tant que sujet de droit, agissant par sa fonction de médecin.

réanimation, et ce après trois interventions chirurgicales aux effets peu encourageant quant au diagnostic vital. Celle-ci étant décédée, les juges ont estimé que « la décision prise par l'anesthésiste d'ex tuberculer et d'arrêter la réanimation de la patiente « en désaccord avec toute logique et toute éthique médicale et contraire aux règles consacrées par la pratique », a, selon les experts, « hâté le décès et interdit toute nouvelle intervention chirurgicale », « chaque faute commise ayant rendu inévitable et irréversible le processus mortel » ». La décision prise par les juges est relative à un diagnostic *post mortem* opéré par des « experts ». Ces derniers, dont la qualification professionnelle ne nous est pas communiquée, sont dès lors investis de la lourde responsabilité de dire dans quelle mesure une *personne*, au titre de médecin anesthésiste, a outrepassé les règles éthiques et dès lors commis une faute. Cette dernière constituera l'origine de la qualification juridique du fait médical. Ainsi, une telle jurisprudence pourrait prendre l'effet de modèle¹⁵⁵, et trouver à suggérer des réponses quant aux considérations relatives aux mourants, car leur point commun avec la patiente de l'arrêt Girer est bien la mort. Le risque serait celui qu'encourt toute systématisation d'une quelconque jurisprudence, hypostasiant un fait juridique minoritaire, alors même qu'il ne s'agit que d'un exemple circonscrit dans l'espace et le temps. Dans l'enceinte hospitalière, pourtant, car il est d'usage de tirer des conséquences des expériences pratiques, ce fait juridique obtiendrait valeur d'objet focal de réflexion éthique. Le comité d'éthique local, ou, au demeurant, l'ordre des médecins au nom du Code de déontologie, auraient le devoir d'entamer une réflexion sur les conditions d'exercices de l'acte médical, compte tenu de la règle de droit en vigueur, suggérant des solutions directement applicables.

VIII. Perspectives et plan

59.- Dans cet esprit, une révision des droits du mourant est donc à engager à la lumière de ce que l'on peut appeler les *droits premiers* de la *personne*, ce qui appellera bien des analyses étayées sur la confrontation des textes. Mais encore faut-il dégager les perspectives dans lesquelles elles pourront s'engager, et le plan selon lequel elles pourront s'organiser.

60.- C'est une véritable instruction du fait juridique qui permettrait de considérer que la mort d'une *personne*, dans le cadre hospitalier, souffre d'une présomption de non respect de

¹⁵⁵ Relayée par les publications internes aux comités d'éthique locaux et régionaux dont l'absence de statut institutionnel engendre la plus grande confusion sur un plan juridique.

toutes les précautions à mettre en œuvre pour prolonger ou sauvegarder la vie conformément à ce que celle-ci exige. **Ici, la mort doit être considérée comme accidentelle.** C'est en effet la violence apparente de la mort qui le plus souvent va servir l'intérêt scientifique du questionnement éthique, induisant l'augmentation de la fréquence d'observations de phénomènes ressemblants. L'examen s'intensifiant, la radicalisation de ce qui apparaît comme une anomalie, pourrait induire la transformation d'un cas isolé en fait social. En bref, lorsque l'on s'attarde sur un phénomène tel que la mort d'une *personne* par suicide, c'est le suicide qui devient une question pour tous ceux qui sont touchés par l'événement. L'opinion publique, soucieuse de se voir protégée des maux dits sociaux, s'adresse directement aux politiques. Or ce sont les membres de ce corps politique qui exposent, dans des projets gouvernementaux, des missions privilégiées de santé publique, dans le cadre de leur charge de garantir les Droits de l'Homme, la dignité de la *personne*. Notons que c'est aux institutions étatiques de garantir l'ordre social ; dès lors l'opinion publique se radicalisant quant aux dangers encourus par chaque particulier dans la singularité de sa peur de la maladie, opérerait une pression morale collective, transformant ainsi le phénomène d'exemple isolé, en fait majoritaire. C'est la raison pour laquelle, l'élaboration de la matière *bioéthique*, poussée par l'ampleur des requêtes populaires, ne saurait traiter de la mort, par exemple d'un patient *ex tubé*, sans d'abord faire référence à la jurisprudence *Girer* qui recevrait alors en quelque sorte « force de loi »¹⁵⁶. Dans le but avoué de protéger l'ordre public, l'entité étatique s'inviterait alors dans l'ordre législatif, par le biais de comités de réflexion éthique¹⁵⁷.

61.- Ainsi, la dernière étape matérialisant un événement de vie en fait juridique, prendrait forme lorsque, alors qu'il ne s'agissait que d'un cas isolé, la généralisation des conditions d'exécution du phénomène conduirait à son tour, sous l'impulsion des expertises, à mener vers l'éclosion de nouveaux *impératifs catégoriques*. C'est par voie normative que l'encadrement d'un phénomène marginal, singulier, propre à un espace et un temps donné, risque d'engendrer une généralisation à tous ceux qui répondront aux critères exposés. Par le moyen pratique de la loi, le cas de l'un deviendrait alors, *a priori*, le cas possible de *tous*. Observons donc une forme de radicalisation du phénomène de normalisation de ce que nous prétendons relever d'une éthique singulière. Le politique, en raison de son intrusion dans le domaine de la création du légal, au nom de la préservation d'un ordre public, dominé par les

¹⁵⁶ Selon l'acception communément admise et enseignée sur les bancs des universités que la jurisprudence constituerait désormais une source non écrite du droit objectif.

¹⁵⁷ Voir en ce sens les liens unissant Etat et CCNE notamment, introduisant une éthique politique dans notre problématique.

requêtes de l'opinion public, imposerait un ordre collectif, généralisant à des interrogations qui, quant à elles, ne pourraient que relever de l'indicible de l'homme. Une réponse peut-elle exister *a priori* à l'être ? Une telle hypothèse pousserait l'enthousiasme qui caractérise l'audace de l'esprit philosophique à prétendre que chaque personne, dont les analyses médicales donneraient des indices de ressemblances aux critères exposés par les experts, courre le risque de se voir enfermée dans un archétype normatif, faisant d'elle un instrument mécanique, en dehors de toute considération quant à sa singularité. Les enjeux sont de tailles, puisque pareille démonstration aurait pour conséquence de révéler que le seul exemple du mourant ne serait en réalité qu'un aspect d'une globalisation plus profonde de la personne. Toutefois, même si une telle observation semblera suggérée en plusieurs occasions, elle ne saurait faire l'objet principal de la présente étude.

62.- Notre recherche sera donc d'abord fondée sur un premier axe analytique faisant état de l'hospitalisation en elle-même, comme évènement premier opérant le basculement de l'état de *personne* à celui de personnage, en tant que malade, cette notion devenant le *prima* de toute la législation spécifique relative aux droits de ce qu'il sera admis de nommer le *malade-mourant*¹⁵⁸ (**Première Partie**). Puis, un second regard minutieux, plus technique que théorique et philosophique, bien que révélant ses sources par les outils présentés, fera état de la responsabilité, comme fondement juridico-légal de tout le droit du mourant, le plus souvent caché derrière la maladie. Car, c'est en créant les notions de patients et de personnel soignant, confondant les droits privé, public et pénal dans le seul néologisme de mourant, notion qui leur devient sous-jacente, que toute tentative de consensus en matière éthique se retrouverait dès lors inféodée à des *conditions de nature potestative*, faisant de la responsabilité un jeu *quasi* arithmétique, présupposant des anticipations ainsi que des mouvements de déresponsabilisation, au moyen notamment de fondements contractuels parfois peu évident à observer (**Deuxième Partie**). Enfin se révèlera la mort indigne de tous, sous la coupe de la loi, mais dont l'espoir de « belle mort » ne serait pas totalement éteint, la *liberté* ne devant obéir au langage qu'elle ne partage pas (**Troisième Partie**).

¹⁵⁸ Voir pour une approche psychanalytique de la notion, notamment chez R. W. Higgins, *Le « mourant » enfermé dans son statut de victime*, op.cit., pp. 140-148, « Mourants ségrégués, écartés, [...] séparent les mourants des malades et aussi des vivants (mais est-ce bien le terme qui convient ?), la vie de la mort, mais séparent aussi chacun des « vivants de sa finitude, de sa condition de « mortel ». » L'approche psychanalytique démontre la distance que le langage entend placer entre la *personne* et son but en tant qu'être d'aller à la mort.

« Crains l'exemple d'autrui ; pense d'après toi-même ».

« Consulte, délibère et choisis librement »¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Pythagore, *Les Vers dorés*, in A. Fabre-d'Olivet, *Les Vers Dorés de Pythagore*, Treuttel et Würtz, 1813, vers 14, p. 262 et vers 15, p. 269.

Première Partie. Devenir mourant : le temps de la promesse de « belle mort »

63.- Dès lors que la personne est entrée à l'hôpital, elle est consciente que son devenir est inféodé aux compétences du corps médical. Elle se dessaisit en quelque sorte de son existence, et ce ne que parce que le corps médical l'y invite, qu'elle retrouve une forme d'autonomie. C'est en devenant mourante qu'elle appartiendrait à une classe à part du droit des personnes, droit à la fois privé et public. Or, toute la démarche actuelle s'emploierait à faire de ce statut un privilège, véritable garantie d'une promesse de « belle mort », par opposition à ce que tous les dispositifs légaux du passé avaient entendu faire émerger de la condition des malades en fin de vie. Ces conditions jugées insuffisantes ont laissé place à une législation (**Titre.II.**) conceptualisant le mourant (**Titre.I.**).

Titre I. La création conceptuelle du mourant

64.- L'hospitalisation serait le point de départ du basculement sémantique de l'état de *personne* à celui de malade-mourant. Il ressortirait de cette opposition apparente, entre le droit des personnes, et les évolutions des politiques de santé appliquées aux personnes devenues malades, puis mourants, l'émergence d'un concept de malade-mourant-*personne*, concept sous-jacent, masqué, et même parfois nié en son essence, derrière le malade-mourant-*personnage*¹⁶⁰. C'est ce dernier qui se verrait le mieux, dans l'ensemble des dispositifs légaux ; c'est à lui que s'intéresserait la *bioéthique*, que le *biodroit* donnerait des conditions d'existence.

65.- Après avoir vécu l'étape décisive¹⁶¹ de la reconnaissance de la maladie, celle-là même qui désormais habite l'être-ressenti, comme un visiteur indésirable, il appartient, tout au moins en apparence, à la *personne* de faire le choix de la suite des événements. Or peut-on encore parler de choix, au sens de la jouissance d'une liberté absolue¹⁶², lorsque la révélation de la maladie a été permise par l'intervention d'un corps médical, dans le cadre de l'exercice de leur fonction. Ainsi, la *personne* est déjà un patient, devant un médecin généraliste hospitalier, premier interlocuteur, puis devant une batterie de spécialistes, tous responsables déontologiquement, *a priori*¹⁶³. En effet, la *personne* est juridiquement liée au corps médical, et ce dès la visite initiale qui doit être entendue comme le temps de la fécondation de la relation. Lorsque la personne refuse tout examen, le praticien se doit d'ors et déjà d'accomplir toute information relative à l'obligation légale qui lui incombe. Dans le cas contraire, la

¹⁶⁰ Sur cette distinction sur le fond entre personne et personnage, nous renvoyons aux travaux de J.-M. Trigeaud en tant que « père » de cette distinction ainsi formulée et par de nombreuses fois pillée en particulier quant à la notion de masques, ces derniers rendant opérant le personnage en tant que représentation hypocrite de la personne effective dans l'ordre d'un droit positif idéalisant ; voir notamment en ce sens les travaux de *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., pp. 26 s.

¹⁶¹ Sur un plan psychologique dont nous ne regarderons que les causes effets et conséquences que le plan de leur garantie juridique de protection maximale de la personne sous tous ses aspects.

¹⁶² Non contrainte autrement que par un devoir être sous-jacent, celui d'une philosophie réaliste ne niant pas un ordre naturel inféodant certains aspects essentiels fondateurs de l'être. Nous faisons ici référence à une philosophie aristotélicienne, prenant le *nomos* ontologique comme donné d'un réel indépassable, objet d'une taxinomie rationalisant son réel, pouvant dès lors servir les intérêts de l'Homme dans sa maîtrise de sa nature, emportant les conséquences théoriques sur un plan juridique. Voir en ce sens

¹⁶³ La première responsabilité du médecin est celle devant le Conseil National de l'Ordre des Médecins, dont l'opposabilité est portée devant les tribunaux administratifs en matière déontologique ; Code de déontologie médicale, Titre II, « Devoirs envers les patients ».

personne devient un malade¹⁶⁴. Cette relation, qui aux yeux du droit est de nature contractuelle¹⁶⁵, impliquant dès lors obligations et responsabilité aux co-contractants, est guidée par une approche qui semble être premièrement extérieure à la *personne* même du patient ; en effet, la fonction même du médecin, et de l'ensemble des praticiens présent à l'hôpital, apparaît s'inscrire dans une logique de préservation de la santé publique, propre à une morale d'Etat, garant des principes de droit sous-jacent à toute législation.

66.- C'est en ce sens qu'il s'agira de nommer celui qui, mis à l'épreuve dans la maladie, deviendrait progressivement le mourant, entre personne privée et usager de service public (**Chapitre.I.**), de telle sorte que sa conceptualisation puisse répondre aux exigences incapacitantes de la fin de vie (**Chapitre.II.**).

¹⁶⁴ Ou encore un patient, bien que cette dernière semble plutôt servir de notion recourt lorsqu'il s'agira de faire ressortir le caractère juridique du statut du malade.

¹⁶⁵ C. cass., 20 mai 1936, *Mercier*, *JCP* 1936, 1079., sur lequel nous reviendrons. Il s'agira également de revenir sur le contrat, ce qui fera l'objet de notre Deuxième Partie, afin de relativiser les effets de la jurisprudence *Mercier* aux exigences du contre hospitalier de soins.

Chapitre.I. La mise à l'épreuve de la notion de *personne* dans la maladie : entre personne privée et usager de service public

67.- Bien loin d'être une nouveauté, la gestion administrative de la maladie, et plus spécialement de la mort, est inscrite aujourd'hui dans une démarche propre à une mission incombant au politique, à son émanation institutionnelle la plus achevée : l'Etat. Sans remonter aux temps immémoriaux antiques, il est concevable de rappeler qu'aux époques où l'Etat ne s'était pas encore synthétisé en nation unifiée, l'initiative conjointe de représentants de la souveraineté royale, associés aux volontaires de tout ordre de la société civile (bien souvent le clergé se singularisait en la matière...), participaient à protéger la santé publique dans la gestion des grandes épidémies¹⁶⁶. Cette mission de protection semblait s'inscrire dans un devoir-être, un accomplissement d'une obligation morale, inscrite en chaque homme, en l'espèce humaine. Sans entrer dans le détail de l'histoire de la gestion de la mort en occident, ce que Ariès a parfaitement dessiné, il paraît toutefois indispensable d'aborder le cas des modalités légales relatives à la protection de la santé publique, notion apparaissant dans les priorités faites par l'ordre juridico-politique, à l'aube du XIXème siècle ; et il en serait ainsi de traduire ces observations en suggérant les conditions quant à l'accueil de la personne hospitalisée (**Section.I.**) ; puis, de préciser que la gestion de l'entrée dans le processus d'hospitalisation va tendre à revêtir des aspects éthiques, lorsque la personne connaîtra une individualisation singularisant sa dignité (**Section.II.**), jusqu'à, dans une certaine mesure, la désolidariser du groupe, en cas de maladie, sans doute, et ce n'est pas un hasard, en la mettant en état d'incapacité présumée (**Section.III.**).

Section.I. L'encadrement légal de l'accès aux soins pour tous

68.- Si, dans un premier temps, nous l'avons vu, le droit judiciaire n'a pu être requis par le justiciable que sous sa forme délictuelle¹⁶⁷, le basculement opéré en 1936 par la Cour de cassation a rendu possible l'émergence d'un droit public de la santé, ce dernier s'étant progressivement emparé de la gestion des politiques de l'hospitalisation. En effet, vu comme

¹⁶⁶ Voir P. Ariès en ce sens.

¹⁶⁷ Moyennant une faute relevant du droit de la responsabilité des art. 1382 et 1383 cc.

obligation morale relevant des compétences exclusives d'un corps institutionnel, la gestion de la maladie s'est peu à peu transformée, par le développement soudain de techniques médicales propres à faire émerger l'espoir de guérir en des circonstances autrefois impensables¹⁶⁸. Ainsi, le droit public naissant est venu reconnaître un droit hospitalier¹⁶⁹. Le corps politique a dû accomplir alors une démarche d'institutionnalisation de ce qui, par le passé, étaient des hospices, pour les transformer en hôpitaux publics¹⁷⁰. D'une obligation morale, de droit privé, encore relativement indépendante de l'obligation politique de garantir les droits de la personne, obligation inhérente à l'Etat (**Paragraphe.I.**), le droit hospitalier s'est imposé par une prise en charge de plus en plus technique et fiable de la personne usagère de service public (**Paragraphe.II.**), puis de la pathologie envisagée au sens le plus large du terme. Pourtant, le droit public ne saurait suffire en tant que complément au droit privé de la personne, et, *entre droit privé et droit public*, dans l'opinion commune, le droit pénal permettrait de saisir des certains aspects inhérents aux droits singularisant le statut de la personne médicalisée en en faisant, *a priori*, une forme de victime *super-protégée* (**Paragraphe.III.**). La médicalisation de la vie (**Paragraphe.IV.**) a imposé aux juristes de garantir la protection de la personne par l'émergence d'une jurisprudence propre à la gestion de la mort en centre hospitalier, au nom d'un *devoir d'assistance à personne en danger*, quelque soit la personne¹⁷¹. Puis, par l'encadrement normatif du statut de celui qui devient un patient, le judiciaire s'est associé à l'administratif, en vue de faire apparaître un régime de droit spécial, propre aux malades (**Paragraphe.V.**).

¹⁶⁸ L'émergence d'une responsabilité contractuelle dépassant la seule responsabilité pour faute semble être rendue possible par les évolutions techniques faisant peu à peu peser une obligation de moyen si ce n'est de résultat sur le médecin. C'est en ce sens que d'une obligation morale de porter secours, incombant au médecin sur le fondement du serment d'Hippocrate, le juge de la Haute Cour a détaillé une obligation de droit ; cf C. cass, 20 mai 1936 : « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle* ». Nous reviendrons sur la responsabilité même, dans notre Titre II.

¹⁶⁹ Voir tout d'abord sur les prémices de l'émergence d'un droit public hospitalier, J. Imbert, *Le droit hospitalier de la Révolution et de l'Empire*, Publication de l'Université de la Sarre, Recueil Sirey, Paris, 1954, 458 p. ; très tôt, en date du 16 vendémiaire an V (7 octobre 1796), le Directoire se décharge de la gestion des hôpitaux sur les communes ; puis par la loi du 7 août 1851, hospices et hôpitaux sont érigés en établissements autonomes disposant de la personnalité morale ; c'est par la loi du 21 décembre 1941, *réorganisation des hôpitaux et des hospices civils*, dite « Charte hospitalière » (copie conforme d'un décret-loi du 28 juillet 1939 non mis à exécution pour cause de guerre) que l'hôpital se voit définitivement engagé dans la voie de son institutionnalisation (complété par décret n° 43-891 du 17 avril 1943, *portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics*).

¹⁷⁰ Voir note précédente.

¹⁷¹ Le principe de non discrimination ayant à ce titre été intégré au corpus du bloc de constitutionnalité, au moyen du texte du Préambule de la Constitution de 1946 : l'article Ier sur l'égalité des droits pour tous sans distinction, l'article 2 sur les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », notamment les principes sociaux, et l'article 11 sur l'égal accès à tous en matière de santé et notamment pour les plus faibles.

Paragraphe.I. L'encadrement de l'accueil par le droit privé

69.- Il s'agirait d'abord d'une entreprise vouée à protéger la personne-malade contre elle-même. Cette démarche a conduit le juge, premier révélateur, toute proportion gardée, des évolutions sociologiques, à engager une approche nouvelle du droit de la *personne*, glissant vers un droit des obligations, appelant en cela certains aspects du droit civil¹⁷², nécessitant de requérir un motif thérapeutique¹⁷³ (A.). En ce sens, le motif thérapeutique est nécessaire, car la prise en charge du malade engage la possibilité d'une atteinte légale à son intégrité¹⁷⁴. Or l'intégrité est une notion composante de la vie privée. Si cette approche purement privatiste n'est pas suffisante lorsque le patient engage une quelconque requête, par voie administrative ou civile et pénale, contre les différents organes de l'unité hospitalière¹⁷⁵, il apparaît qu'elle ne peut être que le reflet d'une démarche d'uniformisation¹⁷⁶. Le politique, garant de l'application de la norme, par une rationalisation des rapports entre co-citoyens¹⁷⁷, deviendrait, par le biais de son émanation institutionnelle¹⁷⁸, l'expression totalisante d'un universalisme *post* jusnaturaliste, résumant la *personne malade* à un ontologisme *a priori*, catégorisé par une approche strictement sociologique et historiciste du corps social¹⁷⁹. L'Etat, en tant qu'expression de ce politique, servirait alors de garant du lien contractuel avec le patient, soumettant le droit privé aux injonctions conditionnées par les nécessités de la « loi de solidarité sociale », idée reprise au corps de la loi du 4 mars 2002, introduisant l'idée de *Démocratie sanitaire*¹⁸⁰. Cette création légale qui serait contre objective en ses effets¹⁸¹,

¹⁷² D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil*, in D.2000, chron. p. 487.

¹⁷³ Ce motif peut même être entendu comme une nécessité thérapeutique, celle de porter secours ; elle est reprise en tant qu'objet de définition conjoint à la définition du *malade*, en tant que bénéficiaire de soins aux articles 8, 9, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 48, 53, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 68, 105 du Code de déontologie. Notons qu'il n'est nullement fait de distinction entre les notions de malade et de patient, celles-ci semblant dès lors assimilées l'une à l'autre ; nous pouvons renvoyer pour exemple à l'article 35 alinéa premier du Code de déontologie en ce sens là.

¹⁷⁴ Référence faite à l'art. 16-3 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002.

¹⁷⁵ Seule occasion pour celui-ci de voir se révéler l'existence d'une vie juridique première à sa vie individuelle de malade considéré médicalement et sociologiquement. Voir en ce sens les développements sur la responsabilité comme révélateur de l'existence juridique sous-jacente de *personne* avant de celle de *personne malade*.

¹⁷⁶ Le projet de la loi du 4 mars 2002 est de rénover « *les droits du malade* », à savoir opérer une distinction effective et objective entre les droits exercés par l'*usager du système de santé*, la *personne malade* et le *patient*.

¹⁷⁷ Que nous préférons en l'espèce à personne humaine car plus emprunt de cette connotation d'extériorité d'un droit objectif et idéaliste formalisant l'être par des généricismes de sous catégories d'appartenances.

¹⁷⁸ L'hôpital en tant qu'établissement public relevant d'un droit administratif.

¹⁷⁹ Voir en ce sens les indications apportées par A. D'Alton, *Histoire, justice et connaissance : penser l'histoire du phénomène juridique à la lumière de la connaissance du juste*, Conférence au Symposium international : « Culture, Society, and Knowledge », Société canadienne d'épistémologie, Université de Sherbrooke, 28-29 septembre 2007, publié sur Revue de la BPC, Thèmes, VII/2008, mise en ligne le 23 novembre 2008, www.philosophiedudroit.org.

¹⁸⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, Titre II : *Démocratie sanitaire*. Ici le législateur entend préciser les Droits de la personne (Chapitre 1^{er}), en les distinguant de ceux des usagers et de leur responsabilité (Chapitre II), des

conservant le malade en tant que personne privée (B.), aurait pour fondement de considérer la maladie en tant que notion qualifiante (C.).

A. La personne-malade-mourante en tant que sujet de droit

70.- C'est aux abords de la révolution des droits de l'existence de l'homme, au nom du respect de sa dignité, que l'approche contractuelle du rapport patient-praticien s'est vue cristalliser par le révélateur prétorien. Le juge ne pouvait, sans base légale première, interpréter l'objet de droit qu'est la *personne*¹⁸². C'est ainsi qu'il s'est tout d'abord appuyé sur l'expression de la garantie de l'*intime* de la personne¹⁸³, examinée dans la matière privée et plus particulièrement dans le domaine de la santé, relativement aux droits élémentaires de la personne. Il ne s'agirait non pas d'une intimité au sens de celle sentimentale, psychologique ou morale, mais l'expression de la garantie d'un ressenti, ayant directement renvoyé à la

règles de participation des usagers au fonctionnement du système de santé (Chapitre III). Ces distinctions semblent confirmer la volonté du législateur d'introduire de nouvelles dimensions à la notion de malade, la distinguant de celle de patient, précisant le critère du motif thérapeutique, et élargissant ainsi l'applicabilité du droit de la personne malade, et ou du patient aux actes préparatoires et thérapeutiques ; voir en ce sens B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, Thèse, Univ. Montpellier, Les Etudes Hospitalières, 2002.

¹⁸¹ Contre objective au sens philosophique de l'expression : contre un objectivisme à savoir relevant dès lors d'un idéalisme démocratique faisant prévaloir le politique sur le juridique, une philosophie politique avant sa science tutélaire qu'est la philosophie juridique : voir en ce sens J-M Trigeaud, *Le droit privé, premier élément de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit. Cette conception semble procéder de la pensée de Duguit qui préconise l'émergence d'un droit public par l'implication d'une autorité étatique sur les comportements de ses agents, impliquant dès lors la personne dans un processus d'assimilation de son état, transmutant ce dernier en usager d'un service. Et c'est bien cette mutation qui engendre tous les généricismes niant certains aspects de la personne pour en faire le personnage usager d'un service défini par les critères légaux le faisant exister en tant que tel. Pour un prolongement de la nécessité de distinguer droit privé et droit public dans la perspective d'une garantie des libertés individuelles, voir C. Audard, *Ethique publique et démocratie*, in *Le privé et le public*, Arch. Phil. dr., n° 41, 1997, pp. 65-81. Voir en quoi l'autonomie du politique qui se fait seul à définir les libertés individuelles serait « le lit [de tous les] totalitarismes » ; toutefois il serait tout autant inenvisageable de « se résigner à la « tyrannie des préférences » dans le domaine public ». Comprendons dans cette perspective que la *démocratie sanitaire* serait la réponse du politique à totaliser les libertés individuelles sous la pression des inclinations du public ; une synthèse de la thèse de Mme Audard.

¹⁸² C. cass. 20mai 1936, *Mercier*, préc. Il convient de comprendre que le juge distingue donc une obligation de moyen d'une obligation de résultat et ainsi oblige le médecin à envisager le patient et non plus seulement le malade ; confirmation de la distinction faite chez R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier et H Péquignot, *Traité de droit médical*, op. cit. n° 115.

¹⁸³ Voir en ce sens sur les fondements principaux du droit de la santé, J.-M. Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p. 39. L'auteur entend fonder le respect de l'intimité au nom du respect du principe de dignité moyennant le respect du secret médical ; voir sur le secret médical, A. Demichel, *Le secret médical*, LEH Editions, 2001. Ce concept renvoie bien évidemment à des notions qui sont parties intégrantes de la *personne-malade-mourante* car concernant ce qui la conceptualise dans l'ordre médical et participe de la collecte empirique des données qui lui attribue son statut juridique de *personne-malade-mourante*, et par là même, suggère ainsi être des composantes de la notion générique de *vie privée*. C'est en ce sens que le fondement premier du droit de la santé repose sur le respect de la personne, notion la plus élevée renvoyant aux concepts de droits les plus élémentaires tels que la vie privée, avant d'en préciser les qualificatifs de *malade* ou encore *mourante* qui sont des spécificités modales dans l'application du respect de la dignité au nom du respect de la vie privée, le critère de faiblesse semblant diriger l'esprit de la loi.

notion de vie privée de l'article 9 du Code civil (1.). Et cette jurisprudence, en matière de vie privée, a fait œuvre de formalisation du domaine d'application de tout un champ juridique relativement au malade (2.).

1. Au commencement du malade, la *personne* à la lumière de la notion de vie privée.

71.- La notion de vie privée présuppose différentes dimensions relevant de l'ordre de la *personne*. Il s'agit ici de protéger la vie, dans ce qu'elle a de plus intime, de plus cher, et que la loi entend préserver des colportassions, de la divulgation à titre gratuit ou encore onéreux, d'informations, ainsi que d'intrusions¹⁸⁴. Cet ordre abstrait de la loi postule que les règles de droit qui s'y rapportent, entendent garantir le plus largement possible ce que chacun souhaite faire entrer dans le champ de sa vie privée. Pourtant, si ce champ de l'intime paraît laisser un certain libre arbitre quant à l'appréciation de ce qui est intime, ou de ce qui ne l'est pas, la réponse à la question de l'appartenance à la sphère du privé n'appartient pas à l'individu. Ainsi c'est le juge qui dessine le respect au droit à la vie privée, depuis l'avènement de la loi du 17 juillet 1970, introduisant le principe à l'article 9 du Code civil¹⁸⁵ ; ce principe a dès lors valeur légale.

72.- Retenons également que le Conseil constitutionnel consacre la vie privée comme une notion à valeur suprême, en la faisant entrer notamment dans le champ de sa décision IVG du 15 janvier 1975¹⁸⁶, l'associant ainsi aux à l'inviolabilité des droits relatifs au respect de la personne humaine.

¹⁸⁴ Il s'agit de toutes les dispositions dégagées de la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 9 du Code civil. Enfin, la vie privée est entendue au sens de celle protégée de tout type d'atteinte à caractère pénal au sens de l'article 226-1 du Code pénal.

¹⁸⁵ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, *tendant à renforcer les droits des libertés individuelles des citoyens*. Le terme même d'« individuel[les] » présuppose que c'est le libre arbitre cartésien qui commande ce qui entre dans le champ des possibles relevant de la vie privée. Descartes n'emploie que très rarement le terme de « conscience » et lorsqu'il le fait, c'est au sens moral. Cependant, le *cogito* (« je pense ») cartésien est considéré comme étant l'équivalent de ce qu'on appellera plus tard « conscience » et ce que Descartes considère comme pensée correspond à la perception, la volonté, etc. ; il s'agit toujours d'une certitude d'exister, d'être une « chose pensante ». C'est tout le sens du « *Cogito ergo suum* ». Ainsi, la vie privée n'appartient pas en tant que concept réel à une réalité sous-jacente comme source de droits premiers, mais plutôt comme expression d'une volonté de voir protéger ce qui caractérise et non singularise l'être en tant qu'individu et non en tant que *personne* ; le premier étant la manifestation limitative de l'autre rendue nécessaire par la formalisation d'un droit positif relatif à un droit universellement fondé, celui de la vie privée en elle-même, sans modalité de distinction de genre.

¹⁸⁶ Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse. Cette décision rappelle à quel point, bien que justifiant la possibilité d'attenter au commencement de la vie qu'est

73.- La vie privée supposerait les notions de liberté de conscience, de dignité et de propriété privée. La liberté de conscience entretient un flou relatif à ce qui serait le plus intime et subjectif de l'être¹⁸⁷, ce que Kant aurait identifié comme relevant de la responsabilité morale de la personne¹⁸⁸. Pourtant cette responsabilité ne saurait suffire à pouvoir être appréhendée en droit positif¹⁸⁹, de telle sorte que la vie privée de la pensée se voit également identifiée dans l'ordre de la classification positiviste, relevant d'une démarche procédant d'une philosophie aux accents nominalistes¹⁹⁰. La propriété privée semble plus évidente à regarder, tant il est *a priori* simple, et sans entrer plus en détail dans cette voie en raison de sa généralité, d'identifier ce qui appartient à, ou non. Or, si les biens meubles et immeubles sont de toute évidence, par leur matérialité, ainsi que par les actes juridiques les identifiant, assez

l'embryon, le Conseil entend marteler la primauté de la vie sur les atteintes qui pourrait y être faite ; en ce sens le Conseil affirme que : « Considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit » eu égard à la nécessité que celui qui entend y recourir librement (conformément à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) le fasse en « une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique », le Conseil considère « qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte. » Cet esprit de la loi des sages semble trouver autant de prolongements dans les textes ultérieurs tant sur le statut du malade, que celui du mourant ici plus particulièrement.

¹⁸⁷ Voir en ce sens la note précédente.

¹⁸⁸ Pour Kant, la conscience est une expression de la raison pratique. Elle se manifeste par un sentiment qui est le respect, mais Kant considère que ce sentiment est tout à fait différent de ceux qui font naître le désir car celui-ci dans un sens quasi contraire, dévoile la soumission de l'homme à la loi morale, soumission qu'il considère aussi comme sa liberté car elle témoigne de l'exercice parfait de la raison pratique.

¹⁸⁹ Voir en ce sens S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, in Archives de philosophie du droit, n°22, La responsabilité, 1977, pp. 113-129.

¹⁹⁰ Courant philosophique dont le père fut Roscelin, et dont Guillaume d'Ockham philosophe et théologien de l'ordre franciscain anglais du XIV^{ème} siècle est aujourd'hui encore le plus imposant représentant de la période moyen-âgeuse tardive. Cette scolastique est une réponse possible aux universaux tels que l'on retrouve dans *Les Catégories* d'Aristote (voir l'*Organon* du Stagirite comme point de départ de la philosophie faisant corroborer et harmonisant substance et essence). Le nominalisme entend répondre à la question du statu de substances secondes appelées encore étants généraux. Ainsi, les nominalistes affirment au contraire de la doctrine des Idées platoniciennes que ces étants n'ont pas d'existence ontologique propre de telle sorte que les mots et signes employés pour les désigner ne sont que des outils humains d'instruments humanisés. Singularisant la personne à l'extrême, le nominalisme entend dès lors qu'il ne peut y avoir qu'une addition de singulier ne dépendant en rien d'un général pré-existant à ces singuliers, niant tout universel en essence présupposant de la singularité d'un être. Chaque être sera pris isolément. Cette hypothèse nominaliste a traversé le temps médiéval, et des auteurs comme Hobbes ou encore plus proche de notre époque Wittgenstein ont développé leurs approches de sciences de l'Homme en vertu d'un fond de pensée nominaliste. Ainsi nous pouvons comprendre une certaine conception moderne faisant de la personne, au sens kantien du terme (voir sur ce point l'article cité à notre présente étude de S Goyard-Fabre sur la distinction *responsabilité morale* et *responsabilité juridique*, permettant l'identification de la *personne*) un objet de droit pris non pas isolément, singulièrement au sens nominaliste du terme, mais au sein d'une catégorisation dénuée d'un lien ontologique transcendant ; l'ontologie est ici envisagée comme identifiable en une dimension finie, rationalisable, niant l'hypothèse guénonienne, ou encore rosminienne d'un ordre ontologique des possibles en tant qu'il est indéfini. Voir sur l'approche de Guénon *Les états multiples de l'Être*, et chez Rosmini *Introduction à la philosophie*.

aisés à protéger, il en sera bien différemment de ce qui relève de la propriété intellectuelle, lorsque celle-ci appartient à la sphère intime des informations relatives au patient en état de maladie¹⁹¹. Le législateur a permis une large protection de ces données à caractère personnel¹⁹².

74.- Si en 1970 la loi portant réforme sur la protection de la vie privée se limite à la seule sphère du foyer familial, les **évolutions technologiques** ont imposé des évolutions faisant sortir l'intime du foyer, voyageant aux travers de moyens de communications de plus en plus élaborés¹⁹³. Sans qu'il ne puisse nous être reproché de généraliser, les mœurs de la personne humaine auraient en ce sens atteint les droits du sujet. Et c'est d'un véritable champ de droits prétoriens que le droit à la vie privée a vu germer des prétentions nouvelles. Ainsi, si la liberté de conscience¹⁹⁴ ou encore la liberté d'expression¹⁹⁵ furent intégrée sans « difficulté » au champ de la sphère privée, d'autres notions impliquèrent un plus grand effort d'intellection de la part du juge. Et, aujourd'hui encore, il est parfois peu évident de donner toute leur dimension de droit positif à des droits qui relèvent d'une abstraction de l'esprit. Voilà pourquoi au sujet de l'image¹⁹⁶, faisant depuis bien longtemps obstacle à une véritable

¹⁹¹ Nous reviendrons sur les questions de secret professionnel, ainsi que de secret médical.

¹⁹² Voir en ce sens les dispositions relatives au dans le Code de la santé publique : par exemple, art. L. 1110-4 du Code de la santé publique, et R. 4127-4 du Code de la santé publique.

¹⁹³ L'image de la personne ainsi que la voix traversant des milliers de km en un seul instant faisant résonner les pensées les plus intimes d'une personne sur une portée dépassant la sphère privée ou encore repoussant les limites de celle-ci allant jusqu'à faire croire à l'Homme à un véritable pouvoir démiurgique. Voir sur la notion de Démiurge, l'œuvre *La République* de Platon. Le démiurge, l'auteur du Golem de la Kabbale ; voilà l'Homme en quelque sorte identifié par Nietzsche dans son *Ainsi parlait Zarathoustra*. Ici l'homme-personnage, et non plus la personne, articule son être autour d'un devoir être personnifiant chaque phénomène de genre, chaque épiphénomène identifiable comme *étants* (voir sur ce point la notion de *dasein* chez Heidegger). Il est désacralisé, mais « connaît » la science sacrée, il est conscient de son impuissance mais il est celui qui connaît la plus Haute Puissance en laquelle il prétend pouvoir s'incarner, et enfin , il est nihiliste, mais s'adonne à accomplir la Volonté de la plus Haute Puissance afin de s'inscrire dans l'hypothèse vertigineuse et sans but de l'Éternel Retour ; non pas celui des différentes religions ou traditions faisant parfois état de doctrine de métempsychose (abusivement appelées réincarnation par les spirites ou encore néo-spirites contemporains -voir sur ce point *L'erreur spirite* de René Guénon-), mais l'Éternel retour présumé comme hypothèse afin de ne pas finir par verser dans les ténèbres du vide. Notons qu'ici nous retrouvons les fondements théoriques d'une philosophie contemporaine ayant tué tout dépassement métaphysique comme, dit-on, Nietzsche a tué Dieu. La Volonté de Puissance ne serait qu'une fuite vers un ordre métaphysique (inexistant ou inaccessible chez Nietzsche!) permettant de donner un sens à l'humanité sans but. C'est alors ainsi que l'Homme perdu dans ses pensées dont l'origine essentielle ne serait que pure vacuité, entreprend un réalisation purement hédoniste et *égo-centrée* ; l'Homme moderne *re-construit* son monde faisant de son microcosme le reflet de ce macrocosme illusoire qu'il entrevoit dans le miroir d'une psychologie ficelée aux contingences phénoménologiques idéalisées par une institutionnalisation de communautés toutes plus éclectiques et discriminantes les unes en rapport aux autres.

¹⁹⁴ A savoir la garantie d'élaborer une pensée singulière du moment et qu'elle demeure dans la sphère intime. Voir sur ce point l'œuvre de P.-P. Ottonello, *Structure et formes du nihilisme européen*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1987.

¹⁹⁵ La garantie de pouvoir dire son opinion dans la limite du respect de toute discrimination.

¹⁹⁶ Notion sur laquelle nous reviendrons lorsqu'il s'agira de traiter de la question des droits relatifs à la protection du cadavre.

jurisprudence uniforme, tant la notion appartient conjointement au concret de la photographie, qu'à l'abstrait de la renommée, le juge français est régulièrement condamné par la CEDH¹⁹⁷. De ces observations, nous comprenons que les développements, essentiellement jurisprudentiels, relatifs au droit à la vie privée, ont tous pour unique objectif de désigner des catégories spécifiques, toute à la fois de genre, ou encore de nature ; c'est par le rattachement à celles-ci de termes fondamentaux inhérents à la consécration de la vie privée, que se justifierait un tel mouvement de précision. Admettons alors en ce sens que le malade est une personne, dont les droits de la personnalité juridique sont renforcés, tant au sujet de la vie privée entendue extensivement, qu'au sujet de la dignité, ou encore de l'intégrité, la protection de son image y ayant été dès lors intégrée¹⁹⁸.

2. L'explicitation d'un domaine particulier aux droits du malade, applicable au mourant

75.- La jurisprudence en matière de vie privée a pu ainsi faire œuvre de création de nombreux pans dus à l'interprétation de l'article 9 du Code civil. La vie privée du salarié, le respect du domicile, de la tenue vestimentaire du salarié, **l'état de santé**, la situation patrimoniale *etc* sont autant de domaines où, désormais, le droit à la vie privée s'applique sans conteste. De plus, la jurisprudence française peut s'appuyer sur l'internationalisation du droit au respect à la vie privée¹⁹⁹, et plus spécifiquement en matière de santé, sur l'appui de la CrEDH, ou encore des textes fondateurs, promouvant le respect de la personne malade²⁰⁰.

¹⁹⁷ CEDH, 23 juillet 2009, arrêt Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France: la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) conclut à l'unanimité à la violation de l'article 10 (sur la liberté d'expression) par la France en raison de la condamnation en 2002 de la requérante, une maison d'édition, à la suite de la publication en 1996 d'un article concernant le chanteur Johnny Hallyday, qui invoquait le droit à l'image et le droit à la vie privée. Ici la société éditrice obtient la condamnation de la France, comprenons de la Cour de cassation à raison de sa vision limitatrice et disproportionnée de la liberté d'expression journalistique eu égard aux droits à la protection de la vie privée et du droit à l'image conséquent d'un artiste au demeurant complice depuis de nombreuses années de la divulgation d'éléments inhérents à sa vie privée, jusqu'à en faire même commerce

¹⁹⁸ Voir en ce sens l'article 46 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974, **relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux**, ainsi que la circulaire du 9 septembre 1963, **relative à l'autorisation d'accès des intervenants extérieurs aux hôpitaux**. mais aussi art. L 1110-4 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 et art. 8 de la Charte du patient hospitalisé..

¹⁹⁹ Citons ainsi l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*. Ou encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, bien que celui-ci tout comme en juridiction strictement interne emporte une régulière révision de proportionnalité eu égard au droit à l'information ou encore à celui de l'expression libre.

²⁰⁰ Voir notamment, au niveau européen, la CEDH, art. 2 sur le droit à la vie, mais encore dans la jurisprudence de la Cour : notamment, CEDH, 29 avril 2002, Pretty c/Royaume-Uni, la Cour précisant que si l'art. 2 consacre

76.- L'internationalisation du droit de la santé semble procéder en réalité d'un mouvement prétorien, consacrant progressivement les particularismes liés à la pratique médicale, dérivant vers la contractualisation des rapports médicaux. Avant tout avènement d'un droit proprement public, relevant d'un Code de la santé publique, c'est le droit privé qui a permis de révéler l'existence de rapports de nature juridique, supposant des obligations contractuelles. La chambre civile de la Cour de cassation rendait en date du 20 mai 1936 un arrêt *Dr Nicolas c. Epoux Mercier*²⁰¹, consacrant la nature contractuelle du rapport susvisé. Ainsi, les juges de la Cour précisèrent que la nature contractuelle de la relation de personnes pouvait engendrer des cas de responsabilités, inhérents à l'obligation de soins, et relevant ainsi des dispositions contenues à l'article 1147 du Code civil. Cette novation vint marquer l'abandon définitif du recours à la responsabilité délictuelle de droit commun, contenue dans l'intitulé de l'article 1382 du Code civil²⁰², jusqu'alors seul objet normatif autorisant un recours pour un patient mécontent²⁰³. Comprendons en ce sens que la relation ne pourrait plus être celle d'une personne à une autre, simples sujets de droit, mais de deux organes identifiables juridiquement, par leur rôles et fonctions. Et en ce sens, la technicisation de la pratique de l'art médical a progressivement résumé celle-ci à un rapport quantitatif, du fait des exigences naissantes *de résultats*, que le juge a pu saisir, afin de donner un cadre positif à cette dernière. Dès lors, si le contenu du contrat posait un véritable problème à la jurisprudence, le problème semble avoir été largement dépassé dans les évolutions récentes, ce sur quoi il n'est pas nécessaire d'entrer plus en précision pour le moment.

la droit la vie, il ne peut être interprété *a contrario* comme ouvrant à un droit à mourir ; mais aussi également, art. 11 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, adoptée à Turin, mais aussi art. 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 ; au niveau international, art. 10 de la DUDH du 10 décembre 1948 ; ou encore art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 ; ou encore art. 1^{er} de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, adoptée le 19-22 juillet 1946, entrée en vigueur le 7 avril 1948 .

²⁰¹ C. cass. 20 mai 1936, *Epx Mercier*, prec.

²⁰² Voir en ce sens l'Histoire du droit de la responsabilité hospitalière et la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil au XIX^{ème} siècle.

²⁰³ Notons qu'un tel point ne peut avoir d'intérêt dans le traitement du présent sujet que conformément au soucis de préciser les évolutions du lien qui, jadis, dans un temps dépassé par le souci moderne de résultats (objectifs ou subjectifs d'ailleurs) unissait deux personnes ; si le contrat existait, *de facto*, car le médecin a toujours eu, par l'accomplissement de son art la mission de porter secours à celui qui en nécessite l'intervention, celui-ci n'impliquait en rien l'intervention d'un profane de la médecine, en tant que régulateur. Il convient de se reporter à la notion de *techné* chez Platon et d'art-métier dans toute Tradition métaphysique pour mieux en saisir les causes. Chez Platon, le terme de *technè* est souvent utilisé est quasi synonyme du avoir rigoureux et fondé de l'*épistèmè*. Tout art est donc l'accomplissement d'une volonté supérieure en tant que devoir être ordonné par un commandement ontologique ainsi qu'une obligation axiologique. Voir notamment A. Balansard, *Technè dans les dialogues de Platon*, International Plato Studies, Academia, 2001, 412 p.

77.- C'est en faisant primer l'émergence d'un droit des obligations, que les juges de la Cour ont pu créer les concepts d'obligations de moyens et de résultats²⁰⁴. Malgré la généralité du problème, disons le brièvement, la première fait référence à l'aléa thérapeutique, déclaré inhérent à la pratique de l'art médical²⁰⁵, la seconde faisant état du rôle passif du patient, alors considéré en ce temps par la jurisprudence comme un client. Et ce n'est que cet aspect de considération relative à la personne, lorsqu'elle est malade, qui nous intéresse en l'espèce. En effet, ayant fait émerger la relation contractuelle au nom d'un droit positif de l'*être*, dans son rapport à la jouissance de sa personnalité juridique, jusque dans l'inconnu de la maladie, la Cour de 1936 a cristallisé le *nomen* de client. Ce n'est qu'après cette dépersonnalisation, égarement déshumanisant du juge des « années folles », que l'intitulé de patient fut préféré. Plus respectueuse peut-être, mais également plus discriminante dans l'ordre de l'*être*, la notion de patient²⁰⁶ nous rappelle à quelle point la *personne* est « aux mains » du corps médical, et de la personne-fonction qu'est « son » médecin. Les dangers d'une certaine subjectivité touchant à la fois médecins et juristes²⁰⁷, désireuse de classifications systématiques, et engendrant la négation d'une vérité qui précède la stigmatisation d'une relation juridique par une terminologie contractuelle, auraient entaché les débuts de l'émergence d'un statut spécifique.

B. Le droit de la *personne-malade-mourante*

78.- Afin d'apparaître en tant que droit particulier, le droit de la *personne-malade-mourante* a besoin d'un objet. Celui-ci est, à coup sûr, d'abord le sujet de droit, en tant que patient hospitalisé (1.). C'est en ce sens que les juristes ont dû adapter leur langage au droit du patient (2.), ré-humanisant ainsi la *personne*, pour en faire un malade (3.).

²⁰⁴ Nous reviendrons sur celles-ci en Deuxième Partie dès lors qu'il s'agira de traiter des obligations, du contrat hospitalier, et enfin des questions de responsabilité.

²⁰⁵ M. Gobert, *L'aléa thérapeutique en droit civil*, in *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, Droit sanitaire et social, 1995, p. 9 s., et plus spécialement p. 12.

²⁰⁶ Voir en ce sens R. Savatier, J-M Auby, J Savatier, H Péquignot, *Traité de droit médical*, op. cit., sur les distinctions de langage relativement à la personne en état de maladie.

²⁰⁷ Voir en ce sens H. Batiifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 338.

1. Au commencement : le patient

79.- La personne hospitalisée est à coup sûr un patient. Elle peut être un malade, ce qui en constitue déjà une spécificité. Elle peut être, de plus, considérée comme entrée dans une phase terminale de sa maladie, en tant que celle-ci impose d'émettre un pronostic vital²⁰⁸. Et, ce sont ces deux situations là qui intéressent l'interrogation relative au droit de la santé du mourant, en ce sens qu'elles sont celles qui favorisent l'explicitation d'un statut juridique spécifique à ce dernier²⁰⁹. **Dans la première**, la prise en charge est en quelque sorte classique, car il n'y a pas de signe d'une mort imminente ; ici ne s'applique qu'un droit particulier au malade. **Dans la seconde**, la personne est entrée à proprement parler dans un processus de mortification, que le droit, dans sa généralité, qualifie d'accompagnement en fin de vie²¹⁰. L'examen des notions propres à encadrer la cristallisation d'un droit de la santé applicable au domaine singulier du mourant conduit, premièrement, à regarder le sujet de droit en tant qu'**être humain**.

2. La nécessité d'un vocable juridique spécifique

80.- La terminologie utilisée par la communauté des juristes revient nécessairement, dès lors qu'il s'agit de la *personne*, aux notions suggérant une dimension philosophique. En l'espèce, l'être humain est défini comme « personne physique, dotée de la personnalité juridique et dont la loi assure la primauté dans l'ordre juridique en interdisant toute atteinte à sa dignité et en garantissant son respect dès le commencement de la vie. »²¹¹. Ainsi, l'être humain est examiné sous son aspect strictement physique, et plus précisément comme un être

²⁰⁸ Ce qui ne doit en rien préjuger du caractère irréversible d'un tel processus car il est des exemples de personnes en état de coma dépassé et revenu par quelque mystère.

²⁰⁹ Voir en ce sens sur le *personnage-mourant*, R. W. Higgins, *Le « mourant », enfermé dans son statut de victime*, op.cit., p. 21. Le terme n'est en lui-même consacré par le législateur qu'à partir de la loi 2005-370 du 22 avril 2005, reprise aux articles L. 1110-5 al. 2 du Code de la santé publique, L. 1110-10 al.2 du Code de la santé publique. Pourtant le législateur préfère plus souvent y substituer la formule de *fin de vie*, ou encore évoquer la situation du mourant par les droits qui lui sont reconnus, notamment quant aux choix exprimés par des directives anticipées prévoyant le cas d'une incapacité future à exprimer sa volonté : art. L. 1111-11 du Code de la santé publique dont les modalités sont énoncées par décret en Conseil d'Etat ; ou encore art. L. 1111-6 du Code de la santé publique sur la désignation de la personne de confiance qui bien que n'étant pas l'exclusivité de la fin de vie, y trouve sa pleine place ; de plus son rôle a été dicté par la nécessité d'améliorer le respect de la volonté du mourant.

²¹⁰ Voir ici l'introduction de l'idée par la législation sur les soins palliatifs dès la loi du 9 juin 1999.

²¹¹ Cf., définition tirée du *Lexique des termes juridiques*, éd., *Précis Dalloz* n° 17, 2010.

matériel. Il est parfois malade, et parfois patient²¹², le législateur entretenant en ce sens un flou qui ne semble point gêner son objectif lié à la réforme de 2002²¹³, à savoir renforcer les droits garantissant le respect de la dignité de la *personne malade*. En effet, si la notion de dignité, garantie par la loi, est bien présente dans le vocable juridique, cette notion est précisée avant tout par le juge, en tant qu'appartenant au domaine corporel, à savoir en tant que garantie de la protection du corps par delà la mort²¹⁴. Loin de remettre en question une telle hypothèse de définition, il paraît délicat en revanche de ne la considérer que sous cet angle, compte tenu que l'être humain ne se singularise pas du reste du genre animalier que par ses caractéristiques physiques. La DDHC, sans volonté particulière de le faire, précise que l'homme naît libre et égal en droit et en pensée²¹⁵. Et il s'agit ici dès lors de rétablir ce lien de

²¹² Sur ce point, les travaux de R. Savatier, J.-M. Auby J. Savatier et H Péquignot, *Traité de droit médical*, op. cit. ; les auteurs semblent justifier la substitution de l'un à l'autre, de patient pour malade étant entendu que « le contrat médical n'implique pas nécessairement l'existence d'une maladie. Il peut regarder la prévention sanitaire ; il peut même concerner l'examen et le traitement d'un homme bien portant, à l'occasion de son comportement familial ou professionnel. » Ces développements renvoient explicitement aux causes objectives justifiant les contrats médicaux non thérapeutiques, ce qui ne semble pas intéresser plus détail le présent travail. Cette distinction terminologique est en revanche nécessaire dans la mesure où elle implique une grande prudence dans l'usage du terme patient lorsque celui-ci doit être regardé comme malade. Ainsi le malade est une spécificité de la notion de patient, notion dès lors générique.

²¹³ Voir en ce sens notamment Titre II de la loi du 4 mars 2002 sur la « Démocratie sanitaire ».

²¹⁴ Voir en ce sens toute une jurisprudence propre à consacrer la notion d'intégrité, car envisageant essentiellement celle-ci dans les domaines médicaux et de la recherche. Il en est ainsi de l'introduction de l'art. 16 du Code civil par la loi *bioéthique* de 1994 ; mais aussi du « Conseil de l'Europe [...] a adopté une convention le 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. L'article premier : « les parties à la présente convention, protègent l'être humain dans sa dignité et son identité, et garantissent à toute personne, le respect de son intégrité et des ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». » Voir en ce sens Y. Gry, Conférence *Droit et dignité*, 12 mars 2008, Espace Jean Nancy « Avant l'intervention du nouveau code pénal et avant même la constitutionnalisation de ce principe, la dignité a donné naissance à une conception française du crime contre l'humanité qui avait été néanmoins ignoré par le droit pénal français ; en effet c'est une loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964, *tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*, qui va imposer celle-ci tels qu'ils ont été définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal militaire international du 8 août 1945. Cela a été ensuite repris dans le nouveau code pénal adopté le 22 juillet 1992 puis entré en vigueur le 1er mars 1994. [...] Est ainsi introduit dans le titre II du Livre II intitulé « des atteintes à la personne humaine » un chapitre V appelé « des atteintes à la dignité humaine ». »

²¹⁵ Cf., Déclaration de Droits de L'Homme et du Citoyen : « Article premier : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » Notons anecdotiquement que l'Homme précède le citoyen, et même qu'il en est distingué. Ceci sert dès lors dans l'ordre théorique l'idée selon laquelle la personne humaine est un sous-jacent de la notion de sujet de droit, cette dernière présumant la jouissance de droit dont la citoyenneté. Ainsi nous pouvons déduire que la l'Homme est le sous-jacent premier de la notion de citoyen, nous devons entendre que les droits de la personnalité juridique précède les droits de la citoyenneté. Dès lors le droit privé des libertés individuelles, émanant de la personne qui y en est dépositaire, et qui y est ontologiquement soumise, présuppose que les droits du citoyen en sont dépendant. Le citoyen est vu tel celui qui incarne les droits de la personne, jouissant de sa capacité dans l'ordre public du droit. Il est le personnage de l'État, le sujet, de droit. Ainsi la DDHC engage l'État qui en est dépositaire à garantir les droits de toute personne, de tout Homme car tout citoyen est Homme, mais tout Homme n'est pas citoyen. Or, et nous l'avons dit, l'Homme, en temps que personne incarne des droits qui le précède dans l'ordre de son existence individuelle en tant que sujet de droit.

pensée, propre à la réflexion philosophique (2.1.), mais également juridique, lorsque l'être humain est saisi comme être doté de dignité (2.2.).

2.1. Les outils rationnels d'émergence d'un vocable particulier

81.- Pour saisir cette dignité qui lui est intrinsèque, l'homme est doué de deux outils qui sont la perception et la raison. C'est par ces outils que, dès le commencement de la vie, la personne se perçoit en tant qu'humain²¹⁶. Le thème de la mort, circonstancié à l'hôpital, est de toute évidence une réponse, et un terme, au sujet de la venue au monde qui, elle-même, se déroule aujourd'hui à l'hôpital. Pourtant nul n'est ignorant sur la question, la naissance ne suffit pas à résoudre toutes les interrogations sur la garantie des droits sous-jacents, premiers, de la personne, dès le commencement de sa vie²¹⁷. Voilà pourquoi, se reconnaître en tant qu'humain n'aurait nul besoin d'être cristallisé par le vocabulaire juridique, et ce bien que le législateur en garantisse les contours au moyen de l'introduction de l'article 16 du Code civil²¹⁸. Si l'*être humain* est considéré comme une notion sous-jacente à la personnalité juridique, il ne peut être exigé du droit positif. Celui-ci lui serait en réalité inféodé, ne pouvant commander ce qui en fonde son existence, ne pouvant imposer ce qui est avant lui. Le législateur a tout de même entendu, afin de fixer la notion de dignité qui est en ce même sens indicible, ajouter l'*humanité* de la personnalité juridique au corps du Code civil. Il ne serait nul besoin, non plus, de faire intervenir une loi afin de définir l'appartenance à l'espèce humaine, celle-ci étant un présupposé de nature ontologique, dictant les critères et modalités de sa protection à la démarche en droit positif, axiologiquement formée par sa traduction en

²¹⁶ Voir à ce sujet les nombreux travaux réalisés sur le *corpus* normativo-jurisprudentiel garantissant les droits dès le commencement de la vie, permettant de mieux entrevoir ce que l'on nomme le début de la vie en droit français ; voir note suivante pour une liste bien sûr non exhaustive.

²¹⁷ Ainsi, afin de ne point s'éloigner du sujet il conviendra de renvoyer aux travaux notamment de X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit. ; ou encore C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, PUF, 2007 ; ou bien E. Cornut, *Le commencement de la vie*, Droit, Déontologie et Soins, vol. I, n° 2, décembre 2001, pp. 267-270.

²¹⁸ Ainsi en est-il de l'article 16, issu en sa formule actuelle de la loi *bioéthique* n° 94-654 du 29 juillet 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, qui fait état du corps humain alors que le code légifère bien entendu, et cela va sans dire, sur le statut de la personne, assurant la « primauté » de celle-ci. Pourtant le législateur entend distinguer *personne* et être humain, garantissant les droits de la première, semble-t-il indépendamment de la seconde, la personne représentant un au-delà de l'être humain, ce qui en fonde l'existence.

tant que *devoir-être*. L'article 16 du Code civil pose pourtant les bases, mais celles-ci semblent néanmoins incomplètes eu égard à sa limitation au seul « corps humain »²¹⁹.

2.2. Les difficultés du langage spécifique à désigner un objet fuyant

82.- La notion de dignité pose problème, en vue de définir un statut-cadre relatif à la personne malade. Non pas lorsqu'elle est regardée en tant que notion matérielle, puisque l'article 16 du Code civil semble suffire en la matière, mais bien en tant que notion spirituelle et ou psychique, au sens d'une acuité au développement élémentaire d'une réflexion²²⁰. C'est en ce sens que le législateur de 2002 a entendu préciser cet aspect, sans distinction d'un quelconque état, reprenant la formule de l'article 16 du Code civil, l'appliquant restrictivement à la personne malade²²¹, suggérant dès lors l'individualisation d'un droit, de nature subjective²²². Pourtant, en poussant l'effort d'observation analytique plus loin, ce dernier serait un sous-jacent inhérent à l'*existence* même, premièrement de la *personne*, et plus largement de l'*être, indifférencié*, car appartenant à l'*être* en tant qu'il est digne par lui-même²²³. Et c'est en ce sens que, la *personne* malade, puis mourante, se devrait d'être saisie au-delà de ce que dit le texte du Code de la santé publique. Car, la notion de dignité est une exigence également pour l'être animal. La loi garantie une mort respectueuse pour l'animal²²⁴,

²¹⁹ Si la notion de dignité est inscrite comme fondement de la personne à l'art. 16 du Code civil, celui-ci est inscrit au Chapitre II « Du respect du corps humain » ; ainsi, la notion de dignité est inféodée au corps limitativement, ceci ayant un répercussion nécessaire sur la considération faite quant à la personne, la limitant prioritairement à son état corporel, physique.

²²⁰ Voir notamment sur son fondement couvé dans le champ éthique, J.-M. Trigeaud, *Paix éthique et paix juridique*, Revue de la BPC, Thèmes, XII/2001, www.philosophiedudroit.org.

²²¹ Obligation du respect de la « dignité de la personne malade » inséré à l'article L 1110-2 du Code de la santé publique.

²²² Voir en ce sens B. Pitcho, *ibid*, pp. 90-91, 360-365. L'auteur entend soulever l'hypothèse d'un droit subjectif individuel du respect de *sa* dignité et non plus de *la* dignité, ce qu'il écarte par la suite.

²²³ Nous renvoyons ici à toute une philosophie réaliste procédant d'abord d'une approche métaphysicienne de la notion structurelle de l'être en tant qu'objet ontologiquement stable et socialement perturbé, ce que l'on retrouve notamment chez Platon (voir notamment J. Laurent, *La mesure de l'être humain selon Platon*, Vrin, « Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie », 2002. 224 p.) dans son approche de l'Être en tant qu'Idée suprême comportant toutes les formes à la fois, en état indifférencié et ne se différenciant que dans l'ordre d'une manifestation formelle en choses qui, procédant de l'Être ultime et indépassable, sont par là même porteuses de ce Tout et de ses valeurs (voir en ce sens sur une philosophie du sens et de la valeur, S.T. Vassilie Lemeny, op. cit. dont elles émanent. Ainsi, la dignité étant un état constant de l'Être, elle devient par là un présupposé indépassable dans l'ordre contingent, ce qui se doit d'être garanti par le droit positif, non plus sous la forme légale, mais comme principe sous-jacent à son expression.

²²⁴ En ce sens celui-ci semble parfois mieux protégé que l'homme, notamment lorsqu'il s'agit d'espèces en voie d'extinction. Le code rural rappelle que l'animal est un « être sensible » dans son article L-214-1 Code rural, Le Code pénal puni la mort volontaire donnée à l'animal domestique, art. R 655-1 du Code pénal ; il existe enfin une Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, 13 novembre 1987. Voir en ce sens G. Chapouthier, *Le respect de l'animal dans ses racines historiques : de l'animal-objet à l'animal sensible*, Bull.

auquel il est d'usage, juridiquement, de ne considérer aucune vie spirituelle²²⁵. Dès lors, l'humain, doté de la capacité de penser s'interroge sur sa dignité²²⁶. Et le caractère subjectif de l'interrogation pousserait à rendre d'autant plus flou les contours de la définition de l'outil lui servant de moyen de garantie. Toutefois, c'est en proclamant l'humanité de l'homme en tant que patient que l'ensemble des principes fondamentaux tel que celui de la dignité pourraient être emportés dans un seul et même mouvement.

3. L'humanité affirmée du patient

83.- Cet être humain est personne, et plus précisément, personne physique. Il est d'usage, en effet, en droit privé comme en droit public²²⁷, de distinguer les deux notions de personne physique et de personne morale, ce que nous ne regarderons pas plus en avant en l'espèce, compte tenu de la généralité du problème. Ainsi, la notion de personne physique serait celle permettant d'identifier tout être humain dans son individualité, plus encore dans sa singularité²²⁸ (3.1.). Et pourtant cette notion ne pourrait être aussi facile à affirmer telle quelle, car beaucoup trop chargée philosophiquement²²⁹ (3.2.).

Acad. Vet. France, 2009, influencé par une philosophie relevant de A. Schopenhauer ou encore J. Bentham, insistant sur le caractère d'être sensible des animaux. Si la loi reconnaît à l'animal une participation à la dignité au-delà de son état animal physique, cela va sans dire pour l'homme.

²²⁵ Et même si cette pensée tendrait à s'amenuiser par suite de nombres d'abus et d'un retour à une forme d'existentialisme universalisant et totalisant, en réponse à l'hypothèse éthologique de Descartes de l'« animal-machine ».

²²⁶ La question de la dignité, dans le langage du droit rationnellement et positivement formulé sera envisagée dans un chapitre ultérieur où elle sera définie.

²²⁷ Ainsi il existe des personnes physiques dans le droit privé comme dans le droit public, ce qui change n'étant relatif qu'aux rapports tissés entre les parties considérées. La personne physique de droit public est un usager ce qui délimite ses droits incidemment sur son état de personne physique en état de droit privé. En matière de personnes morales, celles qui relèvent d'un droit public existent par la volonté de l'Etat selon une approche institutionnelle reposant sur la Constitution ; en matière de droit privé, elles existent par le fait de la volonté de personnes privées de se regrouper en vue de créer un syndicat, une association... Ces précisions faites, il apparaît dès lors des structures et super structures sous-jacentes et dont dépendent chaque état, les personnes physiques continuant d'exister dans la personne morale, mais assujetties aux formalisations juridiques créant son existence. C'est ici qu'apparaît un droit créateur de l'acte et non plus re-créateur au sens où l'entend A. d'Alton : A. d'Alton, *ibid.*, : «La justification de l'acte qui « dit ce qui est juste » se limite à l'expression intellectuelle qui prétend être création de justice, et non plus *re-création ou restitution* du juste dans les affaires humaines. ».

²²⁸ L'individualité présupposant une formulation déjà limitative de l'existence sous-jacente de la personne singulière et en tant que telle reflète projeté dans l'ordre contingent de l'universel le plus absolu ; voir en ce sens notamment, J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 2009, rappelant que *proson* en grec et *persona* en latin désignent d'abord un rôle attribué, en relation avec un bien, une chose, quelque chose que l'on s'approprie ; c'est ici que s'opère la distinction avec la notion d'individu qui quand à elle renvoie à la fonction exercée. La personne est en amont de l'individu et en ce sens les droits du mourant présupposent tous les droits de la personne, c'est-à-dire tout le droit.

²²⁹ Il serait judicieux de s'interroger en ces termes : pourquoi à la notion de personne physique qualificatif juridique de l'être humain capable de jouir de la personnalité juridique, ne peut-on voir suffire la notion de personne ? Il n'est besoin en l'espèce, car ce n'est pas l'objet, de détailler les éléments propres à opérer une

3.1. Humanité de la *personne-malade*

84.- La personne physique, seule, intéresse en premier lieu²³⁰, car elle présuppose *l'humanité de l'homme* qu'elle désigne. Il convient néanmoins de rappeler, sans toutefois présentement insister, que, malgré l'intérêt primordial que suggère la singularité de l'individu, la notion de **personne morale**, évidence abstraite, matérialisant le groupement de personnes dans le cadre institutionnel, servirait, le plus souvent, comme « décor » sur le fond duquel pourrait s'exprimer la personne physique. En effet, afin de se révéler, la *personne* a besoin de se manifester, de se réaliser, juridiquement en tant que sujet de droit, et, c'est semble-t-il dans le cadre d'une entité institutionnelle, qu'une telle possibilité lui serait le mieux offerte, mettant à l'épreuve les droits inhérents à sa personnalité juridique. Et, si dans un ordre général des choses, les droits sous-jacents à l'individu sont *premiers*, ils ne pourraient en réalité apparaître que dans la dimension contingente de leur expression institutionnalisée²³¹. Autrement dit, le mourant ne pourrait être individu, qu'à la condition d'exister dans le cadre institutionnel de l'établissement public de santé.

85.- Ainsi, lorsque le vocable juridique identifie la personne physique, dès son *origine*, le thème étant des plus complexe, cette dernière est qualifiée dès le commencement effectif de sa vie, à condition de naître vivant et viable. Ainsi, bien que l'article 16 Code civil précise que la dignité de l'être humain est garantie dès le « commencement de la vie », dans la pratique judiciaire, le commencement de la vie ne peut être positivement saisi²³². Ceci implique que la protection de ce commencement ne puisse concerner cette notion de personne physique, ni d'être humain. Et les conséquences, ou les imbrications théoriques sous-jacentes apparaissent ici éloquentes ; car la notion de personne n'est point un refuge de la pensée juridique, mais, dira-t-on, plutôt un piège qui obligerait le philosophe du droit à saisir l'intégralité de celle-ci, au-delà de sa dimension individuelle. Et l'enjeu se densifierait lorsqu'il s'agirait de la mort. La vie s'étant éteinte, présumons qu'il n'y aurait plus de *personne*, et ce par effet miroir

quête de sens en la matière. Il sera bon de se reporter pour un tel prolongement aux travaux de J-M Trigeaud dans *Personne, droit existence*, op. cit., ainsi qu'aux approches de B. Oppetit et F. Terré, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1^{ère} éd., 2005.

²³⁰ La personne morale, cadre institutionnel, se devra d'être regardée dans une approche ultérieure.

²³¹ Cette exigence de ne point nier le réel visible supposé mensonger comme le sont les représentations de la caverne de Platon représente le point de départ de toute philosophie réaliste du droit qui entend remonter, par démonstration, d'abord dialectique, puis métaphysiquement indifférenciatrice, à ce qui la nourrit et la fonde. Voir en ce sens notamment sur cette exigence, J.-M. Trigeaud, *Eduquer au principe de réalité, ou l'apprentissage de la philosophie du droit*, Revue de la BPC, Thèmes, I/2008, 16 janvier 2008, www.philosophiedudroit.org.

²³² Voir par exemple R. Lalou, *Etude de la maxime : infus conceptus... en droit français*, Thèse, Paris, 1904.

aux droits qui garantissent la primauté de la personne dès le commencement de la vie. Or, les garanties accordées au cadavre ne s'attachent pas à son seul statut d'objet : ce dernier est teinté d'une humanité que seule la *personne* peut suggérer²³³. Nombres d'auteurs tergiversent en la matière et usent de multiples subterfuges langagiers afin de contourner les vocables usuels, et créent des néologismes périphériques. Pourtant, si l'humanité de la personne est incontestable, c'est certainement que, au-delà des clivages, elle serait inscrite comme un patrimoine génétique commun à l'espèce humaine, et qu'en ce sens, toute spécificité de l'homme serait par la même occasion impliquée. Le malade ne saurait donc y échapper, en tant que *personne*, puis malade.

3.2. Un problème non spécifique au seul mourant ; la relativité de la *personne*

86.- Le mourant, en tant que malade dont le pronostic vital est mis en jeu, bien que toujours humain, ne serait plus totalement considéré comme faisant partie du monde des vivants. Ainsi, par hypothèse analogique, et sans entrer pour le moment plus avant dans cette voie, notons tout de même que, si le droit identifie le commencement de la vie dans le stade existentiel de celui de l'enfant à naître, c'est sans doute par commodité, car il n'est pas tout à fait personne physique, ni tout à fait chose²³⁴. Dès lors, comprenons en ce sens que, si la notion de personne physique ne suffit pas en l'espèce, car force est de constater que l'être concerné n'a pas prouvé au monde des humains sa capacité à survivre parmi eux²³⁵, la notion de chose est bien trop réductrice, car faisant de la personne physique de la femme porteuse de ce commencement de vie, elle-même un simple réceptacle à reproduction cellulaire. Nous suggérons donc qu'il pourrait en être ainsi de la personne mourante, et plus encore du mort, plus vraiment personne bien que la présence de son cadavre suggère encore sa mémoire, celle-ci vue comme un état subjectif, garanti objectivement par la loi. Cette vision, que nous pensons atomiste, décomposant l'*être*, éloignée de l'atomisme leibnizien métaphysiquement chargé²³⁶, a vu son succès des années soixante, soixante-dix, s'étouffer dans le regain

²³³ Il sera précisé lorsque le statut du cadavre sera envisagé dans la Troisième Partie.

²³⁴ Voir Ph. Salvage, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, in *RTD civ.* 1973, pp. 724 s. ; ou encore, J. Sainte-Rose, *La condition juridique de l'enfant à naître*, Colloque sur la biomédecine et le droit tenu à Chambéry le 8 janvier 2010.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Voir par exemple, M. Guérout, *Leibniz, Dynamique et Métaphysique*, Aubier, 1967.

d'intérêt pour les questions des origines de la vie²³⁷. C'est ainsi que le droit positif, toujours dans l'obligation de nommer la chose dont il désigne l'existence, se verrait en l'espèce égaré, dans un vocable qui ne parviendrait pas à saisir l'essence de cet être qu'il vise. Et le mourant, comme l'enfant à naître poserait toutes les difficultés à imposer des limites objectives.

87.- Voilà pourquoi si la question paraît résolue alors que la personne est vivante²³⁸, ou malade²³⁹, elle se complexifie lorsque la personne bascule dans l'état de mourant, entrant alors dans une phase où son extinction supposée certaine, entraîne des phénomènes juridiques d'anticipation sur les atteintes quant à sa dignité, son intégrité, et ce car le législateur a bien su faire ressortir le statut *a priori* plus faible²⁴⁰ de celui dont la vie s'éteint²⁴¹, en invoquant justement son humanité.

C. La personne, avant la maladie, ou, les paradoxes de la qualification

88.- C'est bien de la personne dont il s'agit. Et le législateur n'a certainement pas oublié cette notion afin de garantir les droits du malade (1.). Toutefois les exigences légales soulèveraient un paradoxe relatif à ce qui fait l'objet de la protection, la personne physique (2.). C'est en ce sens que l'humanisation de la *personne* servirait en réalité de prétexte protecteur, l'assujettissant à son statut (3.).

²³⁷ Une forme de néo-humanisme a vu le jour à la fin des années soixante, justifiant alors l'éloignement des approches technicistes et scientifiques de l'être. Les droits de l'homme sont désormais culturels, et individuels, génériquement contrôlés ; voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Droit, Personne et Existence*, op. cit., pp. 193 s.

²³⁸ Toutefois elle interroge dans la mesure où de nombreux cas isolés, tels que ceux des incapacités peuvent suggérer des limitations quant à la jouissance totale du statut de personne, comme si la personne en elle-même pouvait être affectée de quelques parties d'elle-même ; voir en ce sens par exemple, A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître*, PUAM, 2003.

²³⁹ Les lois de 2002 et de 2005 suffisent en apparence à conforter l'idée que le malade possède son statut propre.

²⁴⁰ Ce droit du plus faible de rait permettre de protéger la personne, préventivement. Toutefois, il suffirait parfois à commettre des atteintes *a priori*. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, éd. Bière, Bordeaux, 1999, chap. III. ; voir également la thèse de doctorat en préparation sur ce sujet par S. Kadem-Tomc, sur le droit du plus faible comme principe d'interprétation. Tout le dispositif de la loi de 2002 relatif notamment aux procédures de délégation suggérerait un tel état de faiblesse.

²⁴¹ Preuve en est le nombre important de répétitions concernant la faiblesse, le respect, la dignité, l'intégrité dans l'ensemble du *corpus* légal tant sur un plan du droit médical, institutionnel, que sur le plan du droit de la santé, individuel. Il est nécessaire de soulever ici un point développé *infra*, relativement à l'infantilisation du patient malade et plus particulièrement en état de mourant, alors même qu'aucune procédure visant à soulever une incapacité sur le plan juridique n'a pu être entamée.

1. Exigences légales et localisation de la *personne*

89.- C'est bien au sujet de la personne physique que la loi considère la protection²⁴², la garantie des droits inhérents à son respect, ainsi qu'à sa dignité d'être humain²⁴³. Pourtant, lorsque la personnalité juridique de celle-ci se voit remise en question dans sa capacité naturelle de jouissance, c'est toute la notion qui est également remise en question. Lorsque l'on interroge le vocable du Code de la santé publique, la référence à la *personne* pousse à la réflexion sur son état d'être, aux yeux de ceux qui la prennent en charge. En effet, plus la loi introduit la place du malade dans le choix d'une thérapeutique, précisant indirectement par là les conditions de jouissance des droits de l'article 9 du Code civil sur le respect de la vie privée, plus les conditions d'une telle capacité sur ce droit subjectif semblent devenir objectives.

90.- Demander à la personne physique de se situer par rapport à son état de santé, implique pour le profane de la science médicale qu'est le mourant, d'obtenir une matrice cognitive de références, afin de pouvoir s'exprimer. Dès lors, dans ce contexte, sans aucun élément proposé *a priori* par un *corpus* de praticiens, la personne physique ne pourrait prétendre faire garantir le respect de ses droits. Le mourant serait mis en état de dépendre de la loi. Or, pareille situation, bien que prometteuse de garanties suggère d'autres perspectives. Et en ce sens, disons-le, que resterait-il alors de *subjectif* dans la jouissance de son intimité la plus étroite, lorsque, celle-ci serait conditionnée aux critères objectivement exprimés au moyen d'un langage procédant d'un rationalisme de l'être²⁴⁴ ? Affirmons que la personne physique se

²⁴² La notion de personne apparaît à plusieurs reprises sans pour autant être plus définie. Elle est parfois personne malade, ou personne mourante.

²⁴³ Voir sur le caractère *bioéthique* de la loi garantissant les droits de la personne, R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Médecine et société, Paris, 1997, pp. 27-32. L'auteur s'interroge sur le caractère superflu de la dignité dans l'élaboration d'un droit bioéthique, que l'on nommera plus tard « *biodroit* » ; voir notamment C. Neirinck, *De la bioéthique au bio-droit*, op. cit. ; ainsi la première partie de cet ouvrage met en relief les problèmes relatifs aux fondements de la *bioéthique*, à la notion-clé de *personne* et aux risques d'une dérive eugénique. La deuxième partie cherche à préciser les quatre aspects de la personnalité humaine concernés par la *biomédecine* : le début de la personne, sa procréation, son identité et sa fin.

²⁴⁴ Une telle hypothèse est d'autant plus logique lorsqu'elle se trouve explicitée par la conjugaison du devoir d'information incombant au médecin et en réalité plus largement au personnel médical d'une part (ce sur quoi nous reviendrons tant dans la pratique il apparaît que c'est bien toute une équipe qui se retrouve confrontée au devoir d'informer le patient malade mourant), et d'autre part à une technicisation de plus en plus poussée du rapport à la maladie ayant fait entrer chacun des protagonistes dans une ère de biotechnologie mettant à l'épreuve l'éthique biomédicale et le droit en amont de tout ça. Voir en ce sens C. Chabert-Peltat, A. Bensoussan, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, *ibid*, pp. 21-30 sur le corps humain comme objet en jeu ; voir aussi sur l'influence sur le rapport contractuel des données génétiques notamment et plus largement médicales chez M.-I. Malauzat, *Le droit face au pouvoir des données génétiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

trouverait e, quelque sorte amoindrie dans son essence effective, ne pouvant plus manifester l'expression d'une ontologique vérité qu'à travers un didacticiel génériciste²⁴⁵. En d'autres termes, en s'exprimant au travers des termes qui lui seraient offert, le mourant ne pourrait *être* que ce que ces termes lui autorise à *être*. Il y aurait donc, alors même que le but apparent est de protéger les conditions de la fin de vie, une forme de contradiction entre la notion de *personne* et celle de mourant.

2. Les paradoxes de la personne physique , lorsqu'elle se fait mourante

91.- Soulevons ici un paradoxe. Car la loi, garantissant la protection de la personne physique, protège bien le physique de la personne ; pourtant elle ne protège pas exactement la personne du physique²⁴⁶. Et c'est ainsi que si le corps de la personne se voit protégé par un arsenal d'hypothèses, allant du prélèvement d'organes, en passant par les interventions ou non intervention en service de réanimation, jusqu'à la protection du cadavre, il ne pourrait en être ainsi de la *personne*, dans sa dimension *métajuridique*.

92.- Et pourtant, c'est ici que le paradoxe prendrait toute son ampleur, puisque c'est là que la *personne est réellement*²⁴⁷. Sans généraliser le problème, disons-le tout de même, la loi regarderait la protection de la *personne*, sous l'influence principale d'une philosophie phénoménologique, répercutant ses préconçus relatifs aux aspects les plus *subjectifs* de la personne physique, comme son intimité, sur des termes objectifs²⁴⁸, prenant la forme de droit

²⁴⁵ Et ceci se retrouve en critique dans toute une philosophie réaliste du droit qui soulève le problème des représentations de l'être par une segmentation de celui-ci, impliquant une propriété du corps ce qui est « contraire à la nature même de l'homme, qui est une unité », ceci s'opposant dès lors à « un droit sur le corps propre (*ius in se ipsum*) [...] car [...] contradictoire [...] par définition [à] une relation d'*altérité* » qui présuppose que le rapport de la *personne*, en tant qu'elle est irréductible, à son corps procède de la *nature* et non du droit ; R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, *ibid.*, pp. 33-34. L'auteur cite sur la personne J.-M. Trigeaud, *La persona ou la justice au double visage*, op. cit., p. 50, au sujet des fondements théoriques de la personne, ainsi que sur la nature première de la relation de la *personne* à sa *nature* corporelle, avant le droit, X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 916.

²⁴⁶ Voir en ce sens notre note précédente, mais aussi nos développements sur le rapport de la personne à son corps et sur une réflexion quant au droit de propriété du corps humain, dans ses différents états de vie, puis dans la mort.

²⁴⁷ Voir J.-M. Trigeaud, op. cit., *ibid.*, pp. 38-39.

²⁴⁸ Voir R. Andorno, *ibid.*, p. 33 ; l'auteur rappelle que l'enjeu moderne d'une réflexion sur la *personne*, *a fortiori* mourante, ce qu'il précise dans ses développements au Ch. IV sur la *Fin de la Personne*) est de redonner ses lettres de noblesse à un homme qui en essence est sujet et ainsi d'opposer toute les résistance que cela implique à une « chosification vers laquelle il semble être poussé. » Il ajoute que le « décor technologique actuel donne lieu

objectivisés. C'est en ce sens que, par exemple, le texte même de la circulaire de février 2005²⁴⁹, précisant la possibilité de pouvoir jouir de l'accomplissement du culte de son choix, entendrait en quelque sorte rationaliser un droit sous-jacent, intimement lié à l'existence de la *personne*, droit qu'il ne serait nul besoin de désigner. Pourtant il s'agirait d'une confirmation à la Charte de la personne hospitalisée²⁵⁰, ainsi qu'à la jurisprudence en matière de vie privée dans l'espace hospitalier²⁵¹, liberté dont la personne physique ne pourrait se voir empêchée de jouir, sauf causes objectives d'organisation pratique des services.

93.- Et c'est en ce sens, afin d'illustrer les indices d'une théorisation de la *personne*, lorsqu'elle devient mourante, que l'objectivisation d'une liberté absolue prendrait tout son sens, justifiée par une approche culturaliste de phénomènes religieux, niant la part spirituelle inconditionnée se situant derrière l'anthropologisable. Plus encore, en allant un peu plus loin, la personne devrait pouvoir, en réalité, contre toute objectivisation, faire en sorte que tous les aspects de sa religion soient respectés, qu'elle soit malade ou mourante, ou non, ***car la maladie ne lui donnerait pas plus de droit de jouir de sa vie.*** Ainsi, il ne s'agirait plus de la personne physique seule, mais bien de son sous-jacent substantiel qu'en est la *personne*, celle-là même qui a la capacité de réaliser toutes les potentialités de la personne physique qu'elle tient en elle, celle qui existe également en bonne santé, y compris sans physique au sens juridique du terme²⁵². Le paradoxe tiendrait donc au fait que la communication serait rendue plus difficiles entre les termes permettant au concept de mourant d'exister, indépendamment de celui de personne, par le fait même de l'intention, certainement idéaliste, de le faire exister en tant que pouvant jouir d'un statut spécifique.

à ce que J. Ladrière, *Approche philosophique de la problématique bioéthique*, in *Ethique et génétique*, Louvain-La-Neuve, 1983, p. 22, appelle « un véritable phénomène d'induction existentielle » sur l'homme. » Et de préciser que ce sont alors les phénomènes techniques et scientifiques qui réduisent progressivement l'homme au statut de chose, ou *res* le faisant « objet » du droit, façonné à « l'image des objets techniques », cessant de la faire sujet, ce qu'il n'a besoin d'être par le droit puisqu'il *est*, avant toute reconnaissance par le droit.

²⁴⁹ Selon la circulaire n° DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005, ***relative à la laïcité dans les établissements de santé***, les soignants doivent respecter la culture et la religion du patient si ses demandes sont en respect avec la loi, l'organisation des soins et la planification du personnel.

²⁵⁰ Art. 8 de la Charte, où il est fait mention du respect de l'intimité de la personne dans l'espace privatif qu'en est sa chambre.

²⁵¹ Le respect de l'intimité de la personne fut reconnu dès 1985 par le Tribunal correctionnel de Paris consacrant la chambre d'hôpital comme le domicile de la personne en un espace dès lors soumis aux mêmes droits que celui-ci en tant que lieu d'expression de la vie privée. Trib. Corr. Paris, 11 juillet 1985, *Chantal Nobel*.

²⁵² Chez l'embryon ou le fœtus qui auraient en potentialité » tous les droits de la personne, seraient en ce sens personne.

3. Humanisme et idéalisme de la *personne-malade*

94.- *L'humanité de l'homme a toujours permis de justifier l'exploitation de ses semblables*, au nom de critères culturels, ou, pour d'autres raisons liées à une approche réductrice de la *personne*²⁵³. Or, il s'agirait d'affirmer que la volonté de définir un concept particulier de mourant, et avant de malade, procéderait d'une intention de réduire la notion plus générale de *personne*, à laquelle il appartient pourtant. Sans pour autant revenir aux sources du débat, il semblerait qu'ainsi, les auteurs de droit privé ont abordé la notion de dignité humaine essentiellement eu égard au respect du corps humain, de celui qui est malade²⁵⁴, limitant l'approche de la personne à son existence visible, opposant une résistance effective et théorique aux approches réalistes. La personne serait certes digne avant d'être malade, mais le législateur rappelle la dignité, à l'occasion de la maladie. Théoriquement, la dignité permettrait donc de justifier l'approche rationaliste de la personne.

95.- Kant développa l'idée de dignité humaine en tant que « valeur particulière représentant l'humanité de l'homme [et] méritant le respect »²⁵⁵. Ainsi, devenue valeur fondamentale de référence de l'humanité, elle permit d'appréhender la protection de la personne physique dans sa généralité, tout en spécifiant, par le langage de la loi, les domaines et modalités d'applications à la maladie. C'est par le biais, semble-t-il, d'un pontage linguistique, que le respect de la dignité corporelle de l'être humain fut d'abord considéré, avant d'être directement consacré par le législateur²⁵⁶. Dans l'incapacité de définir l'approche même de la notion de dignité, le législateur a renvoyé à l'analogie antique distinguant entre corps et âme. Cette dernière, bien peu usitée aujourd'hui, voir même désuète, servit pour autant de point d'encrage afin de donner naissance au siège des émotions qui fait la *personne*²⁵⁷. D'une

²⁵³ Ce n'est pour autant que assez récemment que le droit positif a envisagé la notion de dignité humaine pour les tortures pratiquées durant la guerre d'Algérie, l'esclavage des anciennes colonies françaises... mais aussi de manière étendue au statut de la personne malade dont la capacité à jouir des droits et obligations de la personnalité juridique est apparue mise en danger par un certain dictat médical laissant la personne physique hors du champ de sa vie privée.

²⁵⁴ Voir C. Ambroselli et G. Worsmer, (ss. dir.), *Du corps humain à la dignité de la personne humaine. Génèse débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*, Centre National de Documentation Pédagogique, Coll. Documents, actes et rapports pour l'éducation, 1999.

²⁵⁵ E. Kant, *Critique de la raison pratique*, PUF, éd. Broché, 2003.

²⁵⁶ Le droit à la dignité fut d'abord consacré en droit des hommes, après la seconde guerre mondiale ; voir C. Ambroselli et G. Worsmer, *op. cit.*, Première section, *Médecine, citoyenneté humaine et droit commun de l'humanité*.

²⁵⁷ Ainsi selon B. Bévière-Boyer, *La dignité du corps humain vivant*, Séminaire d'actualité de droit médical « Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort – Droit, éthique et culture », sous la coordination de Mme A.-M. Duguet, Les Etudes Hospitalières, juin 2005, pp. 11-26., ; c'est au moyen de l'expression avoir du cœur que le législateur a pu donner au cœur, en tant qu'organe, le siège des émotions. Ainsi, d'un irrationnel

notion premièrement irrationnelle, le droit a très rapidement basculé vers le rationalisme matérialiste du corps humain, soumis aux développements de nouvelles technologies en matière biologique, et médicales en général, tendant ainsi à s'éloigner de la *personne* la plus essentielle, pour la rapprocher de ce qu'elle est, substantiellement en tant que malade mourante. Les juristes ont dès lors examiné la personne exclusivement sous une approche physique et technique²⁵⁸. Devant l'inutilité de l'approche de la dignité, en tant que caractéristique de l'*être*, contenue universellement dans la personne de chacun, le législateur aurait considéré que le respect du corps est devenu la priorité du respect du malade²⁵⁹.

96.- Dans le sillage d'une doctrine néo humaniste, teintée d'une approche phénoménologiste et idéalisante de l'*être-personne*, qualifiant d'hédoniste la quête de bien être de ce dernier, le CCNE précisait dans son avis du 6 février 2004²⁶⁰, que « le visage est l'expression de la personnalité de l'individu dans ce qu'elle a de plus singulier [...] »²⁶¹. C'est ainsi que le professeur Bévière-Boyer considère que, le corps, en tant que « partie intégrante de l'être, doit être protégé dans sa dignité. »²⁶² Le corps n'est donc plus considéré comme la manifestation unifiante de l'âme, mais comme une cause en lui-même, exprimant, en tant que vecteur, une composition de phénomènes biologiquement et physiquement envisageables, seuls à même de garantir objectivement la protection de la personne entière. La considération la plus aboutie du malade-mourant prendrait forme dans l'expression d'une dignification de son existence physique, avant tout, siège d'une existence psychologique que la dignité porterait en elle. Et si le droit privé semble être le droit de prédilection des garanties d'une conceptualisation du mourant, le droit public doit nécessairement en rappeler les contours, dans la mesure où il est le cadre d'un droit de la santé, hospitalier.

contenu dans une prétendue âme (invisible, impossible à identifier, elle n'existerait donc pas ; même si les dernières évolutions en matière d'observation de l'activité neurologique permettraient selon certains de donner siège à l'âme dans le cerveau...), le législateur a explicité une corporéité, a donc rationalisé l'existence du siège de la dignité.

²⁵⁸ Voir en ce sens R. Andorno, *op. cit.*, p. 33. En ce sens, l'idéalisme kantien est venu préparer la fin de l'approche métaphysique de la personne, ayant réduit la dignité à une question de volonté commandée par un impératif catégorique, introduisant un rapport dualiste de la *personne-sujet* à la *personne-objet* ; voir S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, *op.cit.*, p. 113 à 129.

²⁵⁹ Ce faisant, le législateur opère un droit de l'appropriation du corps par la personne ce qui est contre productif en ce sens qu'il introduit une distinction de l'une à l'autre au mépris de l'unicité même de la personne dont le droit doit être garant. Kant lui-même ayant affirmé que « l'homme n'est pas propriétaire de son corps, car il « est responsable de l'humanité en sa propre personne ». », E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Première partie. Doctrine de droit, Vrin, 1993, § 17., in R. Andorno, *ibid.*, p. 36.

²⁶⁰ CCNE, Avis n° 82, sur l'allotransplantation de tissus composites (ATC) au niveau de la face, greffe totale ou partielle d'un visage, 6 février 2004.

²⁶¹ Une référence évidente à J-M Trigeaud dans son *La persona ou la justice au double visage*, *op. cit.*, p. 50, ou encore *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *op. cit.*, p. 26 et s., sur le *prosopon*, mais sans le citer.

²⁶² B. Bévière-Boyer, *ibid.*

Paragraphe.II. L'encadrement de la notion de *personne* sujet malade par le droit de l'ordre public

97.- Le centre hospitalier est une personne morale relevant du droit public, en tant qu'elle agit pour le compte de l'Etat dans sa mission de santé publique²⁶³. Fondé sur le droit administratif, ainsi que sur le Code de la santé public, tout à la fois applicable dans le cadre d'un droit privé que d'un droit public, le statut du patient serait, en apparence, celui d'un sujet de droit usager d'un service public. Il est, en quelque sorte, assimilable à une forme de consommateur²⁶⁴, faisant du patient un sujet de droit dont l'exigence, par l'expression de sa volonté, bouleverserait l'ordre établi d'une hiérarchie le mettant « sous » l'Etat²⁶⁵. En ce sens, le statut du patient serait essentiellement fondé sur un ensemble cohérent de droit *subjectif*, reposant sur le socle dignité/intégrité, le rendant *opératif* dans l'ordre du droit positif. Et si le droit privé suggère l'évidence de l'assimilation en droit objectif du couple dignité/intégrité, c'est bien parce qu'il se fonde sur l'être en tant que sujet ; le sujet regarde, et alors il est celui qui revendique un droit subjectif, à partir d'un droit objectif, et il exige que l'autorité compétente garantisse son vœux. Mais il est aussi regardé par l'autorité, et en ce sens le sujet est apprécié à des fins multiples, telles que peuvent l'exiger le consumérisme de santé et de démocratie sanitaire. Le droit qui s'y rapporte ne le considère plus comme une fin mais en tant que moyen de garantir l'expression d'une justice d'ordre public, de préserver plus largement la population dans toutes ses modalités (A.). C'est ce qui semble dicter l'approche du mourant dans le langage du droit public, stéréotypant la notion de malade, justifiant de l'usage de la notion de « sac mou »²⁶⁶ à propos de la dignité, dans le but d'en dégager une norme (B.). Le droit public défendrait sa position en vue de revendiquer le caractère objectif d'un droit à valeur constitutionnelle.

²⁶³ Selon l'ordonnance du 30 décembre 1958 dite « Loi Debré », relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, mais aussi de la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière.

²⁶⁴ Sur les influences des exigences de consommation sur la santé publique, voir G. Rousset, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse, Univ. Lyon III, 25 octobre 2007.

²⁶⁵ Voir B. Pitcho, *op. cit.*, pp. 223 s.

²⁶⁶ B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine ; du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel*, Mél. Ch. Bolze, Economica, 1999, pp. 212-236.

A. La personne malade mourante en tant que sujet de d'ordre public

98.- La notion de dignité de la personne humaine, présente en tant que prolongement jurisprudentiel de droit privé au droit à la vie privée²⁶⁷, se retrouve également, et avant celle-ci dans l'ordre de la hiérarchie des normes, en tant que développement jurisprudentiel en matière de libertés publiques. Ainsi, loin d'avoir été créée par le juge constitutionnel, ce dernier a plutôt permis l'émergence de la notion depuis un droit déjà existant. Par sa décision en date du 27 juillet 1994²⁶⁸, le Conseil constitutionnel affirme la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Cet apport est fondamental en droit des libertés publiques de la personne, en ce sens qu'elle n'apporte non pas une nouveauté sur le plan conceptuel, mais au fond, une extension de l'importance de l'interprétation de la notion. Ainsi, dans son 2^e considérant, le juge constitutionnel invoque la toute première disposition du Préambule de 1946, hautement symbolique, sacralisant la personne humaine²⁶⁹. Se référant à l'idée d'asservissement, de discrimination à raison d'une appartenance « de race, de religion ou de croyance », le juge constitutionnel démontre que la personne humaine « possède des droits inaliénables et sacrés » de telle sorte que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »²⁷⁰.

99.- Une telle approche est totalement nouvelle²⁷¹ et semble parachever le mouvement de reconnaissance du couple dignité/intégrité de la personne, de son intimité expression de sa vie privée en tant que biens les plus précieux, car les plus sacrés²⁷². C'est ainsi que le juge constitutionnel affirme que « tout être humain possède, à l'égard de la société, des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de la personne, son plein développement physique,

²⁶⁷ Voir F. Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse, Univ. Lille II, 15 déc. 2007, pp. 207 s.

²⁶⁸ C. cl. 27 juillet 1994, 343-344 DC, *Bioéthique*, GD n°47

²⁶⁹ La valeur constitutionnelle du texte indique à elle seule les sources philosophiques de la dignité, celle-ci envisagée comme moyen de reconnaître l'existence sous-jacente de la *personne*, derrière le sujet de droit.

²⁷⁰ Préambule de la constitution de 1946 al. 1.

²⁷¹ Notons que symboliquement, l'Allemagne a été le premier Etat européen à intégrer la notion de dignité à son corpus légal, dans sa Loi fondamentale du 23 mai 1949 ; pour une approche du principe de dignité en droit allemand, voir L. Jeannin, *Le principe de dignité en droit allemand*, in S. Hennette-Vaucher, C. Girard, L. Jeannin, M. Loïselle, et D. Roman, *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, pp. 158-175.

²⁷² Préambule de la constitution de 1946 al. 1 : « [...] tout être humain [...] possède des droits inaliénables et sacrés. » Cette précision théorique de taille une fois faite à la suite de l'exigence d'exclure toute forme de discrimination entend envisager tous les droits de l'homme y compris et avant tout ceux qui n'ont pas besoin d'être intégrés dans un texte de loi pour exister, car en réalité sont les fondements du reste.

intellectuel et moral. »²⁷³ Ici, le juge constitutionnel invoque la dimension universelle de la personnalité juridique, celle là même qui ne peut varier d'un être humain à l'autre, et qui fait de celle-ci un bien public (1.). C'est en ce sens que la personne-malade deviendrait usager d'un service public (2.).

1. La personnalité juridique d'ordre public

100.- L'aspect public²⁷⁴ de la personnalité juridique, à laquelle le juge constitutionnel fait référence, lui permet de rappeler à cette occasion que, si la personne physique est, au nom de ses droits et devoirs inhérents à la jouissance de sa personnalité juridique, une entité avant tout relevant d'un ordre privé, certains aspects inaliénables des droits inhérents à son état d'être, relèvent d'une *res comuna* indicible, dont le politique se doit de garantir la protection, parce que la notion de personne serait en quelque sorte « à nouveau floue »²⁷⁵. Il en serait ainsi des notions de dignité, d'intégrité, physique et morale, dans le but de garantir une égale protection de chaque être, face aux abus possibles d'une personne, d'un groupement de personnes, ou encore d'une société nationale toute entière. D'autres références peuvent illustrer ce souci de protection ; ainsi en est-il des articles 27, 28 et 38 du Préambule pré cité relativement à la dignité au travail, dans les ressources du foyer²⁷⁶.

101.- La décision de 1994 intervient lors des travaux préparatifs à l'élaboration des premières lois dites « bioéthiques ». Ainsi, constitutionnalisant la sauvegarde de la dignité humaine, le juge du Conseil autorise des conséquences quant aux dispositions ou principes convergents vers la dite sauvegarde. Dans un souci de rationaliser, au plus près de la volonté législative *bioéthique*, de cadrer, le plus strictement possible le texte du législateur, le Conseil opte pour des précisions relatives aux sujets abordés.

²⁷³ C. cl. 27 juillet 1994, préc.

²⁷⁴ Voir X. Bioy, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 57-70.

²⁷⁵ C. Labrusse-Riou, *Responsabilité, Droit des personnes et sciences de la vie*, in *Droits et Cultures*, L'Harmattan, 1996, p. 69.

²⁷⁶ Ces références établissent un peu plus les modalités d'expression du respect de la dignité, car être digne c'est avant tout s'accomplir dans ce que le *nomos* donne à l'homme. Ce *nomos* grec désormais incorrectement traduit par droit naturel, est relatif au devoir être de l'homme, à ce qui le fait exister ; la famille est la fonction première de l'expression microcosmique d'une société des hommes et par là l'avènement de la dignité de celui qui s'y accomplit ; le travail en est l'expression d'un rendu pour un donné : l'effort de réaliser quelque chose à partir de la chose déjà présente, et la dignité est ici de la faire.

102.- Les deux lois sortant du laboratoire du juge constitutionnel énoncent alors quatre principes, pourrions-nous dire, fondamentaux : **la primauté de la personne humaine ; le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ; l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain**, et enfin **l'intégrité de l'espèce humaine**, ce qui intéresse donc toutes les branches du droit positif qui interroge le statut du mourant, en tant que personne humaine, en l'extrapolant du droit commun de la personne²⁷⁷. Or, ce serait bien l'objet d'un droit public qui se doit de considérer la personne humaine déjà comme une réduction de la personne privée²⁷⁸. Le Conseil estime en ce sens que les deux textes vont ainsi être reformulés selon l'esprit de la garantie des notions exprimées dans les normes à valeur constitutionnelles applicables, et que leur respect sera assuré dans le texte à venir, à partir de l'idée qu'il a développé de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ayant posé les bases de la dignité comme notion d'ordre public, la personne se voit attribuer une fonction dans sa qualification d'usager de service public.

2. La personne malade mourante en tant qu'usager du service public²⁷⁹

103.- Nous affirmons que la relation entre le patient et le médecin a évolué de telle sorte que, si au commencement elle s'est fondée sur une base de droit privé, désormais, le cadre de l'hôpital ne devrait être regardé que dans la perspective de l'application d'un droit public. Cette relation connaît, en effet, à partir des années 30, une crise du droit privé, et, sans étayer plus encore les fondements de telles raisons, la dissolution de la personnalité juridique en fonctionnalités administratives s'est affirmée dans le rapport contractuel public²⁸⁰. Notons que c'est en 1936 que la Cour de cassation affirme pour la première fois le caractère contractuel de la relation médecin patient²⁸¹. C'est en enjoignant le médecin à rendre effective son

²⁷⁷ Voir B. Mathieu, *La bioéthique ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ?* in S. Maljean Dubois, (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, éd. A. Pedone, Paris, 2005, pp. 87-94.

²⁷⁸ Etant entendu que la personne privée est déjà une réduction de la *personne* car son expression est celle d'un droit positif dont l'objet est de mettre des mots sur une chose. Or la personne n'est pas une *chose*, elle est *sujet*, et en tant qu'indicable le *sujet* doit être limité dans ses expressions normatives, ce qui commande de limiter au strict minimum les modalités d'expression du sujet dans l'ordre de la loi à une structure générale assurant des « droits premiers ».

²⁷⁹ Voir M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5ème éd., Paris, 2005, p. 522-523

²⁸⁰ Voir F. Mbala Mbala, *op. cit.*, pp. 18 s. au sujet de « la crise du sujet de droit ».

²⁸¹ C. cass., *Mercier*, 20 mai 1936, préc.. La Cour fonde en ce sens le concept juridique de l'égal accès aux soins par le biais de la reconnaissance du caractère contractuel de la relation médecin patient. Comprendons qu'à partir d'une obligation de secours retenue par la déontologie médicale, le juge de la haute Cour reconnaît que le lien existant emporte des conséquences de nature juridiques en raison des obligations et devoirs réciproques liant de fait les parties.

obligation de soins, cette dernière ne pouvant être, conformément à la pratique qu'une obligation de moyen, que la Cour affirme en ces termes que « *l'obligation de soins découlant du contrat médical et mise à la charge du médecin est une obligation de moyens ; le médecin ne pouvant s'engager à guérir, il s'engage seulement à donner des soins non pas quelconque mais consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science* ²⁸² ». Faute de reconnaître encore la place du médecin comme agent de service public agissant pour le compte de l'Etat, puisqu'il ne s'agissait alors que de l'émergence d'une obligation ²⁸³, la Cour de cassation reconnaît d'ors et déjà cette obligation sur le premier plan d'un droit privé, sous-jacent à la fonction de médecin, au nom d'une déontologie. C'est aux moyens de ses connaissances qu'il se doit de porter secours dans la mesure maximale de ses possibilités. Pourtant, cette relation contractuelle ne pouvait suffire, dans la mesure où le cadre hospitalier ne pouvait faire correspondre tout type de relation en ses aspects administratifs, la mission de service public ne pouvant relever que d'exigences extérieures (2.1.). Ainsi, l'indemnisation servirait au droit public à considérer la personne-malade en tant que victime super-protégée (2.2.) de telle sorte que le juge administratif dégage une stratification des droits de l'utilisateur (2.3.).

2.1. Exigences de services publics et obligations à la base de la définition de l'utilisateur malade-mourant

104.- La mission de service public ne peut se limiter à des exigences d'obligations. Et, c'est en allant plus loin dans la généralisation des modalités du service public que le droit applicable au malade a pu lui conférer une existence en tant qu'utilisateur. L'Etat protecteur se doit, théoriquement, d'élargir le champ des possibles, et aller au-delà des obligations de droit privé, dépassant, par exemple, l'exigence de la faute en vue d'indemniser. C'est en regardant ce qui est accordé à la personne en tant qu'utilisateur qu'il serait possible de mieux comprendre

²⁸² C. cass., *ibid.*

²⁸³ Désormais, les conditions d'exercice de la médecine sont très précisément réglementées à l'art. L. 4111-1 du Code de la santé publique. Outre l'obtention du diplôme de docteur en médecine (ou ses équivalents pour les ressortissants étrangers), la nationalité française (ou nationalité européenne ou convention bilatérale), la pratique de la médecine exige d'être inscrit au Tableau de l'ordre des médecins. Cette obligation est ainsi le moyen d'exercer un droit d'opposabilité aux actes médicaux. En effet, les actes médicaux obligent à l'inscription au Tableau compris pour les fonctionnaires car si le médecin fonctionnaire de par son statut d'agent du Service public est nécessairement soumis à la subordination administrative de l'autorité de l'Etat, et plus directement de son Ministère de tutelle, pour le contenu de son acte médical, son indépendance professionnelle reste en quelque sorte sauvegardée, demeurant sous la tutelle de l'Ordre qui en est ainsi le garant. Ceci étant dit, les questions de responsabilité seront vues en Titre II.

la nature des droits qui lui sont attribués à elle. Ainsi, il est évident que le patient subissait parfois un préjudice, sans pour autant, et ce conformément à la seule obligation de moyen, avoir subi un dommage du fait de la faute du médecin. C'est ainsi que la juridiction administrative s'empare de la question en 1990, afin de consacrer le statut d'usager de service public du patient²⁸⁴, au nom de la reconnaissance d'une possible responsabilité sans faute²⁸⁵. Pourtant, la responsabilité administrative de l'établissement public de santé en donnait déjà les bases dès lors que le Conseil d'Etat rappelle en 1951²⁸⁶ que ce n'est que dans le cadre de la faute détachable du service que la responsabilité personnelle du médecin pourrait être retenue. Le patient n'est plus uniquement une personne privée, il est une personne privée usant d'un service public, relevant dès lors à la fois du droit privé et du droit public lors du contentieux pour un dommage causé²⁸⁷. Mais, les insuffisances dans la reconnaissance des critères d'admissibilité de la personne à être éligible à la garantie de sa protection à raison d'un préjudice relevé, ont eu pour conséquence que ce soit une fois de plus le Conseil d'Etat qui se saisisse de la question en rendant un arrêt Bianchi²⁸⁸, abaissant les restrictions de l'arrêt Gomez, et accueillant ainsi plus aisément les questions de responsabilité sans faute. Ce basculement, rendu effectif par le Conseil d'Etat, exprime de manière tangible la reconnaissance du patient hospitalisé en tant que tel²⁸⁹, à savoir un usager de service public.

2.2. L'usager de service public : une victime présumée ?

105.- La possibilité d'indemniser la personne en dehors de toute faute commise par le médecin a pour conséquence de considérer non plus le médecin seul, mais sa fonctionnalité au-delà et en amont de sa fonction, à savoir comme exécutant d'un service agissant pour le

²⁸⁴ La personne devenue alors un « sujet de soins » : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit., ibid, p. 498.

²⁸⁵ CAA de Lyon, 20 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Rec. p. 498, *AJDA* 1991, p. 167, chron. J.-P. Jouguelet et F. Louloum, p. 126, *JCP* 1991, II, n° 21698, note J. Moreau, *Rev. Drt. San. Soc.* 1991, p. 258, note R.G. Medouze, *D.* 1991, somm. p. 292, obs. P. Bon et Ph. Terneyre. Si cet arrêt constitue certes une avancée concrète, cette jurisprudence n'en demeure pas pour autant difficile à mettre en œuvre compte tenu de ses restrictions modales d'application. Nous reviendrons sur celles-ci en Deuxième Partie.

²⁸⁶ CE. 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec. 464 ; *D.* 1951. 620, note Nguyen Do ; *JCP* 1951. II. 6532, note J.J.R ; *JCP* 1952. II. 6734, note Eisenmann ; *RDP* 1951. 1087, note M. Waline ; *S.* 1952. 3. 25, note Mathiot ; *S.* 1953. 3. 57, note Meurisse.

²⁸⁷ Ce sur quoi nous reviendrons en deuxième partie.

²⁸⁸ CE., 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. 126, concl. Daël ; *RFDA* 1993.573. concl. Daël ; *AJ* 1993-344. chr. Maugüé et Touvet ; *D.* 1994.S.C.65, obs. Bon et Terneyre ; *JCP* 1993.II.22061, note Moreau ; *RDP* 1993.1099, note Paillet, *RA* 1993.561, note Fraisseux ; *GAJA* n° 101-4 et 101-5.

²⁸⁹ Voir B.Pitcho, op. cit., *passim*.

compte de l'Etat²⁹⁰. Une telle décision emporte pour conséquence de privilégier dès lors le droit administratif, afin de protéger au mieux le patient de tout préjudice causé au sein de l'unité hospitalière, et ainsi de reléguer le droit privé aux seules questions s'écartant manifestement de la matière médicale, ou alors relevant expressément de questions d'ordre pénal²⁹¹. Du droit relatif à la responsabilité, et donc a priori extérieur aux questions directement en lien avec la définition de ce qu'est le mourant, apparaît pourtant le souci du juge quand à celui-ci. Ainsi, se fondant sur la nécessité de l'accès aux soins, le Conseil d'Etat affirme que « lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité »²⁹².

106.- Il est clairement dit que, c'est au service hospitalier et non pas au médecin, qu'incombe d'assumer sa responsabilité, et ce même en dehors de toute cause évidente de dommage, à raison uniquement de la présence de la personne au sein de l'unité hospitalière. Afin d'indemniser au mieux toute personne subissant un préjudice au sein de l'unité hospitalière, en rapport à une quelconque intervention, les juges du Conseil vont plus avant que les juges de la haute Cour civile, admettant ainsi que l'aléa thérapeutique est une cause de préjudice avérée. L'accueil le plus large possible de la notion de dommage, ainsi que celle de préjudice permettrait de définir le plus largement possible la notion de malade. Le Conseil va ainsi pérenniser cette approche de la responsabilité en allant plus loin en 1997²⁹³, en élargissant le champ d'application d'une telle responsabilité, admettant la possibilité d'indemniser à raison d'un préjudice causé en dehors de tout acte à visée thérapeutique. Toutefois, cette démarche, si noble soit-elle, présument certainement déjà de la vulnérabilité du mourant comme d'une cause suffisante à faire de celui-ci une sorte de victime présumée, va également avoir pour première conséquence normative visible, de découper le malade en une succession de concepts.

²⁹⁰ Voir J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 2004.

²⁹¹ Cas plus rarissimes, et permettant au patient de s'extraire du cadre administratif du contrat de soins hospitalier ne le liant en rien au médecin traitant ; voir J. Penneau, *op. cit.* : « Il n'existe pas de contrat entre les médecins du service public et les malades », toutefois, en cas de cumul de faute (personnelle du médecin et « collective » de l'établissement), « la victime peut exercer un choix entre la juridiction administrative et judiciaire ».

²⁹² CE., *ibid*

²⁹³ CE. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles.*, GAJA, n° 101-4.

2.3. Les stratifications de l'usager de service public

107.- La personne, en tant que sujet de droit, est ici affectée d'une stratification de qualificatifs, relevant d'un droit public qui nomme chaque élément de son existence comme un *étant* identifiable, indépendamment des autres, et réintroduit de l'*être*, par les moyens de la sauvegarde de la personne humaine²⁹⁴, dans un processus de reconstruction de l'unité de la *personne*, afin d'indemniser tout l'*être*, au nom de la partie lésée. Si le lien de causalité nécessaire à l'indemnisation en matière privée nécessite une faute, en rapport direct avec le dommage causant un préjudice à la personne prise alors en sa totalité, le droit public admet quant à lui la possibilité de reconnaître une faute même partielle, voir même l'absence de faute, afin d'indemniser au mieux tout un chacun désireux de voir reconnaître son préjudice. Cet avènement de la toute puissance de la personne, alors sous son visage de personnalité juridique, en tant qu'usager, a pour conséquence de prendre la volonté de celle-ci pour point de départ de toute considération objectivisante du droit. Ainsi la personne privée malade est devenue progressivement un objet de droit en tant que tel, dépassant le seul fait médical pour le consacrer comme concept juridique. Inscrites d'abord dans la jurisprudence administratives, ces composantes du malade, le caractérisant, sont progressivement devenues des éléments sujet à législation. La protection de la santé de tous, en tant que mission de service public, dépend nécessairement du ministère chargé de la santé. Dès lors, il apparaît clairement que la définition de ce concept va passer par les mains du politique, ce qui aurait eu pour effet, et il s'agira de le démontrer, de systématiser les termes de sa reconnaissance. C'est en remontant aux sources lointaines de la médecine, objet qui ne s'étatisera que très récemment, qu'il serait possible de saisir comment le patient a pu devenir un usager de service public.

B. La personne-malade-mourante : archéologie d'un généricisme politique

108.- L'Histoire du droit de la santé fait état de différentes phases dans la désignation de la *personne* en état de maladie. Il conviendrait d'ailleurs de ne pas désigner le droit de la santé en temps que tel, tant cette branche du droit est propre à un langage moderne uniquement lié à des questions de responsabilité. C'est bien à partir du début du XX^{ème} siècle et de

²⁹⁴ Voir X. Bioy, *op. cit.*, p. 4., l'auteur estimant qu'il y aurait une « mise à mal de la représentation juridique de l'humain. »

l'avènement du droit public administratif, que la question de la responsabilité médicale s'est développée, sur une base de réflexion tirée de la jurisprudence de l'article 1382 du Code civil²⁹⁵. Regarder les aspects de l'histoire du droit de la santé à proprement parler n'est possible qu'après avoir fait état de l'histoire de la médecine, comme domaine propre à créer la notion de malade (1.). La convergence des savoirs constituerait en ce sens une justification de l'institutionnalisation de la prise en charge de la maladie et du malade (2.).

1. Abrégé d'histoire de la médecine : des mythes et légendes, à la médecine des hommes

109.- Les dysfonctionnements des états de l'être, dus à une quelconque malédiction ou encore à l'état de possédé par une variété de démon, ont longtemps prédominé la connaissance, au moins populaire, de l'homme. Ces visions archaïques ont laissé place à l'étude empirique des causes du dysfonctionnement. Très tôt, avant même l'Antiquité mésopotamienne, l'étude de la dimension corporelle de l'homme permet de faire état de connaissances approfondies sur les différents états de l'être en mauvaise santé. Les traitements sont essentiellement à base de phytothérapies, et ne peuvent engager la responsabilité de celui qui n'est pas encore médecin, mais tout au moins guérisseur²⁹⁶. La position de ce dernier dans la société des hommes est respectée, en ce sens qu'il est encore celui qui a le mieux accès *aux mystères de l'ordre divin*, dont bien évidemment dépend l'état de santé. L'Antiquité égyptienne rapportée par les égyptologues fait déjà état de grandes connaissances dès le XXVIIIème siècle avant notre ère²⁹⁷. Imhotep, parfois considéré comme le père de la médecine occidentale, pratiquait des interventions chirurgicales²⁹⁸.

²⁹⁵ Voir par exemple la jurisprudence du Conseil d'Etat : CE. Sect. 8 novembre 1935, *Dame Vion*, Rec. 1019. Voir en ce sens les liens sous-jacents liant droit public administratif et droit privé. Simplement, si le droit public est le droit des institutions, attendu qu'aucune institution n'existe sans personnes, le droit privé dictant les comportements des personnes, le droit privé commande le droit public ; ainsi en est-il de la responsabilité : de délictuelle elle est devenue contractuelle, puis sans faute. La distinction droit privé/droit public est une distinction utilitaire dont il ne faut pas exagérer l'importance. Certaines disciplines intéressent autant la personne et ses biens que les personnes publiques et l'intérêt public, comme le droit pénal et le droit médical. Voir en ce sens B. Bonnet et P. Deumier, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2011.

²⁹⁶ Voir J.-C. Sournia, *Histoire de la médecine*, Poche, La Découverte, 1997, pp. 7 s.

²⁹⁷ Voir J.-C. Sournia, op. cit., *ibid*, pp. 30 s.

²⁹⁸ Edwin Smith découvert à Thèbes en 1862 un papyrus se révélant être un traité médical qu'il attribua après étude à Imhotep, décrivant avec force détails les observations anatomiques et cliniques, les traumatismes et les traitements appliqués pour 48 affections médicales relevées sur un grand nombre de cas, ainsi que les pronostics associés à ces traitements. Voir sur le sujet W. Kosack, *Der medizinische Papyrus Edwin Smith*, The New York

110.- Les médecins babyloniens de la même époque ont introduit les notions de diagnostic de pronostic d'examen physique et de prescription²⁹⁹. Bien après, durant l'Antiquité grecque, de nombreux travaux d'études de la médecine furent réalisés par d'illustres personnages tels que Pythagore, Démocrite, Thalès de Millet ou encore bien évidemment le célèbre Hippocrate au Vème siècle avant J-C. Au carrefour de l'orient et de l'occident, la Perse du VIème et du VIIème vit l'apogée de ce qu'aujourd'hui encore certains historiens considèrent comme la réalisation du concept de système hospitalier³⁰⁰. L'*Organon* d'Aristote est traduit et enseigné aux côtés des théories et pratiques d'Hippocrate, tout comme le regard se tourne à l'Est vers les connaissances de l'*Ayurveda* hindou, ainsi que vers la médecine préventive chinoise. L'occident français est alors très loin de toutes ses splendeurs de connaissances, et il faut attendre les portes de sortie du moyen-âge pour rencontrer des perspectives sanitaires³⁰¹.

111.- Aux XVII et XVIIIème siècles, le royaume français ne bénéficie que de peu de connaissances médicales³⁰². La médecine est essentiellement conditionnée par l'ordre politico-religieux, l'ordre divin servant de prétexte afin de dicter, par la doctrine pontificale, les limites des possibilités de recherche. Cet ordre divin, organisé dans l'ordre temporel politique de la hiérarchie religio-politique de la France, implique que toute connaissance dite médicale se doive de passer par l'approbation de celle-ci³⁰³. Les dissections de Rabelais³⁰⁴ ne furent réalisées que dans le secret le plus total des caves des laboratoires du Professeur. Le danger était certainement de découvrir dans le corps de l'homme quoique ce soit pouvant contredire la doctrine religieuse.

Academy of Medicine, Inv. 217 Nouveau élaboré et traduit des hiéroglyphes en allemand, Berlin 2011, ed. Christoph Brunner, Bâle 2012.

²⁹⁹ Les plus anciens textes Babyloniens sur la médecine remontent à l'époque de l'ancien empire babylonien dans la première moitié du IIe millénaire av. J.-C. Cependant, le texte babylonien le plus complet dans le domaine de la médecine est le *Manuel de diagnostic* écrit par Esagil-kin-apli le médecin de Borsippa, sous le règne du roi babylonien Adad-Alpa-iddina (1069-1046 avant JC). Voir notamment M. Stol, *Epilepsy in Babylonia*, ed. Brill, 1993, p. 55.

³⁰⁰ Ici, non seulement au carrefour géographique, mais certainement aussi au carrefour des connaissances d'ordre mystiques ésotériques, juridiques et médicales, dans ce que l'on pourrait désigner comme le lieu où le soleil se lève et se couche à la fois, le syncrétisme des connaissances mondiales d'alors se réalise parfaitement.

³⁰¹ Voir Ph. Ariès, *op. cit.*

³⁰² F. Lebrun, *Se soigner autrefois : médecins, saints et sorciers aux XVIIème et XVIIIème siècles*, Temps Actuel, Paris, 1983.

³⁰³ Voir J. Léonard, *La médecine entre les pouvoirs et les savoirs*, Aubier-Montaigne, Paris, 1982.

³⁰⁴ On attribue à Rabelais ce commandement dans la pratique médicale : « Par fréquentes anatomies (dissections), acquiers-toi la parfaite *cognoissance* de l'autre monde qui est l'homme. », et ce même alors que la dissection de cadavres humains pouvait concourir à l'exposer à de graves sanctions de la part des autorités tant civiles que religieuses.

112.- Il faut attendre la période dite de la Renaissance pour pouvoir entrevoir l'homme comme *patient*. Celui qui soigne devait alors suivre des études approfondies afin de devenir médecin. Les premières universités³⁰⁵ apparurent dès 1088 avec l'université de Bologne connue sous le nom d'*Alma mater studiorum*, où étaient enseignées rhétorique ainsi que compilation des connaissances du droit. C'est en 1289 que la bulle papale *Quia Sapientia* du pape Nicolas IV instaure la première faculté de médecine à Montpellier, où l'enseignement de la médecine était attesté déjà en 1150. Au XIII^e siècle, les disciplines enseignées s'organisent autour des « quatre facultés » que sont les arts, la médecine, le droit et la théologie. À cette époque les universités contribuent au renouveau des savoirs, qui sont étroitement liés à l'Eglise catholique. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la théologie et le droit canon se taillent la part du lion. Les étudiants viennent parfois de loin pour recevoir les enseignements universitaires dont les contenus sont essentiellement issus des données acquises de la science médicale islamique d'Al Razi³⁰⁶.

2. Convergence des savoirs et politisation de la santé

113.- Puis les savoirs convergent. C'est en ce sens que l'Etat naissant³⁰⁷, influe progressivement sur cette élaboration, dans un mouvement global de concentration des savoirs, de cristallisation de ceux-ci, dans une démarche universitaire qui impose une discipline dans sa recherche, une discipline dans l'élaboration des théories fruits de sa recherche. L'enseignement universitaire du droit élabore les théories du sujet de droit³⁰⁸ quand les universités de médecine enseignent les traitements des maladies du même sujet. Les imbrications des deux sont évidentes. Par la spécialisation progressive des savoirs, la distinction de ceux-ci va marquer l'entrée dans une ère où l'Etat va devoir garantir

³⁰⁵ Hormis celles non désignées ainsi comme l'Académie platonicienne, ou encore celle pré citée de Gundishapur en Iran.

³⁰⁶ Voir en ce sens L. Leclerc, *Histoire de la médecine arabe*, Leroux, Paris, 1876, Vol. I, réédité par le Ministère des Habous, Rabat, 1980, pp. 337-354.

³⁰⁷ Pour une histoire de l'émergence de l'Etat, voir, N. Elias, *La dynamique de l'Occident*, Agora, Paris, 2003 ; ou encore A. Leca, *La genèse du droit*, PUAM, 2002.

³⁰⁸ Voir en ce sens sur l'émergence de la notion de sujet de droit, F. Tinland, *La notion de sujet de droit dans la philosophie de Th. Hobbes, J. Locke et J-J. Rousseau*, in *Le sujet de droit*, Arch. phil. droit.,34, p51-66, ou encore sur la notion de personne comme source subjective à la notion de sujet de droit, J-M Trigeaud, *La Personne*, in *Le sujet de droit*, Arch. phil. droit. 34.

l'autonomie des universités et des savoirs qui y sont enseignés, en s'impliquant dans l'élaboration d'un statut de droit public³⁰⁹.

114.- Cette harmonisation institutionnelle procède d'une implication de plus en plus élaborée de l'entité étatique dans le champ du savoir³¹⁰. Le ministère de la recherche en est l'expression, autorité de tutelle des établissements³¹¹ et donc de leurs contenus d'enseignements, garant de la teneur de ceux-ci. C'est en ce sens que doit être compris le processus de *généricisation* de tout un savoir scientifique, comme objet des instances politiques et de leurs déconcentrations institutionnelles telles que le CCNE, par exemple, en matière philosophico-juridico-éthique³¹². Objet de droit privé et de droit public, c'est par le caractère éminemment politique de ce dernier tant il est teinté des conceptions morales et des objectifs d'ordre public³¹³ que le mourant est objet de tous les *généricismes* nés des sciences pratiques dont l'Etat³¹⁴ est garant en tant qu'autorité tutélaire.

115.- La maladie appartient désormais à une définition dont l'Etat³¹⁵ est garant : que cela soit en vue de viser une politique de sensibilisation sur telle ou telle épidémie, ou telle ou telle consommation à risque, mais aussi en vue de préciser les prérogatives des médecins, l'Etat est le *possesseur* de la maladie³¹⁶. Ainsi formulé pour la première fois à l'occasion de la

³⁰⁹ Dans la loi française, une université est un type particulier d'établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP), conformément à la loi Faure, loi n° 68-978 du 12 novembre 1968, *d'orientation de l'enseignement supérieur* : « Les universités sont des établissements publics à caractère scientifique et culturel, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. », modifiée par la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 dite loi Savary disposant ainsi : « Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont des établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière. »

³¹⁰ Voir A. Aouij-Mrad, M.-H. Douchez et B. Feuillet, *Santé, argent et éthique une indispensable conciliation ? : Etude française et tunisienne*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2005, pp. 137 s. : « l'acteur principal est l'Etat, son intervention consiste à fournir au système sanitaire les ressources dont il aurait besoin pour fonctionner, mais également à faire converger les politiques de la croissance économique avec les politiques sanitaires. »

³¹¹ Ces établissements sont gérés de façon démocratique avec le concours de l'ensemble des personnels, des étudiants et de personnalités extérieures. Ils définissent leurs objectifs dans un contrat de quatre ans avec l'État et sont contrôlés par l'agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur Les EPSCP sont créés par décret et soumis à des statuts qui sont votés par les instances de l'établissement. Les EPSCP sont soumis pour la plupart au contrôle de légalité, exercé de manière déconcentrée par le recteur d'académie

³¹² Sur la place, les implications scientifiques et juridiques, ainsi que le lien sous-jacent à l'Etat, voir *infra*. Chap. IIIII.

³¹³ Il faut comprendre ici engagement dans une politique publique.

³¹⁴ Le pouvoir exécutif dans ses composantes ministérielles en particulier.

³¹⁵ L'autorité de tutelle étant le ministère de la santé (celui-ci changeant d'appellation au grès des gouvernements successifs, il convient d'en retenir l'appellation générique.).

³¹⁶ Voir B. Mathieu, *Les avatars du droit à la santé. Eléments d'analyse à partir du Droit constitutionnel français*, in A. Aouij-Mrad, M.-H. Douchez et B. Feuillet, *Santé, argent et éthique une indispensable conciliation ? : Etude française et tunisienne*, op. cit., pp. 66 s.

loi institutionnalisant les services de soins palliatifs³¹⁷, puis consacré par les lois *bioéthiques* de 2002 et de 2005 conjuguées, la **personne-malade-mourante** est objet d'une mission politique de protection de l'être humain, dans ses derniers instants. Il s'agirait de le protéger d'un ensemble d'atteintes légalement justifiées et déterminées, conférant un statut particulier, une valeur juridique à la *personne*, en état de maladie, faisant de celle-ci un objet source d'un vocabulaire *génériciste* du droit.

116.- Et cette implication se concrétise et trouve une face visible dans le droit pénal appliqué aux droits du mourant, garantissant à la fois le respect du couple intégrité/dignité, et prohibant tout acte propre à faciliter la mort, à la favoriser, et ce dans un souci du respect le plus strict de l'ordre public, prohibant tout homicide quand bien même serait-il motivé par des raisons altruistes³¹⁸. Le généricisme du concept de mourant serait donc d'autant plus justifié qu'il serait en sa faveur.

Paragraphe.III. La personne mourante vue par le droit pénal ou, la promesse idéale contre les atteintes à la personne, à la lumière de l'ordre public

117.- Lorsque l'on admet que le droit positif s'appuie sur des conceptions relevant d'un ordre religieux³¹⁹, il s'agit certainement de rappeler à ceux dont la jouissance de leur statut de sujet de droit dépend, que l'objet que la norme conçoit est bien plus que fondamental, il est sacré³²⁰. Lorsque le droit est sacralisé, c'est en raison de la poursuite d'un intérêt supérieur à

³¹⁷ Loi du 9 juin 1999; et loi du 4 mars 2002.

³¹⁸ Exception retenue en droit suisse pour justifier non pas de l'euthanasie, mais de l'assistance au suicide, en dérogation au Code pénal.

³¹⁹ Toute une littérature spécialisée en matière de théorie du droit et de philosophie du droit a su appréhender la question, interrogeant la source du droit à la vie, celui de la mort, et tous les aspects des droits relevant d'une question d'ordre éthique ; ainsi en est-il de P. Chiappini, *Le droit et le sacré*, Dalloz, L'esprit du droit, 1^{ère} ed., 2006. ; ou encore en associant la notion de sacré à celle de religion, J. Carbonnier, *La religion, fondement du droit ?*, Arch. phil. droit., n° 38, 1993, p. 19. ; le doyen ,rappelant qu' « il est des règles de droit qui résonnent comme des échos de prescriptions religieuses » ; ou J-M Trigeaud, *Droit et religion. Observations finales*, in Arch. phil. droit., n° 38, pp. 231-242. ; ainsi que l'ensemble de son œuvre où l'auteur s'emploie à faire ressurgir les critères de juridicité de la norme au regard des conceptions dogmatiques de la loi religieuse, chrétienne, reposant quant à elles sur un sous-jacent métaphysique et éthique commun au sens d'universel. L'ensemble du n° 38 des Arch. phil. droit. de 1993 portait sur la question du lien droit/religion.

³²⁰ La notion même de sacralité ne faisant peur ni au législateur dans la mesure où le terme même de *sacré* est repris notamment au premier alinéa du Préambule de 1946, ni au Conseil constitutionnel qui le consacre par l'introduction du Préambule de 1946 au bloc de constitutionnalité par décision du Conseil :C. cl. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil employant régulièrement le terme sacré pour qualifier certains droits : vu récemment

l'ordre public, celui-ci étant traduit en droit positif (A.). De plus, l'ordre public, symbolisant l'unité de la nation au nom de valeurs communes, celles-là même que le Préambule de 1946 reconnaît en « termes vagues ou programmatiques »³²¹, entend embrasser les conceptions sous-jacentes d'unicités faisant la *res publica*, en assurant les fondements d'un droit pénal, en tant que garantie d'une action la protégeant (B.). Ce n'est qu'à cette condition que la recherche d'une responsabilité pénale permettrait de défendre la *personne*, en ne regardant que strictement les possibilités d'atteintes à celle-ci lorsqu'elle est mourante (C.). L'ensemble des justifications légales ne parviendrait pourtant pas toujours à raisonner les comportements face aux prétentions *bioéthiques* de soulagement des souffrances des mourants (D.).

A. Droit pénal et dimension sacrée de la personne face à la mort à l'hôpital

118.- C'est certainement parce que le droit pénal constitue la plus grande certitude en matière interprétative de la règle de droit, que le statut de la *personne-malade-mourante* serait ici le plus *sacré* (1.). En retenant que la mort est le terme normal de l'existence, le droit pénal à l'hôpital ne devrait être qu'une exception (2.).

1. Sacralité de la *personne* et droit pénal

119.- Dès lors que la *personne-malade-mourante* est **approchée en droit pénal**, il s'agit, le plus souvent, de révéler des règles d'ordre public, propres à garantir le respect de son intégrité. La protection spécifique du corps humain par le droit civil fut relativement tardive, puisqu'elle date de l'adoption des lois dites *bioéthiques* du 29 juillet 1994. Cela ne signifie

encore au sujet du droit de propriété : C. cl., n° 2010-33 du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, consacrant le caractère « inviolable et sacré » de toute cession gratuite ainsi que du droit de propriété, ce qui servira lorsqu'il s'agira d'interroger la propriété du corps ; ni aux Hautes Cours de la justice privée, C. cass, crim. 26 février 1974, *Bull. crim.* n° 273, *Schiavon*, sur la constitutionnalité des mesures pénales, ainsi que de la justice publique, CE, sect., *Ste Eky*, 12 février 1960 consacrant le Préambule de 1946, ni à tout type de juriste éclairé au sujet des droits de l'être humain.

³²¹ E. Celestine, *Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels*, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27 septembre 2008, sur les droits issus du Préambule de 1946 et leur valeur en tant que droits sous-jacent à l'émergence de droits positivement précisés sous forme de modalités d'application. L'auteur renvoie notamment à Y. Poirmeur, « *La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs* », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 99 ; J. Georgel, *Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958*, in *RDP* 1960, p. 85 ; M. Debene, *Le Conseil constitutionnel et « les principes particulièrement nécessaires à notre temps »*, in *AJDA* 1978, p. 531.

pas qu'auparavant le droit se désintéressait de la protection du corps. Grâce à la responsabilité civile et l'incrimination pénale des atteintes portées à la personne, le corps était préservé à travers la *personne* elle-même. Il semblait donc impensable de séparer *personne* et corps, les notions étant philosophiquement confondues³²². Et la jurisprudence exploitait les notions-cadres du Code civil³²³, ainsi que les dispositions relatives aux obligations, pour protéger l'intégrité corporelle³²⁴, posant des solutions que le législateur consacra par la suite en leur donnant un fondement textuel³²⁵. Il s'agissait donc en somme des aspects de la *personne* relatifs à sa vie la plus générique³²⁶.

120.- Ce sont les garanties contre ces atteintes que le législateur entend rappeler au Titre II du Code pénal, intitulé : *Des atteintes à la personne humaine*, dans un chapitre premier : *Des atteintes à la vie de la personne*. La personne est objet de droit *sujétisé*, à savoir qu'elle est personnalisée, au regard de son humanité, celle-ci entendue en tant que *res communis*. Elle serait l'objet de l'ordre public, justifiant qu'elle soit sujet de droit pour objectiver son rôle au sein du dit ordre. C'est à elle que sont adressés les droits fondamentaux qui lui sont reconnus *constitutionnellement*³²⁷, permettant de prescrire les garanties maximales contre ce qui dénature son existence. Et le pire en l'occurrence, *a fortiori* lorsque la mort est pressentie, serait de donner volontairement, ou même involontairement la mort à une personne, ce qui est un crime relevant de la juridiction répressive, et qui conduit tout naturellement la personne auteur des faits devant une Cour d'assises³²⁸. Suggérant, puis consacrant le caractère sacré de la vie, le droit français garantit tout être humain dans sa jouissance, dès son commencement effectif³²⁹.

³²² Voir notamment J.-P. Duprat, *A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 DC du 27 juillet 1994*, Les Petites Affiches du 14 décembre 1994. Ainsi que J.-M. Poughon, *L'individu propriétaire de son corps, une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique*, Rev. Actualités Juridiques, juin 2003.

³²³ Ordre public et bonnes mœurs par exemple.

³²⁴ Voir par exemple la décision émanant de TGI de Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970, p. 136.

³²⁵ Voir J.-Ch. Galloux, *Le corps humain dans le Code civil*, in *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. pp. 385 s.

³²⁶ Voir par exemple B. Gilson, *L'essor de la dialectique moderne et de la philosophie du droit*, Vrin, 1991, pp. 131 s. au sujet de la philosophie du droit fichtéenne applicable à la relation que la *personne* entretient avec son corps.

³²⁷ Le plus souvent il s'agit d'une jurisprudence émanant du Conseil d'Etat, reconnaissant les PFRLR ; voir en ce sens CE. Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, *RFDA* 1996. 870 et *RTDH*. 1997.747, concl. Delarue ; *RFDA* 1996.882, notes H. Favoreu, Gaïa, H. Labayle, P. Delvolvé ; *AJ* 1996.722, Chr. Chavaux et Girardot ; *D.* 1996-509, note Julien-Laferrrière. Voir GAJA, Dalloz, 14^{ème} éd., pp. 757 s., n° 105.

³²⁸ Art. 221-1 du Code pénal.

³²⁹ Voir sur le commencement de la vie ; l'intégration de l'article 16-3 du Code civil consacra des pré-tensions théoriques communes au droit à l'intégrité du corps, garanties au moyen des notions de bonne mœurs et d'ordre public.

2. La mort : cet évènement exceptionnel nécessitant une protection maximum *a fortiori* en milieu hospitalier

121.- La nécessité de réguler les comportements face à la mort semble d'abord procéder d'une règle que d'aucun indiquent comme fondement moral, d'autres préférant y voir une révélation divine faite aux hommes (2.1.). Cette exigence ne saurait quelques en soient ses sources être ignorée dans le domaine spécifique de l'établissement public de santé où la mort y est parfaitement familière (2.2.).

2.1. La mort comme évènement sacré, à l'image de la vie ou, la nécessité de réguler les comportements humains face à la mort

122.- L'existence, à laquelle la mort met un terme, se doit d'être examinée comme le temps constituant une parenthèse de protection de l'être, *masque visible*³³⁰ que le droit doit saisir et couvrir de toute atteinte extérieure, pouvant endommager, briser, voir interrompre son cour. De toute évidence, ici, le droit positif fait immédiatement suite à une perception sacrée de la vie, connaissance intuitive directement puisée dans la parole divine reçue par Moïse sur le Mont Sinai, et rapportée différemment, dans la forme et non au fond selon les traditions, l'enjoignant de rappeler aux hommes de s'abstenir de tuer³³¹. Loin de vouloir introduire un aspect théologique à notre étude, retenons tout de même que cette *parole* révélée à Moïse a pu être reprise dans une allégorie que la religion hébraïque partage avec sa sœur islamique, rappelant à l'homme que, *quiconque tue un homme tue l'humanité toute entière*³³². Les religions de la croix ne sont bien évidemment pas en reste sur ce point, tant leur messager fut

³³⁰ Ici la notion de *masque* est employée en référence à son usage chez J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.

³³¹ Cf., voir selon les Traditions interprétatives du Décalogue, l'influence du Pentateuque dans le Livre de l'Exode (20, 2-17), ou encore dans le Deutéronome (5, 6-21). Au demeurant, notons que les textes Saint n'offrent bien souvent en français qu'une traduction approximative, et dès lors *dénaturante* de l'essence du message. Retenons pour le bien fondé de notre remarque que l'idée est ici de préciser que les hommes chargés d'une mission prophétique ont, quelque soit la religion, procédé au rappel d'un interdit inhérent à la nature même de sa création. Tuer en reviendrait à nier son propre état d'être créée, pour dépasser les limites du dépôt du souffle divin. Tuer l'autre, c'est nier son *même*, et dès lors tuer le même en soi, de telle sorte que se fasse le dépassement du *mien-altérité*, germe d'un individualisme nihiliste. Sur ce dernier point, voir en complément ce que Ariès rappelle au sujet de la mort dans l'ère contemporaine dans son *Essai sur l'histoire de la mort en Occident*, ou encore sur l'interprétation théologique, J.-P. Dusault, *Le religieux mourant ou Préparation à la mort pour les personnes religieuses*, 1717, p. 532 par exemple ; et enfin sur le nihilisme, P. P. Ottonello, *Structure et formes du nihilisme européen*, op. cit.

³³² Retrouvée autant dans le *Talmud* que dans la *sunna*.

celui de l'Amour, de la fraternité au sens le plus spirituel qui puisse être, rappelant que tuer est *tuer son propre frère ou sa propre sœur*³³³. Nul n'est censé dès lors ignorer cette loi, et ce quelque soit les penchants de son esprit, cette obligation suprême de préserver la vie relevant ainsi d'un ordre dépassant la volonté des hommes d'établir un ordre public, c'est-à-dire au-delà de toute décision de *polis*.

123.- Ainsi, réguler³³⁴ les comportements des individus, c'est fonder le ciment d'une société. C'est, dès lors, entendre reprendre comme fondement de l'ordre public, la règle relevant d'un ordre supérieur à la volonté arbitraire, mais également morale³³⁵. Interdire de donner la mort, c'est interdire le dépassement le plus nihiliste de la personne sur son état d'*être*, en mettant fin au prolongement de son existence sur son existence même, ou celle d'autrui.

2.2. Le milieu hospitalier : la familiarité de la mort

124.- *En milieu hospitalier, la mort est un voisin de chambre, une présence permanente qui rôde et hante les couloirs. Car le plus souvent, on meurt à l'hôpital*³³⁶. *Pourtant, rien ne saurait justifier une forme de banalisation de celle-ci.*

125.- Dès lors, donner la mort, la favoriser, ou la provoquer est considéré en droit français comme relevant de l'application de son arsenal de droit pénal³³⁷, contre toute

³³³ Voir par exemple Evangile Matthieu, V, 38-45.

³³⁴ Le terme est ici employé en écho direct à l'origine latine du mot droit qui procéderait en son aspect public du terme *regulare* qui signifie littéralement réguler, donner une direction.

³³⁵ Notons à ce propos que retenue comme péché, donner la mort, se donner la mort, est en tout état de cause à appréhender dans sa dimension relevant de la responsabilité morale de la personne. Si E. Kant distinguait nettement responsabilité morale de celle juridique, ne rattachant la première à un transcendant indicible que pour le bien fondé logique de son exposé, notons que chez Saint Thomas d'Aquin, la responsabilité morale est source de *désinterprétations* chez de nombreux commentateurs ayant voulu limiter la responsabilité morale de Saint Thomas au seul Ordre théologique. Pourtant, plus encore, et par succession de transposition de l'analyse de l'expression théologique jusque dans l'ordre du droit positif, il devient possible d'opérer des convergences de sens et de valeur. Retenons ainsi que si Thomas entend non pas déresponsabiliser l'auteur du péché criminel, il rappelle à quel point la personne est aisément perméable aux paroles fondées par les corps politique garant de sa sécurité dans l'ordre public. Voir sur ce point l'article de J.-M. Trigeaud, *L'attentat. D'un euphémisme d'agression et non de respect révélateur du discours discriminatoire ambiant.*, in revue B.P.C., in *philosophiedudroit.org.*, mis en ligne le 20/III/2012.

³³⁶ 58% des français meurt en unité de soins, dont 49,5% dans un hôpital public. Voir en ce sens O. Lalande et O. Veber, *La mort à l'hôpital, Tome I*, Inspection Générale des Affaires Sociales, RM2009-124P, La Documentation française, 2009, p. 3.

³³⁷ Notons que le droit réglementaire du code de déontologie médicale suffirait comme première base à l'interdiction de pratiquer toute euthanasie dite active : art. R. 4127-38 du Code de déontologie médicale.

justification relevant du respect de l'autonomie de la volonté, encore nommé principe d'autodétermination³³⁸, renforcé par la théorisation de l'expression de la dignité par celle-ci³³⁹.

126.- Bien que revendiquée comme une aide, par l'introduction du vocable hellénisant *d'euthanasie*³⁴⁰, le législateur, l'exécutif et les juridictions, comme d'une seule voix, s'opposent encore à reconnaître une assistance à mourir, quelque puisse en être ses modalités, et ce même par une interprétation extensive du droit applicable ; celui-ci étant déjà jugé suffisamment permissif. Contrairement au droit suisse, l'altruisme de l'acte d'assistance au suicide ne peut être considéré comme une justification satisfaisante. Le respect de la volonté de la personne trouve une continuité jusque dans le choix de sa mort en droit suisse, là même où il s'éteint en droit français, pour des motifs d'ordre public faisant primer le droit de la vie³⁴¹ sur celui du choix, et relevant par là du droit pénal, de son irrespect³⁴². Il s'agira donc du

³³⁸ Tirée de l'ouvrage de S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*. Recta Ratio. Testi et Studi di Filosofia del Diritto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, cette expression correspond à un aspect positif et nominaliste de l'autonomie de la volonté. S'inspirant du mouvement de théorisation libéral américain, S. Amato précise que le point de départ de l'autodétermination repose sur le respect de la vie privée (p.63); ce respect passant par le corps, il en constitue une matière, limitative à l'expression de l'autonomie de la volonté à ses seules composantes physiques en tant qu'elles offrent une certitude quant à leur existence (p.63). L'autodétermination va donc de paire avec l'inviolabilité, celle du corps, la première correspondant donc à la volonté en tant qu'élément subjectif, et la seconde à l'identité de la personne comme manifestation de la première (p. 65). Ainsi, l'autodétermination serait le rempart concret, « a shield [and] not a sword » (reprentant J. Keown, *Beyond Bland : a critique of the BMA guidance on withholding and withdrawing medical treatment*, in « Legal Studies », 2000, p. 81.) de la dimension la plus profonde de l'existence. Le risque ici est celui des abus liés à la reconnaissance de l'avènement de l'autodétermination comme fondement d'un droit à mourir ; ces abus sont notoires quant au droit à la vie sur lequel se fondent nombre de revendications excessives (pp. 67-68). Ajoutons que si le droit à la vie a connu sa reconnaissance textuelle c'est en effet en raison de la sacralisation du corps, procédant d'un courant de pensée hédoniste et eudémoniste qui rompt avec toute métaphysique de l'être. C'est en ce sens que le législateur, après que le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de ce principe, se retrouve obligé d'associer le droit à la vie dès qu'il s'agit d'une question de santé ; ainsi en est-il lorsqu'il s'agit de procréation médicalement assistée, de contraception, d'IVG, de suicide, d'accompagnement du mourant et de toute forme d'hédonisme excessif qui conduit à considérer la vie comme la propriété de l'homme en rompant les liens universels qui lient l'homme à l'existence, prônant ainsi l'existence autonome de chacun comme si l'autosuffisance autarcique permettait de justifier l'autodétermination.

³³⁹ Voir en ce sens notamment CCNE, 20 janvier 2000, avis n° 63, pp. 6 s. ; cet avis présente une particularité notable, car sans pour autant justifier la pratique euthanasique sur un plan juridique, il fait appel à la clémence des juges au regard d'une étude approfondie des situations introduisant le concept « d'exception d'euthanasie » en nommant sa position « engagement solidaire » porteur du respect de la dignité de la personne ; cette position va dans le sens des évolutions que la législation de 2005 consacrera.

³⁴⁰ Voir sur ce point une approche synthétisant une *histoire de l'euthanasie*, G. Pelliccia, *L'eutanasia ha una storia ?*, Edizioni Paoline, 1977, *passim*.

³⁴¹ Et non pas du droit à la vie, car la vie imposerait son droit avant même toute formalisation en droit positif. Les théories du droit à la vie reposeraient dès lors sur un droit naturel, un *nomos*, qui dicterait le sens de ce qu'est la vie et ainsi de ce que sont ses modalités d'expression fondamentales dans l'ordre de sa manifestation. Ainsi, il convient de suggérer que s'il n'existe pas de droit à la mort, ni de droit de mort relatif à un pouvoir exercé par la volonté de la personne, autrement que sous le coup d'une loi pénale, en écho à une loi qui la dépasse et l'inféode, il pourrait être suggéré qu'il existe un droit du vivant et de la mort reposant sur un fondement ontologique, métaphysique et éthique ayant ses règles propres à caractère ontique, axiologiquement déterminées.

³⁴² Pourtant, la proposition de loi étudiée par le Sénat en 2004 a déjà poussé ces derniers à considérer qu'il pourrait exister une forme de justification de ce qu'il nomme euthanasie passive. Sénat, Etude de législation

meurtre, de l'assassinat, volontaire, par empoisonnement voir, par omission de soin, involontaire, par administration de substances nuisibles, ou encore par oubli. Quoi qu'il en soit, le personnel soignant reconnu comme ayant participé à une telle entreprise se verra alors non plus identifiable au terme d'une fonction, administrativement justifiée, mais en temps que personne, relevant de droits sous-jacents à la personne humaine, ontologiquement attribués³⁴³. Ainsi, quoi que familière, la mort ne peut devenir une habitude dans les pratiques médicales en ce sens que nul n'est censé pouvoir en être maître.

B. Des justifications légales incriminant la mort provoquée du *malade- mourant*

127.- Afin de relever une quelconque cause pénale de mort suspecte, le juge doit pouvoir désigner un fait en l'identifiant et le distinguant de tout acte médical normal ; il s'agira du temps de l'imputation (1.). Le fait circonscrit devra donc être fautif (2.) afin d'engager une action en justice qui serait d'abord, le plus souvent, assimilée à un homicide volontaire (3.).

1. Le rôle du juge et de la référence normative quant à l'imputation protectrice

128.- Le fondement premier de la responsabilité pénale médicale serait représenté par la capacité pour le juge à décider d'imputer le fait. Il s'agira donc de désigner celui qui sera dès lors présumé responsable. Notons dès à présent que la notion d'imputation entend respecter le principe de présomption d'innocence de celui qu'elle examine pourtant comme l'auteur du fait criminel, par hypothèse d'un faisceau d'indices suffisamment convergents. Il s'agira en l'espèce de relever en quoi la *personne*, en temps que sujet de droit et non plus d'agent de service public, peut se voir retenir sa responsabilité pénale au sein de la structure hospitalière.

comparée n° 139, novembre 2004, *Les droits du malade en fin de vie*, Note de synthèse ; c'est en ces termes que le Sénat considère que « la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, déposée à l'Assemblée nationale le 21 juillet 2004 par M. Jean Leonetti et plusieurs de ses collègues à la suite des travaux de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie et redéposée le 26 octobre 2004 pour être renvoyée à une commission spéciale, vise à légaliser l'euthanasie passive dans certaines circonstances, puisqu'elle reconnaît au patient la possibilité de refuser un traitement nécessaire au maintien de la vie et institue l'obligation de suivre une procédure collégiale pour l'arrêt des soins sur une personne inconsciente. »

³⁴³ La sanction administrative, basée sur l'appartenance à un corps résultant de l'inscription au Tableau de l'ordre des médecins, dès lors déontologiquement justifiée, relevant des juridictions administratives, ne constitue qu'une réprobation sur un plan fonctionnel ; elle est le préalable au dépassement de la vision fonctionnelle de la tâche du médecin en tant que l'incrimination ne relève non point de la faute présumée du médecin, mais de la personne qui incarne cette fonction. Ce n'est pas le médecin qui pourra être sanctionné, mais l'individu à raison du droit qui le fait exister.

129.- Malgré la généralité du problème, et ainsi sans prétendre regarder exhaustivement celui-ci, voyons sommairement que c'est au moyen des articles 221-1 codifiant l'homicide volontaire, 221-2 sur la récidive, 221-3 sur la préméditation emportant la qualification d'assassinat, 221-4 introduisant la particulière gravité de l'assassinat ou du meurtre sur une personne affaiblie notamment à raison de sa maladie connue de l'auteur des faits, et enfin 221-5 sur l'empoisonnement, que les tribunaux et la cour de cassation ont pu élaborer l'interprétation du droit de l'homicide en milieu hospitalier. Ici, l'élément moral, ou *animus necandi*, est le plus aisé à identifier³⁴⁴, tant la volonté de mettre fin aux jours du mourant serait évidente³⁴⁵. L'introduction de l'article 221-6 dans l'ordre de l'interprétation a permis d'alléger, par le caractère involontaire dans la commission des faits, les peines encourues par les personnels soignants *présumés coupables*. Notons que l'article 221-7 du présent code prévoit qu'il est possible de condamner la personne morale du même chef d'inculpation que la personne physique³⁴⁶. Enfin, les articles 221-8 et 221-9 emportent de nombreuses conséquences de nature à limiter les activités professionnelles de la personne alors condamnée, mais également à limiter l'exercice de ses droits civiques et familiaux. Il convient dès lors de détailler tout ce que l'on doit comprendre de telles hypothèses légales lorsqu'elles s'avèrent invocables en milieu hospitalier.

2. L'exigence d'une faute certaine

130.- Dès lors que la faute présumée commise par le médecin, et plus largement par quelque membre du personnel soignant, peut être relevée comme extérieure à l'ordre de la déontologie³⁴⁷, de la responsabilité administrative, de la responsabilité personnelle, justifiant

³⁴⁴ Voir X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., n° 770, p. 537. ; ou encore M.L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, Droit privé, 5ème éd., 2006. ; voir également le Rapport *Paliative care*, OMS 2004, préc. ; ou encore S. J. F. Hauger, *L'euthanasie en France : perspectives législatives...*, mémoire, 2001, pp. 10 s. sur l'absence d'une infraction spécifique d'euthanasie au Code pénal

³⁴⁵ Voir C. cass. crim 2 juillet 1998, *D.* 1998, p. 451, note Pradel ; ainsi que G. Ryckewaert, op. cit., pp. 11 s.

³⁴⁶ En ce sens le droit pénal illustre parfaitement la thèse d'un droit du mourant à l'hôpital, au-delà de la dialectique distinguant droit privé et droit public.

³⁴⁷ Voir S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2005, p. 254. : « Le terme déontologie, attribué à Jeremy Bentham, traduit par la science des devoirs, a été introduit en français lors de la traduction de son ouvrage intitulé *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et de Science dans lequel il écrit « l'Éthique a reçu le nom plus expressif de déontologie »*. En ce sens, les termes, éthique, morale et déontologie étaient synonymes, ce qui explique les rapports intimes qui les lient les uns aux autres. » Notons que

d'un droit privé, chaque victime, ou toute personne pouvant justifier d'un intérêt, sera en droit d'enclencher une procédure pénale.

131.- Chaque fois que la vie d'un mourant semble avoir été exceptionnellement écourtée, aggravée dans son processus naturel de mortification, il s'agira de relever la possibilité de soulever la responsabilité pénale de celui ou ceux qui l'avaient sous leur responsabilité³⁴⁸. En ce sens, la responsabilité est entendue comme celle du gardien d'une *personne*. Non point que cette dernière eut été nécessairement déclarée irresponsable ou encore incapable sur le plan du droit³⁴⁹, mais que son état de santé justifie qu'elle s'en remette, par l'expression de son consentement, entre les mains du professionnel de santé justifiant de sa compétence à pouvoir la prendre en charge. Dès lors, la faute doit être certaine, c'est à dire qu'elle doit être la cause directe du dommage subi, et, en ce sens, émanant ou non de l'acte médical, elle doit en tout état de cause être perçue comme un fait extérieur à la logique protectrice de celui-ci.

3. Donner une raison à l'action en justice pour homicide volontaire

132.- Pour qu'une plainte pour homicide volontaire puisse être retenue par un procureur de la République, il s'agira de relever un faisceau d'indices permettant d'identifier tout d'abord qu'il existe bien une mort suspecte³⁵⁰. La mort, nous l'avons dit, n'est pas une surprise dans le sein de la structure hospitalière, *a fortiori* dans les derniers instants de vie de la personne malade. Elle fait partie du quotidien du personnel accompagnant. Pourtant, c'est bien par cette habitude de côtoyer la mort et ses signes avant coureur, que le personnel peut être le premier

cette approche synonymique ne semble pas satisfaire à une exigence réaliste qui verrait dans la règle éthique le fondement universel d'une application de la règle morale dans l'ordre public comme le suggère à ce propos les termes grecs de *ethos* qui s'appliqueraient singulièrement, et celui latin de *mores* qui s'appliqueraient dans un ordre politique, ce lui de la *polis*, de la cité. Nous renvoyons sur ce point aux développements de J.-M. Trigeaud notamment dans *Droits premiers*, op. cit.

³⁴⁸ En ce sens la Cour de cassation relève la responsabilité criminelle des médecins en dedans ou en dehors d'un geste d'euthanasie, et ce dès lors qu'il existe des indices suffisants en vue de relever qu'un geste extérieur d'administration de substances toxiques à la personne a entraîné la mort de celle-ci ; en l'espèce la Cour considère que l'injection par intraveineuse d'une dose d'équanil permet d'apprécier que les faits, objet de l'accusation, sont qualifiés crime par la loi. » Voir en ce sens, sur l'exclusion de l'euthanasie, C. cass. ch. crim., 24 juin 2008.

³⁴⁹ Nous reviendrons sur ce point en aval tant il nous est apparu indispensable de relever une confusion entre le prononcé d'une incapacité de droit, fruit d'une décision judiciaire légalement formée, et une incapacité d'état implicitement imposée par le corps médical, et implicitement admise ou subie par le malade, *a fortiori* en état de mort imminente. Il s'agira dès lors de relever comment un comportement infantilisant de la personne malade conduit à désubstantifier celui-ci de son intégrité, de sa dignité.

³⁵⁰ Sur la qualification pénale, voir M.L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, op. cit., n° 233 s.

témoin de ce qu'il identifiera comme une mort survenue dans des circonstances propres à témoigner d'une discordance dans un processus « naturel »³⁵¹. Nombre d'affaires en la matière ont démontrées que c'est bien souvent au sein d'une même équipe soignante que la dénonciation prendra racine.

133.- Ainsi, simplifiant sans aucun doute à l'extrême l'analyse pénaliste, et ce dans l'intérêt de notre propos qui n'entend pas traiter spécifiquement de droit pénal, retenons que pour donner un point d'appuis factuel à l'interprétation, premièrement de l'article 221-1 du Code pénal, il s'agira de faire en sorte que la personne suspectée puisse se voir imputer un fait ayant directement engagé le pronostic vital du mourant. La commission du fait criminel implique que la personne y ayant procédé l'ait fait consciemment, et en vue de donner la mort. La volonté d'écourter la vie du patient, ce que l'on nomme *animus necandi*, demeure l'élément déterminant en la matière, en vue de qualifier le meurtre en adéquation avec les termes de l'article 221-1 du Code pénal. De plus, il faut comprendre la nécessité d'un acte intentionnellement spontané. Il ne s'agirait pas ici de regarder pour le moment une intention préméditée, certainement bien plus grave en la matière. Une telle hypothèse de préméditation est dans les faits, bien souvent, rendue impossible, tant l'accompagnement des personnes en fin de vie implique une cohabitation de plus ou moins longue durée, permettant aux différents protagonistes d'établir des liens pouvant aller jusqu'à la filiation de cœur. En revanche, il est possible de considérer l'acte de passion, qui, dans un élan spontané, face à une souffrance apparaissant insupportable pour le malade, mais également insupportable à l'appréciation souveraine de celui qui engage sa responsabilité dans l'irréparable de commettre l'acte criminel, deviendra cause de mort.

³⁵¹ Sur ce point, il conviendra en effet de nous accorder quant à la terminologie tant elle paraît essentielle sur un plan sémantique ainsi que quant à ses conséquences de nature théorique ainsi que philosophique. Par hypothèse, la vie est un processus naturel, à tout le moins témoin de la reproduction perpétuelle des êtres vivants composant la *phusis* platonicienne ; « selon Platon, la *phusis*, comprise comme le naturel de l'homme, opère à la manière d'un héritage qu'aucune éducation ne saurait intégralement effacer » : L. Monteils-Laeng, *Phusis et païedia chez Platon : la fabrique d'une nature humaine idéale*, Scripta Philosophiae Naturalis, 1 : 1-11, 2012, pp. 1-2. Ainsi nous devons admettre que dans tout processus de vie, la *phusis* comprend la venue au monde comme commencement, puis la mort comme phénomène de passage à un autre état. Ainsi, en admettant la *phusis* comme nature, nous admettons que la mort est un phénomène naturel, nous positionnant sur un plan théorique rejetant toute admission d'une quelconque assistance à la mort.

C. Causer la mort

134.- Le rapport à la mort est en perpétuelle évolution, et causer la mort, à l'heure de la systématisation des frappes chirurgicales des armées, serait parfois devenue un fait banal. **Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'apprécier la mort à l'hôpital, il faut parvenir à rendre compte des différentes hypothèses de droit pénal, permettant ainsi d'identifier des situations où les atteintes à la personne contreviendraient avec la promesse de « belle mort », celle qui doit rester la mort légale.** C'est ainsi que la mort provoquée serait d'abord celle de l'homicide volontaire (1.) pour lequel la complicité serait le plus souvent une cause de participation altruiste consentie (2.). Pourtant, et ce malgré une législation facilement *déresponsabilisante*³⁵², les dispositions actuelles ne suffiraient pas en réalité à faire disparaître des actes de mort par omission ; ou, en tout cas, il serait encore judicieux de ne pas les négliger (3.).

1. Aperçus sur la mort volontaire

135.- Donner la mort³⁵³, acte singulièrement responsabilisant, peut engager une démarche *quasi* mystique, une mission de délivrance des âmes souffrantes, prisonnières de ce corps devenu insupportable³⁵⁴. En simplifiant les choses, une telle mission engagée démontrerait dès lors une préméditation dans la commission de l'acte, engageant ainsi une toute autre

³⁵² Ce sur quoi nous reviendrons en deuxième partie lorsque nous traiterons de la responsabilité à proprement parler.

³⁵³ Ici, sans trop s'éloigner de la présente étude, ni entrer dans les détails d'une analyse de nature anthropo-psychologique, voir philosophique et métaphysique, il convient cependant de noter la nécessité d'envisager le rapport à la mort de l'Homme. Ainsi, la mort est un vécu exclusivement envisagé sur un plan projectionnel, se rapportant à celle de celui qui est face à moi. Elle est le rappel au *moi* de sa propre mortalité, et à mesure qu'elle est insupportable, alors celle de l'autre semble devoir être apaisée, comme si le *moi* engageait sa propre destinée, dans celle de cet autre. Il y a ici un dépassement *quasi* mystique, se rattachant à un jugement moral, voir eschatologique, tant il paraît indispensable à celui qui décide de commettre la mort en vue de se délivrer de la souffrance de l'autre, canalisée en soi, et ainsi de répondre à la satisfaction *quasi* charnelle d'une délivrance, apparente. C'est en ce sens que Jankélévitch le rappelle dans son « *La mort* », où cette mort ne peut être conjuguée que par un « je » mourant, seulement quand elle s'engage pour ce « tu » mort. Et c'est en ce sens que le droit suisse justifie la possibilité d'une assistance au suicide. Il ne s'agit pas d'une légalisation de l'euthanasie, mais bien d'une justification de l'assistance au suicide pour des raisons altruistes, en conformité parfaite à la philosophie de Jankélévitch.

³⁵⁴ L'extrême rationalisme faisant scission entre corps et esprit implique une dissociation des souffrances, faisant primer l'intégrité physique sur celle qui lui est ontologiquement sous-jacente celle de l'esprit. Ce rapport de dissociation est une constante qui demeure dans le fait déterminante du passage à l'acte : il convient de voir sur ce point les rapports d'enquête ainsi que les déclarations de personnels soignant lors des procès en assises.

qualification des faits de nature criminelle. Ici, à partir du moment où des faits préparatifs, des comportements, des dires peuvent constituer une suspicion suffisamment certaine d'une intention de commettre l'acte criminel³⁵⁵, alors, l'imputation se fera non plus sur le fondement de la spontanéité, mais sur celui de l'assassinat. Outre le fait que la règle de droit change, prévue en ses modalités punitives à l'article 221-3 du Code pénal, il devient évident qu'en l'espèce, le personnel soignant visé se trouve bien au-delà de sa mission d'accompagnement.

136.- Si, par hypothèse, le meurtre impliquant une volonté spontanée, enfermée dans un temps court, celui de la limite *quasi* indistincte entre la réflexion et l'action, serait excusable par le fait que la personne a pu être dépassée par une émotion envahissante, un rapport passionnel et dénué de tout professionnalisme dans un instant de singulière implication intuitionnelle³⁵⁶, l'assassinat ne peut être pareillement apprécié. En effet, dès lors que l'intention précède significativement l'acte, la personne dépasse effectivement la spontanéité d'analyse, si erronée soit-elle, de la problématique de l'accompagnement. Prévoir de donner la mort est ainsi bien souvent accompagné d'un pluriel dans la commission de l'acte³⁵⁷, l'altruisme en la matière semblant n'avoir que peu de limites. Notons enfin que le fait de donner la mort à une personne en état de faiblesse chronique, par handicap ou vieillesse, mais surtout, en l'espèce, à raison de sa maladie, constitue une circonstance aggravante au sens de l'application de l'article 221-4 du Code pénal. Il devient donc indispensable de regarder l'éventuelle complicité, ou tout au moins l'implication de la volonté de la *personne*-mourante dans la commission de l'acte criminel, ce qui serait non pas une cause d'exonération de responsabilité, mais constituerait au moins un indice quant à la raison du passage à l'acte.

³⁵⁵ La Cour de cassation étant attentive à ces indices pouvant justifier de la qualification du meurtre à l'assassinat, comme par exemple dans l'arrêt, C. cass. 24 juin 2008, préc., où la Cour constate les propos rapportés devant témoins indiquant *l'animus necandi* du médecin biologiste incriminé.

³⁵⁶ L'altruisme suisse, la compassion religieuse poussée à son paroxysme ; dans une interprétation allant au-delà de celle de l'âme pour considérer la souffrance dans le corps, comme siège de la souffrance de l'âme, en inversant peut-être les termes corps et âme dans leur rapport d'interdépendance et chronologiquement dans leur manifestation, bien que sur un plan métaphysique il ne puisse être valable d'envisager une quelconque chronologie, ni une quelconque hiérarchie, l'être primant sur tout et faisant tout procéder par lui-même.

³⁵⁷ Dès lors, l'imputation du fait d'assassinat sera bien généralement suivie de celle de l'article 221-2 punissant la récidive de l'acte de meurtre celui s'étant acquitté d'une première aide se désinhibant prendra confiance et la certitude que ce qu'il fait est bon.

2. Mort provoquée et hypothèse de complicité euthanasique

137.- Peut-on analyser la complicité de celui qui commet le meurtre ? Certaines statistiques ont estimé que 40% à 50% des morts en Europe résultaient d'une décision médicale³⁵⁸. Cela ne signifie bien évidemment pas qu'elles sont toutes le fait d'une intention de donner la mort par l'emploi d'une justification médicale, ou euthanasie, mais cela souligne l'extrême médicalisation de notre société jusque dans la mort³⁵⁹, faisant participer le mourant à la décision, dans la mesure où cette dernière doit nécessairement procéder d'une coopération. Sauf que lorsque celle-ci s'inscrit dans un processus de mortification, la qualification pénale peut venir entacher la décision. Il apparaît qu'en l'espèce, il conviendrait de se référer à la notion d'euthanasie, ou plutôt *aux notions d'euthanasie*, ainsi que d'assistance au suicide, afin de donner les premiers éclaircissements quant aux enjeux de la qualification pénale pouvant être le plus facilement retenue dans le cadre de la mort survenue durant la période d'accompagnement de fin de vie.

138.- Le terme d'euthanasie, bien que de formulation grecque, n'est point exprimé pour la première fois par les hellènes de l'Antiquité³⁶⁰ mais par « Francis Bacon qui estimait que le rôle du médecin était non seulement de guérir, mais aussi d'atténuer les souffrances liées à la maladie et, lorsque la guérison était impossible, de procurer au malade une « mort douce et paisible. » »³⁶¹. L'euthanasie est donc littéralement la « bonne » « mort », la mort douce, et non la « belle mort », la mort légale.

139.- Cependant, ce n'est que dans une conception moderne que cette mort douce a trouvé une définition qui restreint ses modalités, et procède systématiquement d'un acte émanant

³⁵⁸ Sur la décision médicale, voir D. Truchet, *La décision médicale et le droit*, in *L'intervention publique dans le domaine de la santé*, AJDA 20 septembre 1995.

³⁵⁹ I. Jablonka, *L'euthanasie en débat*, *La Vie des idées*, 7 avril 2009.

³⁶⁰ Voir en ce sens sur l'usage des pratiques euthanasiques sous l'Antiquité hellénistique, S. J-F Hauger, B. Py (ss dir.), *L'euthanasie en France : perspectives législatives...*, op. cit. : « Ainsi à Sparte, durant l'Antiquité, l'euthanasie était couramment adoptée sur des nouveaux-nés mal formés. C'était alors une forme d'eugénisme... A la même époque Platon préconisait aux médecins de « s'occuper des citoyens qui sont bien constitués de corps et d'âmes (...) mais de laisser mourir ceux dont le corps est mal constitué. » D'apparence eugéniste, Platon semble davantage prôner une forme d'euthanasie passive sur le fondement de la sélection naturelle. »

³⁶¹ *Encyclopédie Hachette multimedia*. Th. More la décrit sans la nommer ainsi dans son *Utopia*, où il parle de *voluntary death*, la recommandant lorsqu'à des « maux incurables se joignent d'atroces souffrances que rien ne peut suspendre ou adoucir », Th. More, *L'utopie*, Librio, Paris, 2003, p. 91.

d'une personne³⁶² et non plus pouvant aussi être le fruit d'un commandement extérieur à la volonté individuelle³⁶³. Elle est désormais provoquée ou commise, mais non point naturelle comme l'entendait, en simplifiant quelque peu sa pensée, Bacon. Elle se distingue donc dans son vocabulaire par une double, voir même, une triple acception différenciant euthanasie active volontaire, euthanasie passive volontaire et euthanasie involontaire, qu'elle soit active ou passive³⁶⁴. Sans s'attarder sur ces questions, retenons seulement que la frontière reste ténue entre le fait de donner la mort de sa propre initiative, et de donner la mort sur requête de la personne mourante.

140.- Quoiqu'il en soit, la sollicitation du mourant, même suppliante, ne peut exonérer celui par le fait duquel a été commis l'acte ayant entraîné la mort³⁶⁵. La plupart des actes de meurtre en milieu hospitalier prennent la forme d'empoisonnements. En réalité plus exactement par administration de substances nuisibles, ce qui aurait pour conséquence principale de faire permuter la qualification de l'acte volontaire de donner la mort en acte involontaire. Toutefois, ces qualifications seraient artificielles, car nous affirmons, et il faut quelque prise de risque pour le faire, elles ne pourraient se justifier en raison du fait que nul médecin, à moins d'être d'une particulière incompétence, ne saurait prétendre ne pas savoir

³⁶² En l'espèce la personne peut être un personnel soignant médecin ou non, mais aussi un accompagnant, famille ou ami, voir même la personne de confiance désignée. La question de la responsabilité de la personne, en tant qu'individu sujet de droit devra également interroger la responsabilité de l'établissement hospitalier au sein duquel s'est déroulé un tel acte.

³⁶³ La notion de volonté ainsi que la notion de consentement seront déterminantes lorsqu'il s'agira d'étudier les cas de responsabilités, mais également la capacité de la personne lorsqu'elle est strictement désignée comme mourante.

³⁶⁴ Voir en ce sens notamment, M. Tooley, *Voluntary euthanasia : active versus passive, and the question of consistency*, in *Revue internationale de philosophie*, vol. 49, n° 193, 3/1995, pp. 305-323. ; ou encore, O. Guillot, *Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie*, Aspects du droit de la santé, Journées suisses, Ass. Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 8-12 juin 2009, où l'auteur distingue euthanasie active directe, euthanasie active indirecte, euthanasie passive et suicide assisté ; ou encore D. Manai-Waerli, *Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie en droit suisse*, Aspects du droit de la santé, Journées suisses, Ass. Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 8-12 juin 2009 ; ou encore dans un sens relevant l'inexistence d'une telle justification permettant d'établir une distinction sur un plan éthique : E. Folot, *Étude comparative France-Québec sur les décisions de fin de vie : le droit sous le regard de l'éthique*, mémoire de maîtrise en droit non publié, université de Sherbrooke et université Montpellier-1, 2010. ; en ce sens voir également à S. Philips-Nootens, *La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec*, R.D.U.S, 40, 2009-10 ; ou encore Sénat, note de synthèse du 19 mars 1999 faisant les mêmes distinctions entre les différents types de pratiques euthanasiques.

³⁶⁵ Pourtant le débat fait rage sur un plan politique, et c'est là que certaines résistances tentent d'introduire des critères rationalistes et moralisants en vue de justifier l'euthanasie en tant que terme générique. Il y eu des précurseurs en la matière justifiant de l'art de mourir par l'abandon de toute référence à une quelconque croyance en raison de son caractère symptomatique d'une pathologie d'ordre physiologique : voir en ce sens Ch. Binet-Sanglé, *L'Art de mourir. Défense et technique du suicide secondé*, Albin Michel, 1919, réédité en 2007 ; ou encore, pour une défense du droit d'accès à l'euthanasie, par le renouveau d'une autonomie de la volonté fondée sur l'abandon de la volonté d'ordre publique à une volonté individuelle auto déterminée, C. Pelluchon, *L'Autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, PUF, collection « Léviathan », Paris, 2009.

que tel ou tel produit administré ne pouvait avoir pour conséquence directe d'abrégé l'existence d'une personne. C'est d'ailleurs en ce sens que le législateur a entendu faciliter, bien qu'ayant strictement encadré, en apparence, les possibilités, la possibilité d'écourter la vie de celui pour lequel il n'est plus admissible de s'obstiner à chercher de solutions thérapeutiques. Voilà pourquoi il nous paraît plus exact de continuer à considérer l'empoisonnement, certes plus grave en terme de poursuites pénales, mais certainement plus proche de la réalité. En effet, celui-ci serait la qualification pénale retenue en vue d'imputer un fait dommageable ayant entraîné la mort³⁶⁶. Le plus souvent il s'agirait de l'empoisonnement car il peut être invoqué, à charge de défense, comme l'administration d'une dose que le mourant n'a pu supporter compte tenu de son état de faiblesse³⁶⁷, avec l'intention de le soulager. Or, lorsqu'il s'agit bien de la volonté avérée d'administrer une dose en vue d'entraîner la mort, le fait sera dès lors qualifié au regard de l'application de l'article 221-5 du Code pénal. Le meurtre pourra être requalifié en assassinat en vertu de l'application de l'article 221-3 du présent code, et ce selon les modalités précédemment détaillées, ainsi que les implications théoriques évoquées.

3. Aperçus sur la mort par abstention

141.- L'acte criminel d'omission prévaudrait sur celui qui consiste à donner directement la mort. Ainsi en est-il lorsque l'auteur présumé du fait criminel n'a pas eu l'intention de donner la mort par la réalisation d'un geste fatal, mais lorsque le geste, source de l'action imputable à l'auteur présumé, a pu avoir pour conséquence directe la mort du malade en fin de vie, et ce quand bien même l'état de santé du mourant pouvait favoriser la survenue de la mort³⁶⁸. La maladie ne peut justifier la survenue de la mort comme facteur déclenchant de celle-ci

³⁶⁶ Art. 221-5 du Code pénal.

³⁶⁷ Ceci pouvant servir d'argument en faveur de la reconnaissance d'une pratique d'euthanasie involontaire ou encore passive, par le seul fait de l'accomplissement d'un acte médical, comme vu dans le rapport du Sénat en 2004 (Sénat, Etude de législation comparée n° 139, novembre 2004, *Les droits du malade en fin de vie*, Note de synthèse) au sujet de l'introduction d'une forme d'euthanasie passive au texte de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti : sans légaliser l'euthanasie, la loi indique que les traitements ne doivent pas être poursuivis par une "obstination déraisonnable" et fait obligation de dispenser des soins palliatifs. C'est semble-t-il par la systématisation des soins palliatifs et donc de l'administration de substances psychotropes que la porte est entre ouverte à l'euthanasie passive, ou tout au moins activement allégée et recommandée légalement, faisant obstacle au refus du patient d'exprimer son refus en raison d'un commandement moral à voir ses souffrances prises en charge, allégées, repris en tant que politique de santé publique, et consacrée en droit positif.

³⁶⁸ Il s'agit de la recherche des causes de la mort ; voir en ce sens V. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, Revue Gén. dr. Médical, hors série 2008, pp. 3 s.

lorsqu'en réalité il s'agit bien de l'administration d'une substance extérieure à l'organisme qui en constitue la source causale³⁶⁹. *Une telle observation renvoie à la problématique liée à l'obligation des personnels soignants de conduire le malade en fin de vie vers une unité de soins palliatifs, justifiant en quelque sorte légalement un forme de passage à l'acte criminel, par abstention.*

142.- Cette obligation est comprise *a contrario* du devoir³⁷⁰ de ne point poursuivre de traitement par le fait d'une « obstination déraisonnable »³⁷¹. La loi oblige d'une certaine manière à sortir le patient mourant du service spécialisé dans lequel il est hospitalisé jusqu'alors, pour une pathologie déterminée et spécifiquement prise en charge, afin de le rediriger vers un service de soins palliatifs, en tant que celui-ci est le service se justifiant par son état de mourant. Il constitue le service hospitalier spécialisé quant à l'accompagnement vers la mort³⁷². S'appuyant sur le fondement de la continuité de l'obligation de soins jusque dans la mort, le législateur entend obliger le transfert des mourants vers la prise en charge spécialisée de la souffrance³⁷³. Ceci dénote d'une rationalisation extrême³⁷⁴, d'une gestion administrative de la mort, fruit d'une politique de santé³⁷⁵ qui attribue une place spécifique à chaque malade compte tenu de sa pathologie et des modalités de celle-ci sur un plan

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Ce devoir correspond à l'introduction d'une forme d'*euthanasie passive* au texte de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti, et précisée à l'art. L 1110-5 du Code de la santé publique, légalisant les « soins visant à soulager [la] douleur », et invitant « le médecin [qui] sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 » renvoyant à la définition des soins palliatifs en tant qu'ils sont « des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. » ; mais aussi l'art. R. 4127-37 du Code de la santé publique, modifié par décret n°2010-107 du 29 janvier 2010 - art. 1 et par Décret n°2010-107 du 29 janvier 2010 - art. 2, **relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement**, renvoyant aux articles L. 1110-5 et R. 4127-38 du Code de la santé publique pour les modalités relatives à « la limitation ou un arrêt de traitement ».

³⁷¹ L'expression d'« obstination déraisonnable » suffirait à elle seule à faire état du basculement théorico-philosophique que le législateur a opéré. Abandonnant l'acharnement thérapeutique, le législateur entend adoucir l'accompagnement en promettant une « belle mort » suggérée par la présence de la *raison* dans sa formulation.

³⁷² Art. L. 1110-10 du Code de la santé publique auquel renvoie l'art. L. 1110-5.

³⁷³ Voilà là tout l'esprit de la loi du 22 avril 2005 résumé en cette seule maxime : « Laisser mourir sans faire mourir. ».

³⁷⁴ Voir S. Henneute-Vaucher, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant*, in S. Henneute-Vaucher, ss. Dir., *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 29.

³⁷⁵ Selon F. Dreifuss-Netter, *Les malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, La documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 926, 2006, p. 6, la loi de 2005, introduisant une telle conception de l'éthique, « intègre, dans une perspective morale et religieuse rénovée, la notion de qualité de vie à l'inverse d'une conception étriquée du maintien de la vie à tout prix. » ; elle fait en cela écho aux travaux avant-gardistes de personnels soignants comme le Dr M-S Richard qu'elle cite à ce propos.

thérapeutique³⁷⁶, et ce en vue de considérer la personne mourante au regard des dangers de l'incrimination par abstention.

143.- Bien qu'en quelque sorte légalisée³⁷⁷, il s'agirait d'identifier, *premièrement*, l'hypothèse de l'homicide involontaire, *euthanasie passive*, précisée à l'article 221-6 du Code pénal. Ainsi, l'hypothèse pénale visée très tôt par les tribunaux³⁷⁸, trouve son fondement dans le droit privé du respect de l'intégrité de la personne³⁷⁹, éclaircie dans le domaine déontologique de la pratique médicale par la double obligation non concomitante, ni additionnelle, de moyen ainsi que de résultat³⁸⁰. Cependant, les critères d'imprudence, de négligence, de maladresse ou d'inattention classiquement retenu en matière d'infraction involontaire ne peuvent raisonnablement pas être considérés comme opérant relativement à la situation de l'euthanasie indirecte. En effet, dans pareille situation, la personne concernée par la commission de l'acte connaît nécessairement les conséquences de son acte³⁸¹. C'est au moyen de l'article 121-3 du Code pénal³⁸², relatif à l'intention que le juge peut envisager le degré d'implication effectif dans la qualification des faits.

144.- Deuxièmement, il s'agirait d'examiner l'hypothèse tout aussi fondée, du devoir de protection et de garantie de l'intégrité de la personne, traduite en déontologie médicale, et codifiée au Code de la santé publique, à savoir le devoir d'assistance jusqu'à la mort³⁸³, et ce dans le respect de tout les protocoles à la fois juridiques, et médicaux, ces derniers étant subordonnés aux premiers. Ainsi, le délit de non assistance à personne en danger³⁸⁴, se

³⁷⁶ Une telle hypothèse renvoie directement à l'idée d'une mort pathologique en ce sens qu'elle se retrouve prise en charge en tant qu'identifiée en tant que telle : la mort n'est pas biologiquement un instant comme dans le champ du droit, bien que ce dernier connaisse des évolutions également quant à son approche de la mort en différentes phases, mais plutôt une succession d'étapes et dont l'accomplissement se doit d'être prise en charge en chacune d'elles ; c'est l'objet même des soins palliatifs qui assurent l'accompagnement du mourant sur un plan strictement thérapeutique.

³⁷⁷ A l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

³⁷⁸ Voir en ce sens, C. cass. crim. 23 juin 1838, S. 1838, I, 626.

³⁷⁹ En tant que droit relevant de l'ordre public et traduisant une liberté individuelle.

³⁸⁰ Que l'obligation de soin soit de moyen ou de résultat, cette obligation demeure identiquement fondée sur l'accès de tous aux soins garanti constitutionnellement : C. cl. 74-54 DC 15 janvier 1975 faisant référence au Préambule de 1946 en son alinéa 11 : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » et introduisant par là même ce dernier a bloc de constitutionnalité.

³⁸¹ Ce qu'il conviendra de détailler en matière de responsabilité.

³⁸² Art. 121-3 du Code pénal, modifié par loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 - art. 1 *JORF* 11 juillet 2000, **tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.**

³⁸³ Art. L 1110-5 du Code de la santé publique.

³⁸⁴ Art. 223-6 du Code pénal, relatif à la non assistance à personne en péril étant entendu qu'une telle qualification correspond parfaitement à l'image philosophique que le législateur a de la mort la considérant comme un danger, pour la vie.

différenciant fondamentalement de l'assistance au suicide³⁸⁵ par l'implication directe de la commission d'un acte, en l'espèce en état de mort imminente, à raison de l'absence de l'administration de soins, pourrait être regardé comme faisant ressortir la responsabilité de celui qui se sera abstenu³⁸⁶. Notons, qu'il ne faudrait pas omettre qu'en pareille hypothèse, le renoncement à intervenir, émanant de la part du personnel compétent, pourrait l'exonérer de toute responsabilité à la fois pénale, mais également civile, en réparation du dommage subi par les ayants droit³⁸⁷ pour la perte d'un être cher, dès lors que le mourant aurait exprimé au préalable son vœu, en certaines circonstances, légalement prévues, de ne pas faire l'objet d'un quelconque *acharnement thérapeutique*, repoussant l'échéance d'une mort qui s'imposerait à tous³⁸⁸. Ainsi, et ce malgré la généralité du problème qui pourrait conduire à de bien plus amples développements, retenons que les dispositions légales actuelles semblent être largement suffisantes afin de continuer à considérer que la mort provoquée, facilitée, ou par abstention fautive, doit encore constituer un dépassement du cadre normal de la sacralité de la protection de la vie. Et si de telles arguments ne suffisaient pas, il existent avant ceux-ci, dans l'ordre logique de leur émergence, des causes relevant d'une dimension ontologique, de nature éthique.

D. Arguments éthiques justifiant ou prohibant le fait de *causer la mort*

145.- Quand bien même le fondement légal prohibant l'acte *euthanasique* n'existerait pas³⁸⁹, les moyens normatifs permettent de relever des actes criminels dans le cadre médical. Dans les circonstances de la fin de vie, la mort étant dans l'esprit de tous³⁹⁰, il est parfois tentant,

³⁸⁵ Art. 223-13 s. du Code pénal qui sanctionnent la provocation au suicide, l'aide ou l'assistance au suicide.

³⁸⁶ A considérer que cette situation puisse correspondre à une euthanasie passive, le juge fonderait sa décision sur l'art. 223-6 du Code pénal relatif à la non assistance à personne en péril.

³⁸⁷ Voir en ce sens notamment pour préjudice d'accompagnement par exemple, TGI de Nanterre, 2 avril 2010, préc. ; voir encore TA de Clermont-Ferrand, 1^{ère} ch. 25 mai 2010, n° 0901954, pour un préjudice d'accompagnement. Notons que ce type de préjudice est très souvent requis, tout comme dans les mêmes affaires, les préjudices économiques ou encore préjudice d'affection.

³⁸⁸ C'est le sens même de l'esprit de la loi du 22 avril 2005 contre tout acharnement thérapeutique introduisant en pratique une forme de légitimité à la pratique de l'euthanasie passive. C'est en ce sens que certains tribunaux font preuve d'une certaine indulgence compte tenu des situations et de personnes en présence. L'affaire Humbert en fut une preuve manifeste.

³⁸⁹ Ce qui serait vrai pour une définition faisant état de distinctions entre les différents types d'euthanasie ; or rappelons que l'article R. 4127-38 du Code de la santé publique prohibe expressément l'euthanasie active.

³⁹⁰ De toute évidence, l'atmosphère qui règne dans les services de soins palliatifs est intensément teintée par la mort, et par une réflexion sur sa survenue et ses conditions. Des entretiens menés auprès de personnels soignants qui vouent leur vie professionnelle à l'accompagnement des personnes à la mort ont pu faire ressortir une extrême sensibilité à l'égard du sujet même lorsque celle-ci se voile dans une apparente distance mise à l'égard de toute forme d'empathie, ceci révélant en réalité une profonde réflexion humaine sur l'accompagnement, et

pour certains personnels soignant, de vouloir venir en aide aux malades-mourants, au-delà de ce que dit le droit³⁹¹. Et, en réalité, la majorité des pratiques *euthanasiques* ne sont pas déclarées, celles-ci faisant l'objet d'une forme d'acceptation culturelle³⁹², s'inscrivant progressivement dans les mœurs entre parenthèse de l'application du droit³⁹³. C'est peut-être même la raison pour laquelle il existerait une sorte de basculement théorique et philosophique profond, justifiant progressivement l'euthanasie, de telle sorte qu'il serait possible d'annoncer qu'elle n'entrerait plus, d'ici quelques années, comme terme contradictoire dans le champ du thème de la fin de vie.

146.- Pour le moment, retenons que dès lors que l'autorité judiciaire a connaissance d'une mort suspecte³⁹⁴, il s'agira pour le procureur de la République de relever le lien causal entre la mort du patient et le fait de commission du personnel soignant, ou de toute personne pouvant être suspectée d'avoir contribué à écourter la vie de la *personne-malade-morte*. Si en pratique, nous l'avons vu, l'incrimination est assez aisée à relever³⁹⁵, du fait notamment bien souvent

ainsi un débordement évident sur la vie privée de ces personnels. Il semble « difficile d'oublier les yeux de celui que l'on accompagne jusqu'au bout. » : propos recueillis auprès d'une jeune infirmière exerçant en soins palliatifs.

³⁹¹ Certains justifient même cette possibilité par le vœu d'une reconnaissance de « l'absence totale de limitation au nom d'une liberté totale dans la disposition de soi et de son corps et des progrès de la science » ; B. Lemennicier, *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?*, Droits, bioéthique, personne et droit, n° 13, 1991, pp. 111.

³⁹² Sous l'influence d'un débat dont les éléments sous-jacent bien souvent improprement rapportés ne touchent pas un grand public ; or celui-ci décide sur des opinions irrationnelles, et influencées par là même par les expériences voisines, qui, *vues de loin*, semblent toujours meilleures qu'il en est dans la pratique ; ces raisonnements spéculatifs sont le fruit de la consécration d'une *démocratie sanitaire*, issue de la loi du 4 mars 2002, qui a rendu obligatoire la participation du plus grand nombre, de tous, y compris ceux ne fondant leurs approches que sur des opinions, et autorisant toutes les dérives injustifiables sur le plan des théories et des sources du droit.

³⁹³ Cette mise entre parenthèse fait semble-t-il écho à la mise en *epochée* philosophique d'une phénoménologie heideggérienne justifiant le fait de pouvoir, au nom d'un commandement moral, la règle de droit qui semble s'opposer à ce qui est plus digne. C'est en ce sens que le CCNE, dont il s'agira de comprendre la nature eu égard à l'émergence d'un *extra-droit* de la santé de comité, a publié un avis sur la question des malades en fin de vie et en vient à la conclusion d'une justification, sur un plan moral, d'une *exception d'euthanasie*, sous condition du respect de la collégialité tant dans la prise de décision que dans la pratique même que prendra cette exception. Et si la loi Leonetti de 2005 y fait explicitement référence, cette euthanasie passive trouve son fondement sur un critère moral, celui d'un altruisme dont le fondement éthique ne peut être justifié autrement que par la participation à un impératif catégorique pouvant imposer une responsabilité morale dissociée de celle juridique, au dessus de celle-ci dans l'échelle des applications pratiques. Cette forme de scepticisme de la pensée d'un être-*personne* au-delà de la personne physique renvoie à une philosophie eudémoniste de la satisfaction immédiate d'une volonté individuelle, cette dernière répondant en réalité à un idéalisme sous-jacent à sa pensée invoqué sous la forme d'une liberté. Cette dernière est le second principe fondateur du droit de la santé chez J-M Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, op. cit, pp. 39, 55-59.

³⁹⁴ Directement ou par l'intermédiaire d'une plainte déposée auprès d'une gendarmerie ou d'un commissariat. Voir M.L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, op. cit.

³⁹⁵ Ceci se justifiant par l'exigence quant à la certitude de la faute. Voir par exemple le cas du médecin régulateur du SAMU qui après un interrogatoire superficiel et incomplet envoie un médecin de quartier plutôt que l'une des ambulances disponibles ; il commet une faute caractérisée : C. cass. crim. 2 décembre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 226, p. 911. Il sera nécessaire de revenir plus en aval sur une analyse critique des interprétations

des aveux de ceux qui ont commis les actes criminels³⁹⁶, sous forme de *revendications*, les fondements théoriques (2.) paraissent quant à eux plus profondément enracinés dans une approche juridico-éthique, moins immédiatement perceptible, et que le législateur français (3.) parviendrait à faire apparaître au moyen d'un *biodroit de la santé* (1.). Procédant en réalité d'autant d'artefacts que les sciences humaines peuvent en produire (4.), le législateur français qui demeure prudent³⁹⁷, trouverait à se rassurer quant à son refus de l'acte euthanasique, car paraissant parfois en porte-à-faux au regard de ses voisins, lorsqu'il s'agirait de considérer la position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (5.).

1. *Biodroit pénal de la santé et dessein euthanasique*

147.- Le droit de la santé sur lequel le dessein euthanasique se fonderait, tenterait d'élire celui-ci en s'appuyant sur un sous-jacent de nature éthique. C'est au moyen d'outils d'interprétation de cette nature que la norme juridique émerge dans un langage approprié³⁹⁸ à sa compréhension, et son application concrète par les profanes du droit. Ainsi, si la prohibition de l'euthanasie est justifiée en droit, c'est qu'en amont il existe des oppositions d'ordre éthique qui justifient une telle interdiction.

148.- La condamnation des faits de mort volontaire ou involontaire³⁹⁹ suggère que nul ne peut décider de la mort, sous quelque fondement que ce soit, à moins que cela soit la sienne, et par ses propres moyens, sans aucune assistance, cette dernière hypothèse constituant un acte de suicide, acte non responsable sur le plan pénal⁴⁰⁰. En état de mort imminente, dans un

du juge dès lors qu'une telle hypothèse permet un tel procès, conformément à la nécessité de trouver sur qui faire peser la responsabilité pénale.

³⁹⁶ Cas de causalité directe « déterminante » : voir C. cass. crim. 25 septembre 2001, *Bull. crim.* 2001 n° 188, RSC 2002, chron. p. 100, obs. Y. Mayaud.

³⁹⁷ Peut-être plus pour très longtemps : voir La lettre de François Hollande candidat adressée au CCNE et prenant ouvertement position en faveur d'une réforme permettant l'accès à un genre d'euthanasie active, ou de suicide assisté. La presse prenant désormais le relais *afin de préparer le terrain*.

³⁹⁸ Rappelons sur ce point, et renvoyons sur les justifications du fondement éthique du droit, l'ouvrage de J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., *passim*.

³⁹⁹ Principes inscrits au code pénal aux articles 221-6 s.

⁴⁰⁰ Le suicide n'est plus un crime depuis l'avènement du Code pénal de 1810 et la dépénalisation de cette sorte d'homicide volontaire, si ce n'est par des internements d'office sur ordonnance préfectorale ; cependant l'incitation au suicide est un délit précisé aux articles 223-13 à 223-15-1 du Code pénal sous la forme de la « provocation au suicide ». Dès lors, le fait de faire l'apologie de son suicide à venir pourrait être considéré comme relevant de ce délit ; d'autre part, il convient de s'interroger sur l'influence, sur des personnes en état de faiblesse, de détresse, de toute une série de revendications justifiées par des associations de tous ordres, de colloques médicaux, voir même jusque dans les propos du CCNE justifiant en certaines circonstances de

état de santé diminuant les capacités tant physique que moral, il est bien évidemment peu envisageable, et *a fortiori* dans le cadre hospitalier, sous une surveillance accrue du personnel soignant⁴⁰¹, de considérer un acte de suicide volontaire. C'est pourquoi même, il est bien rare que l'assistance au suicide, dans le cadre hospitalier, ne fasse pas l'objet d'une quelconque revendication sur le plan moral de ceux qui seront reconnus responsable sur le plan pénal. Il existerait donc des positions éthiques. Et c'est bien à partir de cela, par choix, que nous devons comprendre les fondements théoriques, dans l'ordre éthique, qui s'opposent à l'admission légale de la mort assistée, voir même commise.

2. Ethique et théories de l'euthanasie

149.- Les fondements théoriques reposent en la matière sur une base éthique aux sources variées⁴⁰², reposant essentiellement sur un commun kantien assimilé à la notion de dignité⁴⁰³. C'est ainsi qu'au sein d'une même Union européenne, des états voisins engagent des politiques de *légalisation*, ou tout au moins de tolérance, et parallèlement de criminalisation des pratiques *euthanasiques*. Ainsi, les Pays-Bas voisins ont, depuis 1995 déjà, légalisé l'euthanasie, jusqu'à en ouvrir ses possibilités aux mineurs de quinze ans. En Suisse, l'euthanasie n'est pas légalisée, mais, en revanche, le suicide assisté y est toléré⁴⁰⁴. Ces pays voisins de la France ont opéré un basculement légal reposant sur un socle théorique ayant un sous-jacent philosophique qui permettait une telle transition dans les droits de la personne à disposer d'elle-même, de sa vie jusque dans le choix des modalités et du moment de sa mort, et ce en vertu d'un encadrement normatif, garantissant ses droits et entourant cet instant d'une protection médico-légale⁴⁰⁵. Les fondements éthiques de ces deux exemples sont à tout le moins distincts de ceux de la France. Retenons que si la norme française repose essentiellement sur une justice dont l'État garantit ses fondements en vertu de la notion de *res publica*, les Pays-Bas ainsi que la Suisse, avec des différences de fond pourtant, défendent

certaines largesses interprétatives eu égard à des formes d'euthanasie passives et ce, semble-t-il, dans une sorte de déni du droit applicable.

⁴⁰¹ Ou plus exactement des moyens techniques et différents branchements dont ils disposent.

⁴⁰² Le droit positif reposerait sur des sources qui seraient tant religieuses que philosophiques ; voir F. Mbala Mbala, *op. cit.*, pp. 33 s.

⁴⁰³ *Ibid*, pp. 79 s.

⁴⁰⁴ Le code pénal la tolère puisque l'article 115 prévoit de punir l'assistance au suicide si elle est causée par des « motifs égoïstes ».

⁴⁰⁵ Même s'il existe en pratique de nombreuses controverses sur lesquelles nous ne nous attarderons pas ; voir en ce sens P. Hazan, *La chambre du dernier voyage*, Journal Libération, 16 octobre 2002.

plutôt une théorie du droit fondée sur l'individualisme hédoniste d'une philosophie allemande *objectivisante*, un idéalisme⁴⁰⁶. La France ne serait d'ailleurs pas totalement réfractaire à cette philosophie, et, en réalité, nous verrons que de nombreuses évolutions pratiques procèderaient de l'assimilation des principes d'interprétation épistémologique issus de celle-ci.

150.- Ainsi, la notion d'éthique, ou *discipline de l'être en devoir-être*, fondé sur un sous-jacent philosophique⁴⁰⁷, reposerait sur *un pragmatisme idéaliste à la française*⁴⁰⁸. L'éthique devrait donc être comprise, en France, comme la science de la pluridisciplinarité⁴⁰⁹, car elle est avant tout *bioéthique*, et par là dépasserait le seul cadre de la philosophie, pour entrer dans le champ de la multiplicité : tant au niveau de ses sources, que de ses modes d'expression ; l'émergence d'un *biodroit*⁴¹⁰ en serait la preuve manifeste. Nombre de sciences, autres que la philosophie⁴¹¹, occupent le terrain de la théorisation de l'éthique de la mort. Celle-ci n'est plus éthique, au sens d'une application d'un aspect de la philosophie morale la considérant comme une unité de sens et de valeur. Elle serait désormais, dans le sens commun, exclusivement *bioéthique* dans son rapport au malade, ce qui en reviendrait à affirmer le caractère empirique de cette science nouvelle de la morale, du seul fait de mettre en avant, au premier regard sur la *personne-malade-mourante*, ses aspects *biomédicaux*⁴¹². Immédiatement saisie comme

⁴⁰⁶ Voir en ce sens toute une philosophie depuis E. Kant, G. F. Hegel, J. G. Fichte, A. Schopenhauer, F. Nietzsche, M. Heidegger ou encore S. Kierkegaard, leurs approches connaissant toutes leurs résurgences dans les fondements de la justification du suicide assisté ou encore de l'euthanasie sous toutes ses formes par le critère de la *volonté propre*, élément nécessaire à toute philosophie idéaliste et positive.

⁴⁰⁷ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.

⁴⁰⁸ L'idéalisme français, celui de J.-P. Sartre, M. Foucault, P. Ricoeur, notamment, s'inspire des sciences humaines empiristes telles que la sociologie de E. Durkheim pour opposer une résistance théorique à la justification de l'euthanasie. Pourtant des évolutions récentes montrant des rapprochements théoriques font la preuve que la législation française pourrait prochainement évoluer en la matière.

⁴⁰⁹ La formation du CCNE intègre une telle pluridisciplinarité que celui-ci justifie comme nécessaire à l'émergence de tout consensus d'idées : « La loi assure au CCNE une pluridisciplinarité et un pluralisme qui permet de croiser les regards et les opinions sur chaque question. », CCNE, propos tirés du site internet du CCNE relatif aux membres de celui-ci. La loi à laquelle il est fait référence est en l'occurrence celle qui définit le cadre légal des missions du Comité ainsi que son statut juridique : loi 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁴¹⁰ Voir C ; Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, pré cité.

⁴¹¹ Qui elle-même a bien souvent mutée en psychanalyse.

⁴¹² Voir en ce sens « les principes de la bioéthique » chez R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, ibid, p. 20. L'auteur entend définir la bioéthique comme la science faisant l'interprétation éthique des « aspects purement techniques ou économiques des traitements » en « rapport avec le principe du respect de la personne ». Ainsi, si l'expression de la bioéthique se traduit par un discours qui prend des données empiriques pour point de départ eu égard à l'indicible de la personne, *inquantifiable par nature*, la science qui en procède est nécessairement spéculative et empirique. C'est ce que l'affirmation selon laquelle « l'intervention de la technoscience, en multipliant les dissociations, [...] fait intervenir des ruptures dans les continuités anciennes et ouvre [...] le questionnement éthique » : G. Bourgeault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales, prolégomènes pour une bioéthique*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1990. Et une telle hypothèse correspondrait en plein à ce que le législateur entend dire de la bioéthique, la définissant en lien à des notions telles que la dignité, l'intégrité, eu égard à la pratique médicale dont nul n'est sensé ignorer le caractère exclusivement empiriste. Ainsi en est-il lorsque le législateur entend garantir le respect de la dignité de chacun

phénomène *biologique*, la personne mourante serait donc soumise à analyse, et en ce sens, que ce soit l'éthique, ou plutôt la *bioéthique*, en tant que moyen d'observation global, ou l'euthanasie, en tant que réponse possible à une situation, le critère biologique semble s'imposer comme fondement théorique relatif à la définition de la fin de vie. Toutefois, malgré les apparentes certitudes offertes par la connaissance relevant de cet ordre, celles-ci ne sauraient parvenir à s'imposer en matière légale.

3. La timidité du législateur français à prendre une position ferme

151.- Le législateur français parviendrait encore à imposer le refus de la pratique euthanasique sur les fondements relevant de critères *bioéthiques*. C'est au moyen d'une addition de justifications de divers horizons et qui, procédant de l'intégration du critère médical dans l'interprétation de l'éthique à l'aune du respect de la vie sous toutes ses composantes, qu'il entendrait faire des éléments empiriques du droit au respect à la vie⁴¹³, autant d'aspects à caractère juridique⁴¹⁴, provenant de sources *bioéthiques* de la santé, formalisées à l'occasion en droit de la santé⁴¹⁵. En l'espèce, il apparaît que, la loi, et plus

par des professionnels de santé qui mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition » (art. L 1110-5 CSP), sous entendu les moyens dont ils ont la connaissance et la pratique, relatifs à une acception essentiellement *biotechnologiques*.

⁴¹³ Le respect du droit à la vie est ainsi décomposé comme suit et non exhaustivement en : droit au respect de la dignité, art. 16 du Code civil en droit privé, ou encore art. L 1110-2 du Code la santé publique en droit public ; voir en ce sens B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Rec. Dalloz, 23^e Cahier. Chron. 1997, pp. 185-188 ; mais aussi en droit au respect de l'intégrité de la personne humaine à l'art. L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles 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. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés : 1° le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité [...] ». ou encore art. 222-1 à 222-6-3 du Code pénal ; il apparaît que ces droits ne suffisent pas à définir le droit à la vie, et que celui-ci reste même controversé notamment quant à la possibilité d'y attenter, ce qui est légalement possible conformément à l'article 16-3 du Code civil qui stipule qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui », mais aussi à l'article L 1110-8 du Code de la santé publique ; la question de l'euthanasie semble ici opposer la plus farouche résistance au caractère absolu et fondamental du droit à la vie, l'article 2 de la CEDH le consacrant, engendrant nombres de soucis à ce qui souhaiteraient le relativiser à un droit à la mort ; voir J-P Baud, *Le droit de vie et de mort*.

Archéologie de la bioéthique, *ibid*, l'auteur explicitant la confusion entre ces notions en apparence unies.

⁴¹⁴ Voir en ce sens J.-M. Clément, *Droits des malades et bioéthique*, Berger-Levrault, Broché, Paris, 1996, pp. 43-46 et 90-99 ; l'auteur aborde l'idée selon laquelle la bioéthique sert de sous-jacent à l'émergence de toute une série de droits tels que le droit de penser, et son interdiction de tout signe attentatoire à son expression, ou encore le droit à la propriété corporelle. Il conviendra de revenir sur ce dernier point.

⁴¹⁵ Voir J-M Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, op. cit., sur le troisième principe fondateur qu'est celui de l'égalité-équité ; l'auteur, entendant d'abord démontrer les différenciations théoriques entre la notion d'égalité et celle d'équité, y préférant la seconde, conformément au rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en date du 11 septembre 2003 intitulé *La Réforme des systèmes de santé en Europe : concilier équité, qualité, efficacité.*, supposant ainsi que l'égalité, contradictoire de la liberté est un principe purement absolu et irréalisable dans l'ordre du droit positif compte tenu des inégalités entre chacun par nature :

largement le droit, dès lors *biodroit*, soit le garant ultime de cette arithmétique de la santé. Voilà certainement pourquoi lorsqu'une *affaire d'euthanasie* ressurgit, le débat vient systématiquement à nouveau opposer partisans et opposants, comme s'il était d'une part possible de concilier leurs voix, et d'autre part comme s'il était possible de transiger en faveur de l'un ou l'autre sans caricaturer la réalité des enjeux, sans idéaliser les termes sacrés de la vie.

152.- C'est certainement la raison pour laquelle cette inconciliabilité conduit encore, tant que l'opinion n'est pas totalement préparée à une mutation légale de sa perception morale de la vie, que le législateur se réserve un temps avant de passer à l'acte. Notons qu'en la matière, une grande partie des partisans se retrouvent au sein du corpus médical dans son acception la plus large⁴¹⁶. Ce sont à la fois le personnel soignant, ceux-là même qui interviennent directement sur le malade mourant, mais également les intervenants plus indirects que sont les sciences de la psyché, qui entendent faire état de fondements théoriques permettant de rendre admissible l'euthanasie⁴¹⁷. L'absence de consensus, celui-ci étant déjà une erreur en lui-même, reposerait avant tout sur l'artificialité des fondements sur lesquels reposeraient les théories favorables à l'assimilation de l'euthanasie à l'accompagnement de la fin de vie.

4. Artificialités théoriques

153.- Les fondements éthiques d'espèce sont autant d'artefacts de sciences humaines, en rien fondés sur une science solide de l'homme. Toutes se fondent sur un vouloir et non un devoir, ou bien encore sur un devoir de l'autre d'assister celui qui veut mourir. Il s'agit d'une interprétation extensive du droit à la vie qui engendrerait *a contrario* un droit à la mort⁴¹⁸. Le

« C'est que l'homme, dans sa nature, recherchera à tout prix une égalité qu'il ne pourra atteindre et le droit tentera d'apporter une réponse par l'équité, en recherchant toujours le juste. », J-M Clément, *ibid*.

⁴¹⁶ Voir en ce sens les déclarations du professeur Schwartzberg préc.

⁴¹⁷ Ces fondements théoriques sont tous en lien au développement d'une critique doctrinale dans le monde du droit qui entend dénoncer une trop envahissante technicisation, technologisation du rapport au malade, cette « médecine technicienne » dénoncée notamment par F. Dreifuss-Netter, *ibid*, p. 10.

⁴¹⁸ Voir en ce sens le seul titre suffisamment évocateur de J-P Baud, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, op. cit., l'auteur semblant suggérer qu'il existerait intrinsèquement au droit à la vie un droit à la mort. Cette approche est tout à fait explicative de la pensée moderne d'une vie et d'une mort envisagées sous leurs seuls critères empiriques, dictant dès lors les conditions même de la bioéthique, celle-ci se substituant à l'éthique. L'opposition droit à la vie et droit à la mort nous paraît *surannée*. Voir tout de même, pour une approche de philosophie contemporaine, M. Foucault, *Droit de mort et pouvoir sur la vie*, in *La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, Paris, 1976, pp. 177-191.

premier étant notamment défini par le critère de la dignité, les partisans d'un accès à ce type de droit à la mort invoque également le droit au respect d'une mort digne.

154.- Or la dignité ici invoquée reposerait avant tout sur une volonté égotique, détachée de tout devoir-être d'être, de tout fondement ontologique. Au mieux, il s'agirait d'une dignité ontique, idéalisant l'ontologique en le soumettant à l'universellement transcendantal, en ce sens que la personne serait à même, lorsqu'elle sentirait la fin de sa vie se rapprocher de décider d'y mettre un terme estimant que ce qui suivrait serait indigne de la vie. Or, ceci ne serait qu'une projection irréfléchie non pas de la vie, mais de sa vie, « méconnaissance [totale] de l'homme »⁴¹⁹, de ce qui fait ce qu'il est. Ce refus de l'existence, quelque en soient les circonstances, rendrait totalement artificielle, non seulement la conception que la personne se fait de sa propre existence, mais plus largement, l'existence en elle-même, car l'assujettissant à toutes les facéties que les désillusions humaines peuvent suggérer. Voilà pourquoi, dans un cadre des plus fragile, les passions sous-tendues par de telles hypothèses, nécessairement fabriquées, doivent être canalisées par des institutions fortes, capables de révéler la véritable teneur des débats, en rappelant les droits fondamentaux de l'homme, avant en quelque sorte que celui-ci ne décide d'en dessiner les contours.

5. La position rassurante de la CrEDH

155.- La position de la CrEDH n'entend point, elle-même, systématiser l'application d'un droit à la mort, interprété *a contrario* de celui à la vie⁴²⁰, et rejette toute intégration de celui-ci au *corpus* des **droits de l'homme**, anéantissant même la possibilité de son existence⁴²¹. Ainsi, la CrEDH a déclaré, à l'unanimité, que le suicide n'entraîne, pour l'instant, dans le champ d'aucun **droit de l'homme**, ni de l'article 2 de la Convention protégeant le droit à la vie. C'est en ce sens qu'« en conséquence, la Cour estime qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un « droit à mourir », que ce soit de la main d'un tiers (ou par l'abstention de l'intervention de ce tiers), ou avec l'assistance d'une autorité publique. » **La Cour des droits de l'homme, entend rappeler que le droit à la vie doit être compris comme le droit de la vie, à savoir que toutes les résistances de nature théorique, éthique et**

⁴¹⁹ Batiffol considérait que le refus, en règle générale, pouvait procéder d'une « méconnaissance de l'homme », dans ce qu'il a de plus indicible ; voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 166.

⁴²⁰ Art. 2 CEDH.

⁴²¹ CEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

philosophique doivent être employées à refuser l'intégration d'un permis de « tuer » aux droits de l'homme, alors même que cela se justifierait sur un plan moral. Moral et éthique ne signifiant pas la même chose⁴²², la Cour renvoie aux souverainetés nationales le soin de légiférer en la matière, selon la ligne morale de chaque politique de santé conduite par les Etats. *A contrario*, donc, la Cour ne condamne pas non plus la légalisation de l'euthanasie, lorsqu'elle procède de la seule volonté souveraine de l'Etat.

156.- Voilà pourquoi, au départ, dès lors que la personne est en situation de souffrance, c'est au personnel médical de tout mettre en œuvre en vue de prolonger la vie du mourant dans les meilleures conditions possibles⁴²³, et ce *jusqu'à ce que la mort vienne*, dans un processus naturel qui lui est reconnu médicalement. Le fondement théorique d'une telle hypothèse serait l'expression d'un devoir-être d'assister le mourant, dans la continuité d'une forme de bien être. Cette vision purement hédoniste de l'être, concevrait la germination de l'individualisation des traitements, sur le fondement du ressenti personnel du mourant. L'équité serait donc le principe premier de toute *bio-éthique*, dont le droit positif entendrait garantir le principe de non-discrimination en termes généraux et égalitaires, reposant sur une solidarité dans l'application circonstanciée d'une équité permettant « à chacun, en fonction de sa liberté, de bénéficier des soins en conséquence »⁴²⁴. Ainsi, qu'elle soit d'origine éthique ou *bioéthique*, la conception de la *personne*-mourante reposerait sur des fondements fragiles, de telle sorte qu'il ne serait pas évident, en apparence, de déterminer les arguments les plus favorables à sa définition. Or ceci constituerait une épreuve dans la rencontre entre le droit, en général, et la médecine, qui semble avoir ses propres règles, au-delà même de son aspect réglementaire attaché au Code de déontologie, ce qui en constitue déjà une matière juridique. Et c'est certainement la systématisation de l'approche médicale de la *personne* qui va exacerber cette difficulté, là où, en simplifiant quelque peu le mouvement global, législateur, jurisprudence et doctrine vont, pas nécessairement à l'unisson, tenter de donner une réponse en essayant de conceptualiser définitivement le mourant.

⁴²² Nous reviendrons sur ce point lorsqu'il s'agira de définir la dignité que nous supposons comme un acquis formel pour le moment.

⁴²³ Art. L1110-5 du Code de la santé publique.

⁴²⁴ J-M Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, *ibid*, p. 60.

Paragraphe.IV. La médicalisation de la *personne* : l'avènement de la *personne-malade-mourante*

157.- Si le droit moderne repose de toute évidence avant tout sur une conception de la *personne* qui est issue du raisonnement de type cartésien⁴²⁵, il ne pourrait pour autant se réduire à une classification exclusivement taxinomique, arithmétique ou encore axiologique⁴²⁶ lorsqu'il se trouve face à la complexité du réel dans son expression sensible, lorsqu'il touche aux droits subjectifs. Ceux-ci sont, par hypothèse, ceux qui rendent effectif l'être de la *personne*⁴²⁷. Pour autant, lorsqu'il s'agira de considérer la quintessence de ce qui représente notre image la plus subjective de la conscience de ce que nous sommes⁴²⁸, lorsqu'il s'agira de protéger, de garantir la protection de cet intime le plus indicible qu'est la *dignité*, le droit se devra de retrouver ses apparences axiologiques, bien que, circonscrire le réel à cela, semble rendre plus difficile encore la tâche du « juger juste et du raisonner droit »⁴²⁹.

158.- C'est alors que le **juge, à l'avant-garde en des matières politiques** à l'image de la situation d'une requête à l'assistance à la fin de vie, ouvre la porte à une conception qui, de droit commun, emporte pénalisation de l'acte : le droit de mourir dans la *dignité* devient alors

⁴²⁵ A savoir une dialectique matérialiste excluant toute métaphysique d'un être-*personne* transcendant et participant de l'Être ontologique.

⁴²⁶ Voir sur la positivité mathématique du droit, P.-P. Ottonello, in *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, *ibid*, pp. 98 et svt. L'auteur entend préciser l'exigence artificielle d'un idéalisme naturaliste qui prend les moyens pour des fins, et créé ainsi des modèles types qui ont prévu leur propre extinction par leur existence même. Ce à quoi J.-M. Trigeaud semble faire écho en précisant que ce droit relationniste, anti-humaniste, post-rawlsien, fait de l'homme une réduction à sa propre « nature empirique et factuelle : il est un particulier nominaliste, atomisé dans son instinct égoïste. » : J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, *ibid*, p. 165.

⁴²⁷ Les droits subjectifs sont ceux qui sont dictés par le *sub jectum* latin, ce qui est sous-jacent, et qui en cela n'a nul besoin d'être précisé par un langage limitatif, positif, mais nécessite seulement du droit d'être protégé en son aspect principal. La personne est entendue en son aspect substantiel, ce qu'elle est derrière son apparence sociale. La personnalité juridique porte donc essentiellement des droits subjectifs, ceux qui font la personne en potentialités irréductibles, et s'exprime par la manifestation de droits objectifs qui la font entrer dans le corps social, et qui sont déjà une forme de « droit public » contre des manifestations de volonté propre, contrevenant à l'ordre le plus subjectif de l'altérité. Voir en ce sens les développements de J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, 9, pp. 173 et svt. sur *Subjectivité et personnalité juridiques* ; mais aussi, du même auteur, *Droits premiers*, BPC, 20, Bière, Bordeaux, 2001, pp. 174-175 ; ou encore, L. Bagolini, *Justice et Société*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1995, pp. 42 et svt. sur les notions d'hétérogénéité et d'homogénéité relativement à celle d'altérité, ainsi que sur la commune identité entre droit public et droit privé procédant et descendant de la « conception générale du droit et [variant], pour le moins, de position et de perspective, en fonction de la variation de cette dernière. », *ibid*, pp. 151-152.

⁴²⁸ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, pp. 113-114 ; opérant une distinction entre *prosôpon* intérieur et *prosôpon* extérieur le second n'étant que l'apparence du premier en tant que matière première saisissable derrière laquelle « se cache presque » le premier, l'auteur décrit par la négation ce qu'est la personne *prosôpologique*, substantielle, noétique, cognitive et médiatrice. Ce que nous sommes en tant qu'irréductible à des classifications d'ordre social.

⁴²⁹ Ph. Pédrot, *Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ?*, *RD sanit. Soc.*, 38(3), juill.-sept., 2002 ; C. Peyron-Bonjan, *Force et logique des discours*, *RJJD*, 1991.3.3.

interrogation quant au droit au suicide assisté, lorsque la CrEDH s'interroge sur le cas de Mme Pretty en 2002. La situation de la *personne-malade-mourante* ne se pose plus en termes singuliers, mais présuppose une généralisation normative de son état, à celui de tous, de telle sorte que la loi a, au préalable⁴³⁰, garanti ses relations au contexte techniciste, médical qui va suffire à la définir. Il s'agit de regarder alors l'avènement de la médicalisation de la *personne-malade-mourante*, dans un langage du droit spécifique et limitatif (A.), engendrant par là toute conséquence propre à questionner ce qui fait paraître le mourant : la maladie *souffrante*. Ce serait d'ailleurs en partant du principe que la souffrance est particulièrement complexe à soulager⁴³¹, que la facilité de la question euthanasique réapparaîtrait comme moyen *bioéthique* (B.). A partir de telles observations, le *philosophe du droit* s'interrogera quant à la pertinence de l'existence d'un statut spécifique de *personne-malade-mourante* (C.).

A. Le phénomène de légifération de la médicalisation de la mort

Une révolution de l'ère du « tout » technologique

159.- Ce n'est finalement qu'assez récemment que l'homme est venu finir sa vie à l'hôpital. Et, c'est sans nul doute possible, en raison des espoirs de prolongement de la vie, la médecine moderne ayant largement su le suggérer, que la vie elle-même s'est progressivement médicalisée. En ce sens, c'est l'ensemble de son étendue qui est entrée dans le champ des compétences médicales, de la naissance jusqu'à la mort, et a ainsi mis à l'épreuve des notions aussi subjectives, et non abstraites, que celle de *dignité* ; celle-ci semblant, une fois de plus décidément, s'imposer comme fil conducteur. Et pour ce faire, le législateur s'est fait grammairien. En effet, lorsqu'il entreprend de définir une notion, ou encore d'éclairer de sa lanterne l'une d'entre elles, force est de reconnaître l'habileté dont il fait preuve. Créer une véritable taxinomie de la *dignité* deviendrait alors chose plus aisée lorsque la pluridisciplinarité s'offrirait comme solution à la synthèse du définir⁴³². La dignité devient

⁴³⁰ *A priori* kantien de la *raison pratique*.

⁴³¹ Ce sur quoi nous reviendrons spécifiquement.

⁴³² Voir en ce sens les approches de V. Fournier, *La prochaine éthique biomédicale*, conférence donnée à l'Université Victor Segalen Bordeaux 2 dans le cadre du cycle de conférences « L'invité du Mercredi » / Saison 2007-2008 sur le thème « Demain, Après-demain ». Service culturel Université Victor Segalen de Bordeaux 2 / DCAM. V. Fournier, qui a participé à l'ouverture du Centre d'éthique clinique à l'hôpital Cochin, fonde la définition de la dignité sur une difficulté car elle est dépendante de la question *éthique* et ne peut s'exprimer que sur le terrain, au cas par cas. Dans un langage de sociologie et d'anthropologie, elle rappelle qu'il existe une double conception de l'éthique : une faisant aller le cas vers le principe et l'autre du principe au cas. S'appuyant sur la conception aristotélicienne de l'éthique, elle semble prendre position pour une éthique pratique car entend dénoncer des principes qui ne nourrissent pas assez le concret. C'est en ce sens qu'elle préconise l'intervention

objective par la loi qui l'introduit textuellement à son corps, même si le législateur ne veut pas en dénaturer l'essence subjective. En effet, lorsque l'on comprend la notion de dignité, il faudrait y voir la « convenance envers soi que nul ne peut interpréter »⁴³³. C'est ici la question de la liberté, en tant que commandement de la volonté, soumise à l'impératif légal. Que puis-je attendre de la vie que la loi m'autorise à pratiquer afin de me garantir le meilleur pour me connaître digne jusque dans la mort ? Ce serait là tout l'enjeu de la nécessité de médicaliser le rapport à la *personne-malade-mourante* jusque dans le langage du droit.

160.- Évasif sur le terme, le législateur embrasse la *dignité* du malade lorsque dans l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique, il rappelle en ces termes que « la personne malade a droit au respect de sa dignité ». Or dans un profond mouvement de passage pragmatique à l'*objectivisation* de la notion, le législateur précise ce qu'il entend en faisant écho à la notion. Ainsi, être *digne*, c'est avant tout rendre conforme une disposition à une autre, la première renvoyant donc implicitement à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Pour ne pas faire l'objet d'un quelconque *acharnement thérapeutique*, mais également pour pouvoir faire reconnaître son droit au respect de son intégrité. La médicalisation serait alors le passage obligatoire du droit subjectif au droit objectif en vue de voir garantir un droit maximum à la dignité. Trop *abstractive*, la notion ne devrait être comprise que par une *circonstanciation a priori*. Mais elle devrait être aussi attributive : elle serait avant tout destinée à celui qui est mourant, plus que jamais considéré, spécifiquement, car dans les derniers instants de sa vie⁴³⁴. Plus encore que la médicalisation de la maladie, c'est celle de la mort qui précise les contours de « la difficulté qu'il y a à établir un rapport serein avec la mortalité de l'homme. »⁴³⁵.

d'une pluridisciplinarité des acteurs qui doivent définir le comportement éthique-biomédical, « bioéthique », afin de favoriser le concept de démocratie sanitaire. Soutenant son approche au moyen de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti, elle rappelle que le principe de l'intervention conjointe des praticiens, en amont, en vue de définir, va se parfaire sur le terrain par l'intervention du patient, donnant libre court au droit de chacun de s'exprimer. Cette position est en parfaite adéquation avec celle que défend depuis plus de trente ans le CCNE qui est fondamentalement pluridisciplinaire.

⁴³³ Ph Pedrot, *ibid.*

⁴³⁴ En ce sens se dessine la conception même du mourant que peut se faire le corps médical qui circonstancie l'existence à cet instant de fin de vie, niant le tout de la personne qui a *existé avant*, et privilégiant ainsi le moment présent résumé en cette seule apparence-déchéance : « Accompagner c'est donc avant tout être conscient qu'on a près de soi une personne en fin de vie, une personne qui a besoin de trouver dans les yeux des autres la confirmation de la valeur de sa vie, de la valeur de la présence qu'elle offre encore pour peu de temps. », M. Périneau, *Le malade et sa famille face à la maladie grave*, Congrès 2003 de la SFAP.

⁴³⁵ B. Cadoré, *Médicalisation de la mort : déni ou créativité*, in *La mort médicalisée*, Ethica Clinica, 98/9, 1998, p. 3.

161.- Rationaliser la mort⁴³⁶ serait le meilleur moyen de rassurer patients et personnels soignants, en tant que finalité objective, par l'accomplissement légal de l'exigence médicale. C'est ici que la raison cartésienne semble se dissoudre dans une démarche qui se veut axiologique, à la recherche du circonscrire nominaliste de l'activité médicale (**1.**), inscrivant la liberté dans un *biodroit*, comme cœur de toute l'expression légale relativement à l'autonomie de la volonté des mourants⁴³⁷ (**2.**).

1. La nécessité d'encadrer les pratiques médicales d'accompagnement de fin de vie : la marche du bioéthique

162.- Ainsi, le discours philosophique, propre à « méditer sur la mort » tel que le prétendait Platon lui-même⁴³⁸, n'a eu de cesse de parcourir les arcanes d'une codification du respect de l'*être* dans sa plus noble et pure essence, codification issue d'un *être* au-delà de l'humanité⁴³⁹, d'un principe premier, d'un *supra-sensible*⁴⁴⁰ pour emprunter au discours kantien. Il s'agirait

⁴³⁶ Voir en ce sens la conception acquise que le corps médical exprime quant à la médicalisation de la mort. Pour libre exemple, M. Baum, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, in *Revue Politiques sociales*, numéro spécial « Ethique et santé », mai 2001, p. 1, pour une approche différente quant au fond législatif, l'auteur étant belge (Professeur, Unité d'éthique biomédicale, Université catholique de Louvain) et la Belgique est un de ces Etats européens qui a vu l'euthanasie être légalisée, mais uniformément défendue par l'ensemble de la communauté médicale européenne sur l'avènement d'une mort cérébrale comme critère distinctif. Voir aussi, V. Billiet, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie : étude des controverses actuelles autour de l'euthanasie*, Thèse de médecine, ss. dir. M. Dr Comyn, présentée et soutenue le 4 novembre 2004. L'auteur entend dénoncer toute forme d'acharnement thérapeutique qui ne considérerait « la vie biologique aux dépens du vécu et des désirs de la personne malade. » Elle entend préconiser l'abandon de tout acharnement thérapeutique ce qui semble être un mouvement entamé, tout au moins légalement, de puis la loi du 9 juin 1999 relative aux soins palliatifs. Elle interroge ici le corps médical face à ce sentiment persistant d'échec non pas face à la mort, mais en suite des nombreuses tentatives de soins, et il y aurait là une forme d'acharnement ; elle préconise alors une rationalisation des soins s'appuyant sur une enquête entreprise en 1997 : E Ferrand, R. Robert, P. Ingrand, et coll. *Withholding and withdrawal of life support in intensive-care units in France: a prospective survey*. *Lancet*, 6 janvier 2001, 357 (9249), pp. 9-14.

⁴³⁷ Dépassant les critères existentiels matérialistes, au sens d'une philosophie hégélienne refusant tout empirisme formaliste.

⁴³⁸ C'est dans le *Phédon* que Platon présente la doctrine du rapport que le philosophe se doit d'entretenir avec la mort, et ainsi le rapport que l'homme doit entretenir avec la maladie qui l'y conduit. Platon y condamne fermement le suicide et par là l'euthanasie en faisant dire à Socrate que si la connaissance de toute chose ne peut être atteinte que par la mort (*Phédon*, 66e), il convient à l'homme de désirer se libérer de son corps. Or, il ne peut le faire, car il doit contribuer au bien-être de la société. La connaissance seule peut être le prélude à cette libération promise par la mort qui est donc un passage réjouissant pour le philosophe qui se verra délivré des vicissitudes liées à la contingence de la manifestation. Platon, *Phédon*, op. cit., pp. 99-110.

⁴³⁹ En ce sens Platon se sert de l'analogie de l'appartenance de l'esclave à son maître pour montrer la relation des humains avec Dieu et pour condamner le suicide. Platon, *Phédon*, *ibid.*

⁴⁴⁰ Dans sa Critique de la faculté de juger, Kant affirme les limites de la raison théorique, le criticisme stimulant l'activité de la raison pratique. La science rencontre selon lui des limites infranchissables : elle ne peut en effet connaître que les objets d'une expérience possible. Il admet pourtant que cette connaissance est une reconnaissance, pourtant e suprasensible dont elle procède est inconnaissable. Kant récuse ainsi le dogmatisme de la métaphysique. Il estime que les métaphysiciens précritiques ont fondé des systèmes colossaux sur la base

de la dignité dans sa manifestation éthique et sociale⁴⁴¹. C'est en ce sens qu'il est apparu nécessaire de circonscrire toute approche politique de la santé du mourant, afin de faire ressortir la quintessence d'une étude sur la garantie d'une vie digne jusque dans la mort, préconisation dès lors légalement encadrée par la loi du 22 avril 2005, et reprise à l'article L. 1110-5 alinéa 4 du Code de la santé publique⁴⁴²(1.1.). Les fondements éthiques de l'encadrement légal seraient *a priori* le fruit de la *bioéthique*, science de l'éthique qui se serait rendue nécessaire (1.2.).

1.1. La nécessité d'encadrer légalement la médicalisation du mourant

163.- L'accompagnement de la fin de vie semble en cela être une réponse nécessaire contre tout type d'*acharnement thérapeutique*. Si l'approche contemporaine semble novatrice, force est de constater qu'une mort digne, soucieuse d'une éthique de la vie respectueuse de l'humanité, du caractère humain de l'être, n'a rien de nouveau⁴⁴³. D'ailleurs, Socrate, lui-même condamné à mort n'eut-il pas le choix de se donner la mort par la ciguë, afin de faire valoir la noblesse de sa *personne*, tout au moins, peut être encore celle de son caractère ? Une telle démarche ne semble ignorer un droit à une mort digne, formulation aux accents provocateurs semble-t-il au regard des conclusions du rapporteur du projet de loi devant la

d'hypothèses transcendantales qui sont par nature invérifiables. Il récuse dans le même sens la prétention de la théologie à démontrer l'existence de Dieu. Pour Kant qui n'en demeure pas moins croyant, animé par la *foi*, Dieu est objet de foi et donc est inaccessible par le savoir. La raison pratique éprouve donc le besoin de postuler les objets suprasensibles que sont Dieu, la liberté et l'immortalité car, faute de pouvoir les connaître, elle doit les penser comme postulat de départ irréductible et infranchissable ; et c'est ici qu'est la métaphysique selon Kant. E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Renault, GF, Flammarion, 2000.

⁴⁴¹ D'une éthique ontologiquement saisie à une éthique axiologiquement ordonnée, c'est toute l'histoire du droit du respect de l'être humain qui serait à retracer, ce qui est une tâche d'histoire des idées et s'éloignerait formellement du présent propos.

⁴⁴² Loi du 22 avril 2005 préc. Dont l'enjeu est de créer un statut légal spécifique au mourant.

⁴⁴³ Contrairement à ce que semble prétendre B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, op. cit., p. 185. L'auteur entend faire remonter les sources du droit à la dignité de la personne humaine notamment dans le droit international de la DUDH de 1949, art. 22 ou encore en droit européen notamment dans la Convention sur les droits de l'homme et la *biomédecine* du 19 novembre 1996. Procédant d'une philosophie deleuzienne, fruit d'un idéalisme kantien, l'auteur entend faire de la dignité de la personne humaine un concept autonome résultant d'une histoire propre à lui-même « qui le fait passer par d'autres concepts ou sur des plans divers, [...] on y trouve « le plus souvent des morceaux ou des composantes venues d'autres concepts, qui répondaient à d'autres problèmes et supposaient d'autres plans. » Cette conception de la création normative par la conjugaison de concepts autonomes résulte d'une philosophie existentialiste, phénoménologique et *conséquentialiste* en ce sens qu'elle fait primer la partie sur le tout en tant que cause moyenne et première, moyen pris pour une fin. Cela est nier l'idée première de dignité à toute l'existence de la personne avant même que le droit positif ne la « consacre » ; c'est en réalité elle qui consacre le droit positif qui se doit d'être digne, avant d'être manifesté par la règle axiologiquement formée ; voir en ce sens A. Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1997, pp. 21s, et pp. 36 s., notamment sur *Les paradoxes d'un droit sans morale*, et *Normativisme positiviste et principes juridiques*.

commission des affaires sociales au Sénat en 2002⁴⁴⁴. Ainsi, garantissant le droit à la vie, au visa de l'article 16 du Code civil, rappelant la nécessité de garantir une vie digne jusqu'à la mort, et ce par tout moyen⁴⁴⁵, le droit interne marque de son emprunte pragmatiste, démocratique, l'éthique des *moyens* du mourir de notre temps.

164.- La médicalisation de la mort est légalisée⁴⁴⁶. Contrairement peut-être à ce qu'il est communément admis, la technicisation de la vie n'a pas nécessairement d'impact sur le droit qui régit la vie de l'homme. Or, la *bioéthique* serait bien cette science de la discipline des pratiques médicales appliquées à l'éthique, science de la vie, telle qu'entendue par une grande majorité de la communauté scientifique. Il est significatif de voir que la plupart des travaux réalisés en matière éthique le sont en matière *bioéthique*, celle-ci s'étant substituée à celle-là, et dans le cadre de réflexions élaborées par des professionnels de santé. Ces derniers, allant jusqu'à estimer que le droit ayant suffisamment composé en la matière, il n'est plus besoin qu'il était plus, et que c'est à la pratique de décrire les modalités d'application du *corpus* légal⁴⁴⁷. La loi de 2005 apparaît pourtant bicéphale : l'éthique qui en résulte est dualiste et dialectique, elle se contredit en elle-même. Et c'est ce qu'est la médicalisation de la mort : une contradiction entre l'accueil fait à la technicisation de la santé, et le refus de voir la vie prolongée par l'intervention d'outils qui conduisent à la faire souffrir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Rapport F. Giraud, G. Dériot et J.-L. Lorrain, au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat, n° 174.2002, t.III, annexes p. 33 : une mort digne ne pourrait exister, car « on voit mal en quoi la mort pourrait avoir une quelconque dignité ». Ceci traduit parfaitement la conception contemporaine de la mort a-hygiénique que Ariès a su si bien décrire. Et tout le droit de la santé est emprunt de cette conception tant il invite dans un mouvement de sur médicalisation du mourant à en contre partie de cet excès de prise en charge, lui donner ou imposer les modalités de sa liberté en se débarrassant de sa propre mort ; ainsi en est-il de l'art. L 1110-5 du Code de la santé publique qui refuse tout traitement acharné, invitant à quelques largesses relativement à une forme d'euthanasie passive tout en invitant le personnel soignant, au premier alinéa, à tout avoir mis en œuvre pour la sauvegarde de la vie. Cette approche bicéphale tire les contraires en sens inverses ne laissant donc plus aucune place à la convergence de la liberté et du droit s'incarnant dans la personne.

⁴⁴⁵ Préconisation confirmée en droit de la santé publique à l'article L 1111-5 du Code de la santé publique.

⁴⁴⁶ Dans le sens où la généralisation du Code de la santé publique reprenant les grands principes de droit privé que sont le respect de la dignité, de l'intégrité, de la nature contractuelle de l'engagement et ce à tous les domaines d'application du droit de la santé, démontre l'immersion dans le bain juridique à la fois des praticiens mais aussi des patients.

⁴⁴⁷ Voir en ce sens la thèse de V. Billiet, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, op. cit.

L'auteur, s'interrogeant sur les questions relatives à l'euthanasie et les modalités d'applications en l'état actuel du droit, estime que le corpus légal suffit amplement à justifier de telles pratiques qui sont dès lors applicables et appliquées dans les services hospitaliers. Notons que cette thèse fut soutenue en 2004, et donc avant l'entrée en vigueur de la loi Leonetti, cette dernière justifiant d'autant plus de telles pratiques conformément à sa thèse : « laisser mourir sans faire mourir ».

⁴⁴⁸ Voir en ce sens l'approche de Ph. Ariès qui pré-voyait le débat contemporain sur l'euthanasie ; ainsi disait-il que « le modèle le plus récent de la mort est lié à la médicalisation de la société, c'est-à-dire à l'un des secteurs de la société industrielle où le pouvoir de la technique a été le mieux accueilli et est encore le moins contesté. Pour la première fois, on a douté de la bienfaisance inconditionnelle de ce pouvoir. C'est à cet endroit de la conscience collective qu'un changement pourrait bien intervenir dans les attitudes contemporaines » : Ph. Ariès, *L'homme devant la mort*, Seuil, Paris, 1977.

165.- Or c'est ce qui arriverait lorsque les moyens de faire vivre, ou survivre, auraient atteint leur paroxysme en termes de résultats, et que désormais ils devraient être employés à faire en sorte que ce *temps gagné sur la mort* ne soit point une souffrance en inadéquation avec la nature de l'homme ; et ce que le droit doit investir en vue de sauvegarder la *personne*. En effet, la loi précise en un domaine où, avant même, et après tout avènement de la technicisation de la santé et plus particulièrement de la mort, le droit lui pré existe⁴⁴⁹. Ce droit là semble être la loi naturelle qui procède d'un *sub jectum* qui n'a nul besoin de droit positif pour exister⁴⁵⁰. La loi actuelle, forte de garantir les expressions de ce droit, aurait entrepris de faire muter un ensemble de droits subjectifs en un édifice homogène de droits objectifs, de telle sorte qu'il ne puisse y être porté d'atteinte par le seul fait de la marge d'appréciation interprétative que le subjectif suggérait. Ceci permettrait une distinction des termes et des genres par une éthique des moyens et des modalités⁴⁵¹. La conséquence en serait une spécialisation des éléments et sources objectives de ce droit de la santé⁴⁵².

1.2. Les sources *bioéthiques* de l'encadrement légal

166.- C'est après avoir justifié l'exigence *bioéthique* en la matière, face aux potentielles insuffisances de l'éthique (1.2.1.), qu'il conviendrait de reconnaître *l'accession au pouvoir* d'une *bioéthique* répondant aux exigences pratiques des jugements (1.2.2.).

⁴⁴⁹ Le droit procédant de la loi, celui que Antigone invoque contre la loi de Créon.

⁴⁵⁰ Une fois de plus apparaît l'émergence d'un droit public et politique qui contredit ou tut au moins s'oppose au droit premier et privé qui lui est sous-jacent.

⁴⁵¹ Voir en ce sens la question du « droit de mourir » chez M. Baum, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, *op. cit.*, p. 5. Ou encore dans le but d'exprimer la réduction de la dimension symbolique du droit pour faire primer le concept de sujet réunissant corps et personnalité juridique, légitimant implicitement toute possibilité d'abrèger les souffrances conformément à une conception de la vie exclusivement empirique, liée au corps, faisant de la personnalité juridique le commencement de la vie et la fin de celle-ci ; cette dernière est donc rationalisée à l'extrême et oppose un droit à sa dignité entendu empiriquement à l'image et en reflet d'un droit à la vie réuni en *droits objectifs positifs* ; voir en ce sens, C. Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, *ibid.*, p. 155 : « La réalité scientifique veut l'emporter sur l'artifice juridique, indispensable cependant pour que le droit fonctionne ». C'est ici que transparait cette conception téléologique de l'éthique, appliquée en bioéthique au droit, créant donc le biodroit.

⁴⁵² Voir en ce sens M. T. Meulders-Klein, *La production des normes en matière bioéthique*, in *De la bioéthique au biodroit*, ss. dir. C. Neirinck, *Droit et société*, LGDJ, Paris, vol. 8, 1994, p. 43. Le droit de la santé en tant que terme générique ne trouve pas à s'appliquer en un seul domaine. Il est tantôt privatiste lorsqu'il traite des droits du mourant qui est envisagé en tant que sujet de droit autonome (respect de sa vie privée par exemple), puis public lorsqu'il s'agit du mourant usager du service public (respect de la dignité de celui-ci en tant que mourant au sens du Code de la santé publique) ou encore pénal lorsqu'il s'agit d'une faute relevant d'une question d'ordre public dans le domaine des délits et des crimes.

1.2.1. La spécialisation de l'éthique

167.- Se faisant, la médicalisation de la mort serait à la fois le fruit et la graine de la *bioéthique*, celle-ci émergeant en tant que spécificité de la matière *éthique*. Très kantienement, l'éthique est ainsi renvoyée à sa seule dimension métaphysique et donc inaccessible car dans un monde présumé *idéaliste*⁴⁵³. La *bioéthique* se justifierait en tant qu'elle serait rendue nécessaire par la médicalisation⁴⁵⁴, et ce afin de dire ce qu'elle est relativement au patient, et de dire ce qu'elle est relativement au médecin. Elle est bicéphale car elle distingue les modalités d'expressions comme des fins et non des moyens de garantir les droits des patients. C'est en ce sens que le droit s'inféode lui-même⁴⁵⁵.

168.- Or, il semblerait qu'en réalité l'éthique, loin d'être insuffisante, recèlerait en elle-même, en tant que connaissance intuitive de l'être digne, l'exigence d'unité que la *bioéthique* recherche. Si la seconde en fait une quête dans la pluridisciplinarité, la première, quant à elle, ne peut être revendiquée comme appartenant à quelque science que ce soit. Elle repose en effet sur un *sub jectum* de l'unité, et ne peut en réalité se distinguer, se différencier, dans ses modalités d'expression, que dans la singularisation de sa manifestation *dans*

⁴⁵³ Voir en ce sens la doctrine de Kant dans sa *Métaphysique des mœurs*, ou encore dans sa *Critique de la raison pratique*, ou bien dans sa *Critique de la faculté de juger*, où il pose les bases de sa conception d'une métaphysique. Selon lui, sa dimension la plus subtile et élevée ne peut demeurer que dans un ordre idéal au sens d'une acception platonicienne (ce que Kant considère comme *idéalisme* là où en réalité est le plus pur *réalisme*, celui des Idées de Platon, l'ordre indépassable et irréductible du Principe, dont procèdent tous les principes régissant la nature humaine notamment, non point au sens d'un jusnaturalisme positiviste et axiologique - voir P. Otonello, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, op. cit. - mais bien d'une ontologie verticale), mais ici que l'homme ne peut atteindre, et peut au mieux tout juste penser comme réel, mais ne peut en connaître. Le critère éthique est donc extérieur à toute dimension métaphysique, et doit répondre au commandement de l'impératif catégorique ; c'est à l'homme d'en dessiner les contours en en faisant une source et non en puisant à la source.

⁴⁵⁴ Ceci ayant été vue par anticipation chez R. Savatier, *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le permis d'opérer et les pratiques américaines*, op. cit., p. 158 sur l'impossibilité « de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que le médecin, avant son intervention, s'est assuré du consentement du malade. Car, dans cette conjonction, le corps médical lui-même affirmerait, à la fois, son droit et son devoir de se soumettre le malade [...] ». La *bioéthique* semble être la réponse au danger de l'immixtion du corps médical dans l'expression de la volonté du malade en le prémunissant, *a priori* ; distinguant droits du malade et droit du corps médical, et ce faisant, consacrant les droits tels que celui d'information, du respect de la dignité de l'intégrité procédant tous d'un même mouvement de présomption du meilleur quant à ce que le personnel soignant peut prodiguer à l'égard du mourant, la *bioéthique* autorise implicitement cette immixtion de la présomption de consentement ; celui-ci est codifié au Code de la santé publique de telle sorte qu'en en dessinant les contours, le législateur a permis aux personnels soignants de s'assurer de l'obtention rationnelle du consentement, conformément à des règles pré établies : et voilà la présomption dont faisait état Savatier ; cependant il avait à juste titre prédit qu'un tel basculement engendrerait des réactions des tribunaux qui « réagiraient, naturellement, en aggravant du même coup, les responsabilités civiles médicales. », *ibid*, p. 158.

⁴⁵⁵ Dans un mouvement de politisation du droit de la santé qui devient dès lors un droit public de politique publique, niant le droit privé dont il puise les sources.

l'individu qui, en tant que *personne*, avant tout, l'actualise par son propre devoir-être. L'éthique étant la science du devoir être, la médicalisation de la mort ne pourrait pas être un obstacle au respect de cette unité première, en ce sens qu'elle ne devrait être qu'un moyen de la préserver et non un outil dictant un droit qui serait la *bioéthique* des fins⁴⁵⁶. La dignité est en cela un moyen et non une fin procédant de l'application de l'éthique à l'homme. Toutefois, les insuffisances de tous ordres, et abstenons-nous de pénétrer ici les conciliations impossibles, seraient au bénéfice de ce qui apparaît aujourd'hui être une réponse nécessaire, à savoir la *bioéthique* en tant que source du droit, à la dignité.

1.2.2. La nécessité pratique de la science *bioéthique*

169.- Il ne conviendrait pas de réfuter l'existence de la *bioéthique*, mais plutôt de lui accorder sa place seconde, celle de moyen d'expression de l'éthique. Ainsi, afin de donner un contour à la notion d'éthique il conviendrait de s'accorder à en donner, d'abord, une approche empirique, comme le suggère l'approche *bioéthique*.

170.- La dignité semble appartenir à cet univers éthique. Il en serait ainsi de la notion de liberté chez Kant⁴⁵⁷, et pour laquelle Hegel a tenté de dénoncer la viduité en dehors du cadre étatique, moment suprême de la réalisation de l'esprit objectif⁴⁵⁸. C'est l'Etat qui garantit la bonne conduite des politiques de santé, et donc la médicalisation de celle-ci, jusque dans la mort. Il fait émerger le droit qui trouve à s'appliquer, et invoque pour cela les grands principes de dignité et de liberté du patient. Ainsi la dignité reste un droit purement subjectif lié au respect de la vie privée, à la « libre appréciation des juges de l'ordre interne »⁴⁵⁹ faisant référence à la norme dont elle émane⁴⁶⁰ et dans le respect proportionné de celle-ci.

⁴⁵⁶ Voir en ce sens, M. Baum, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, *ibid*, p. 6 notamment quant à la question de la possibilité d'objectiver la « bonne mort » (référence à l'euthanasie traduite littéralement). Ici l'auteur s'interroge quant à la faisabilité d'une législation faisant basculer le médical dans le juridique en considérant que le juridique s'adapte au médical.

⁴⁵⁷ Voir notamment E. Kant, *Critique de la raison pratique*, op. cit., p.1.

⁴⁵⁸ Voir G. W. F. Hegel, *Les principes de la philosophie du Droit*, op. cit., p. 48 : « les lois du droit sont quelque chose de posé, quelque chose qui vient de l'homme ».

⁴⁵⁹ Cette formule est la conclusion que la Cour a donné à une série de requête émises en matière de fin de vie, et pour lesquelles les solutions proposées par les requérants sont toutes apparues déraisonnable et infondées pour les juges, ces derniers devant rappeler qu'en la matière ils ne pouvaient condamner un Etat qui refuserait d'accéder à pareille requête. Ainsi en fut-il dans une affaire CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, les requérants reprochant au Royaume-Uni d'être resté « en défaut de protéger le droit à la vie du second requérant et de son père décédé ». La Cour s'exprima ainsi en réponse : « La Cour note que la première phrase de l'article 2 § 1 [de la Convention] astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière

171.- La notion de liberté, quant à elle, semble désormais recouvrir les aspects d'une philosophie kantienne, ainsi que la natif de Königsberg considérait celle-ci comme matrice *suprasensible* de l'expression de l'autonomie de la volonté dans l'ordre sensible⁴⁶¹. En ce sens, la liberté du malade-mourant se voudrait être assimilée au commandement de la volonté, autonome, répondant à la norme en vigueur, conformément au droit applicable et régulant la médicalisation en une dialectique du soigner sans faire souffrir, ceci étant le respect de la dignité. Mourir sans souffrir serait la liberté *appliquée* à la dignité, ce raisonnement réfléchissant sa conformité à la décision de la CrEDH dans l'affaire *Pretty c/ Royaume-*

volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. » La seule obligation que rappelle la Cour est donc de préserver la vie. Et d'ajouter qu'« il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. » La disposition de la libre appréciation du juge est ici suggérée ; dans la mesure où l'autorité étatique ne doit pas être contrainte, le juge appréciera librement s'il doit considérer que l'Etat dont il dépend peut ou non agir conformément à l'obligation de garantir la vie. C'est dans ce contexte qu'émerge *l'affaire Pretty c/ Royaume-Uni* : la requérante invoque dès lors l'idée selon laquelle « il pèse sur les Etats membres une obligation absolue et inconditionnelle de ne pas infliger des traitements proscrits et de prendre des mesures positives pour éviter que des individus ne soient soumis à de tels traitements : CEDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*; CEDH, 10 mai 2001, *Z. c. Royaume-Uni*, p. 631, § 73. ; de plus elle considère que « les souffrances dues à la progression d'une maladie peuvent être considérées comme relevant de pareil traitement si l'Etat est en mesure de les atténuer et qu'il ne le fait pas : CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, pp. 446-449, §§ 46-54. ». Enfin, « en déniait à Mme Pretty la possibilité de mettre fin à ses souffrances, le Royaume-Uni (par le truchement du DPP) soumettra l'intéressée à un traitement proscrit. L'Etat peut éviter à Mme Pretty l'épreuve qu'à défaut elle va traverser puisque, si le DPP prend l'engagement de ne pas consentir à des poursuites, M. Pretty aidera son épouse à se suicider, épargnant à l'intéressée beaucoup de souffrances. » Voir en ce sens, CEDH, 4^{ème} sect., *Pretty c/ Royaume-Uni*, Strasbourg, 29 avril 2002, définitif le 29 juillet 2002. La Cour répond en faisant référence à de nombreuses affaires qui en apparence éloignent le propos du sujet de la mort provoquée. Cependant elle fait état d'une affaire *Rodriguez c. Procureur général du Canada* : Cour suprême du Canada, 30 septembre 1993, où la demanderesse se trouvait dans les « mêmes » conditions que D. Pretty ; le juge de la Cour suprême du Canada rendit un arrêt particulièrement contesté tant les juges s'opposèrent. En la matière, D. Pretty se vit opposer un raisonnement identique fondé sur l'autonomie de la volonté face à une obligation positive de satisfaire son souhait ; le juge Lord Hope put conclure au sujet du respect de l'article 8 : « le respect de la « vie privée » d'une personne, seule partie de l'article 8 qui soit ici en cause, se rapporte à la manière dont une personne vit. La façon dont elle choisit de passer les derniers instants de son existence fait partie de l'acte de vivre, et elle a le droit de demander que cela aussi soit respecté. A cet égard, Mme Pretty possède un droit à l'autonomie. En ce sens, sa vie privée se trouve en jeu, même si, confrontée à une maladie en phase terminale, elle tend à choisir la mort plutôt que la vie. Mais c'est tout autre chose d'extraire de ces termes une obligation positive de donner effet à son souhait de mettre fin à ses jours au moyen d'un suicide assisté. Je pense que ce serait là étendre à l'excès le sens des mots. »

⁴⁶⁰ Celle de la vie privée au visa des articles 9 du code civil et 8 de la CEDH ; c'est le juge de la CEDH qui aujourd'hui rappelle le fondement privatiste premier du droit du mourant, du respect des expressions de son existence. Le juge de la Haute Cour européenne rappelle que c'est sur le fondement de la vie privée que le mourant se voit défendre ses intérêts, et ce quand bien même les droits objectifs invoqués relèvent d'un droit public de la santé publique.

⁴⁶¹ La liberté kantienne trouve son siège et sa source dans l'indicible, « chez Dieu » ; inaccessible en son essence, Kant refuse son caractère ontologique et entend l'exprimer et la rendre possible au nom de la maxime de l'impératif catégorique ; se faisant, la liberté devient objet empirique de raison pratique loin de tout subjectivisme. Voir notamment V. Delbos, *Sur la théorie kantienne de la liberté*, in Bulletin de la société française de philosophie, 5^e année, n° 1, janvier 1905, séance du 27 octobre 1904, pp. 5-6. L'auteur entend préliminairement rappeler les cinq définitions de la liberté que Kant a pu élaborer dans la *Critique de la raison pure*, dans la *Critique de la raison pratique*, dans *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, dans la *Critique de la faculté de juger*, et enfin dans la *Religion dans les limites de la simple raison*.

Uni⁴⁶². Il est évident que le mouvement de médicalisation ainsi regardé, sous son rapport inféodant le droit à sa dialectique « laisser mourir sans faire mourir », conduirait à *biologiser* celui-ci dans un déplacement du domaine « de la médicalisation à la judiciarisation de la fin de vie »⁴⁶³. Le droit ne se fondant plus sur le critère éthique pour soumettre la pratique médicale au respect des *droits premiers* de la personne humaine, c'est lui qui se soumettrait dès lors à la matière *bioéthique* et transmuterait en *biodroit*⁴⁶⁴.

2. Vers un *biodroit* du mourant

Des prédispositions dans les lois bioéthiques de 1994⁴⁶⁵ à la consécration de la loi de 2005

172.- Lorsqu'il s'agit de considérer juridiquement les questions propres à la santé de la *personne*, à la préservation de celle-ci jusqu'à circonscrire sa dignité dès lors examinée comme moyen d'y parvenir, l'obligation d'impartialité se devrait d'être totalement extérieure à toute contingence politique⁴⁶⁶. Cela signifie que bien qu'étant élaboré par le corps politique en ses formations exécutive et législative, la loi ne devrait pas être teintée de connotations politiques au sens idéologique du terme⁴⁶⁷ (**2.1.**). Toutefois, les bonnes intentions pourraient en réalité masquer une sorte *belle conscience* protectrice (**2.2.**), qui se révélerait dans l'institutionnalisation de la *bioéthique* faisant sortir le *biodroit* des tribunaux (**2.3.**).

2.1. La relativité de l'exceptionnalité de principe des lois *bioéthiques*

173.- Par hypothèse, les lois *bioéthiques* seraient des interventions extra ordinaires, en vue de canaliser des comportements *technicistes* nouveau. Or comme le rappelle Mme Hennette-

⁴⁶² Voir note sur affaire Pretty.

⁴⁶³ Notons que cette expression est le fruit d'un double emploi : tout d'abord celui de M. Baum, Professeur, Unité d'éthique biomédicale, Université catholique de Louvain en Belgique, employé comme titre d'un article paru à la revue *Politiques sociale*, numéro spécial, *Ethique et santé*, mai 2001 ; puis et sans la citer, chez V. Billiet, docteur en médecine, comme titre de thèse en vue de l'obtention de son diplôme de docteur en 2004.

⁴⁶⁴ Voir en ce sens C. Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, op. cit.

⁴⁶⁵ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal « bioéthique ».

⁴⁶⁶ Voir en ce sens C. Labrusse-Riou, *Difficultés, contradictions et apories du droit de la « bioéthique »*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001.

⁴⁶⁷ Cet idéologisme que l'on retrouve dans tous les positivismes dérivant des théories comtiennes. Voir en ce sens L. Fedi, *Auguste Comte, la disjonction de l'idéologie et de l'État*, Cahiers philosophiques, n° 94, 2003, pp. 99-110.

Vaucher⁴⁶⁸, le mouvement législatif relatif à la matière *bioéthique* semble ne plus être exclusivement exceptionnel depuis la loi de 2004⁴⁶⁹. La dite loi est importante en l'espèce, relativement au traitement des informations contenues dans le dossier médical, et les droits de ceux qui en disposent. Elle réaffirme la stricte protection des informations contenues au dossier⁴⁷⁰, ce sur quoi nous reviendrons. Pour le moment, notons que si jusqu'alors « l'intervention du législateur sur le terrain de la bioéthique était, par bien des aspects, présentée comme « exceptionnelle », [...c'était surtout] en raison de l'objet même, présenté comme à la fois extrêmement contingent et éminemment fondamental (...) ». En l'espèce, considérer le sujet *bioéthique*, c'est définir l'homme.

174.- Or, « plus la loi intervient, plus on lui demande d'intervenir »⁴⁷¹ ; et ce mouvement législatif, sous l'impulsion d'une demande croissante du monde juridique, engendre une politisation des débats *bioéthiques*⁴⁷². C'est en ce sens que les concours répétés du législateur définissent avec moult détails les modalités d'exécution du respect de la *personne*, disant à la fois ce qui est bon pour elle par elle-même, mais aussi ce qui est bon pour elle par l'intervention du personnel soignant, et plus surprenant ce qui est bon pour elle par l'intervention de tiers, celles-ci étant légitimées par le personnel soignant, et ce sans requérir nécessairement son avis. Une telle possibilité ne réclamerait pas qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'une quelconque autorité judiciaire. Ceci est justifié au nom du respect du principe de la vie privée⁴⁷³ celle-ci étant entendue comme incluant l'intervention de tierces

⁴⁶⁸ S. Henneute-Vaucher, in *La révision des lois bioéthiques, la loi n°2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l' « exception bioéthique » ?*, Rev. Drt. San. Soc., 2005, pp. 185-194.

⁴⁶⁹ Loi du 6 août 2004, préc. modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁴⁷⁰ Voir en ce sens la décision du Conseil constitutionnel, C. cl. Décision n°2004-504 du 12 août 2004, § 7, où les sages rappellent que « l'accès au dossier par un professionnel de santé sera soumis à l'observation des règles déontologiques ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2 du code de la santé publique, qui imposent notamment le respect de la vie privée et du secret des informations concernant le patient ; que l'accès au dossier médical en dehors des cas prévus par la loi sera puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal ; que ces sanctions s'appliqueront sans préjudice des dispositions du code pénal relatives aux « atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques » ; dans la continuité de la loi de 2002, le législateur entend protéger la médicalisation du mourant.

⁴⁷¹ Décision C. cons *Ibid.*

⁴⁷² C'est ce que semble traduire *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation française, Notes et Etudes Documentaires, n° 4855, 1988.

⁴⁷³ La loi de 2004 renvoie en ce sens aux art. L. 1110-4 et L. 1111-7 du Code de la santé publique qui y sont relatifs.

personnes⁴⁷⁴ à la *personne-malade-mourante*, dès lors que celle-ci est en quelque sorte sous leur responsabilité, comme un enfant sous leur garde⁴⁷⁵.

2.2. Des bonnes intentions, à la systématisation

175.- Cette bonne conscience protectrice obligerait à faire transmuter le droit de l'éthique d'abord en *bioéthique*, comme spécialité pouvant nourrir la réflexion du législateur, puis en *biodroit*, en tant que droit dicté dans son élaboration par les injonctions *biomédicales*⁴⁷⁶, **le législateur levant ainsi le voile entre les matières médicale et juridique**. On assiste ainsi au renouveau des questions philosophiques fondamentales, délaissées depuis quelques décennies aux profits des sciences physiques, et astrophysiques, mais également à l'exclusivité du médical dans le rapport médico-légal.

176.- Ainsi voit-on renaître des interrogations telles que « qu'est ce que la personne humaine ?, jusqu'où le respect lui est-il dû ? » *etc*, et ce notamment dans les Cahiers du CCNE⁴⁷⁷. Ainsi, par le biais d'une revitalisation des débats du comité, les clivages politiques ont pu s'exprimer, la revivification de telles interrogations ne pouvant engendrer dès lors qu'une croissance exponentielle de *légifération*, semble-t-il face à une forme de torpeur du vide. Quand bien même les lois *bioéthiques* ne sont qu'au nombre de cinq⁴⁷⁸, elles correspondent à une production effectuée tout de même sur une courte période, allant de 1994 à 2011⁴⁷⁹. En moins de dix ans, le législateur a précisé les termes de la matière, puisque inscrivant ce qu'est la *bioéthique* dans le domaine appliqué du droit. Il imposerait ainsi, sous la forme d'un ensemble de droits objectifs, positifs, les dispositions régissant l'expression des volontés conjointes des médecins et personnels soignants relativement à celles des patients,

⁴⁷⁴ L'art. L. 1110-4 du Code de la santé publique désigne explicitement la famille, les proches du malade et la personne de confiance.

⁴⁷⁵ Ceci renvoie à tout un système d'incapacité présumée dont il s'agira de traiter *infra*. Cette incapacité présumée semble d'ailleurs communément admise : justifiée par l'art. 16-3 C. civ., elle est souvent prise comme point de départ doctrinal à toute analyse de doctrine voulant justifier de la « protection de la personne contre elle-même. » : M. T. Meulders-Klein, *La production des normes en matière bioéthique*, op. cit, *ibid*, p. 29.

⁴⁷⁶ Ceci serait en reflet à la réminiscence évidente du *bon père* de famille qui sait ce qu'il y a de meilleur pour celui qu'il doit protéger des dangers d'un monde inconnu. Voir en ce sens J-M Trigeaud, *Droit, Personne et Existence*, op. cit, pp. 177 s.

⁴⁷⁷ Cf J.-F. Mattei, *La révision des lois dites de bioéthique*, Les Cahiers du CCNE, 2004, n° 41, p. 39.

⁴⁷⁸ A considérer les lois de 1994, de 1999, 2002 et 2005 préc. , ainsi que la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la *bioéthique*.

⁴⁷⁹ Sur la loi de 2011 qui ne touche pas directement à notre sujet, nous renvoyons aux travaux de V. Larribau-Terneyre et J.-J. Lemouland, *La révision des lois de bioéthique, Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, L'Harmattan, BibliothèqueS de droit, 2011.

allant même jusqu'à la consécration du *biodroit* par la reformulation morale « laisser mourir sans faire mourir »⁴⁸⁰ au visa de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique renonçant, apparemment définitivement avec tout *acharnement thérapeutique*, ou obstination déraisonnable.

177.- Il s'agirait d'une démarche de *normalisation pacificatrice* des termes du *biodroit*, et ce au moyen d'une approche phénoménologique des événements éthiques de l'existence. Une telle proximité conduirait à différencier les contenus positifs de la *bioéthique*, *a priori* de nature à relever exclusivement de la théorie du droit⁴⁸¹, de ceux de nature *bioéthique*, inclusivement de toutes les théories de sciences humaines. Il serait question d'une globalisation des termes sous-jacents à la matière.

178.- Ainsi, si depuis les lois de 1994⁴⁸², le consensus extra-contingent faisait foi, désormais la course à la loi engendrerait une multiplication des définitions du contenu. La *bioéthique* ne se contenterait plus de nommer les notions de dignité ou encore d'intégrité, mais désormais de les définir en les distinguant par éléments constitutifs. La *bioéthique* ne suffirait plus à réguler la science juridique, et dès lors le *biodroit* se révèle être une matière à part entière. Par conséquent, l'application du principe de droit ne se ferait plus prioritairement dans les tribunaux, mais plutôt en amont dans les rouages du politique.

⁴⁸⁰ Voir en ce sens, F. Dreifuss-Netter, *L'option française : laisser mourir sans faire mourir. Avant la loi de 2005 : l'insécurité des praticiens au regard du droit pénal*, in *Droit et fin de vie : bilan et perspectives après la loi du 22 avril 2005*, Réalités familiales, n° 76, 27 septembre 2005, UNAF, pp. 22-25, in *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit. *ibid*, pp. 94-96. Jusqu'avant la loi de 2005, les médecins et personnels soignants étaient soumis à des « obligations de nature à justifier des actes qui, sans elles, auraient pu constituer des infractions ». La loi de 2002, introduisant la possibilité pour la *personne-malade-mourante*, sous conditions, de refuser l'administration de soins (art. L. 1111-4 du Code de la santé publique), fait état du vœux du législateur d'entendre permettre aux praticiens de se soulager de la lourdeur qu'engendraient ces obligations de preuve dans l'accomplissement des actes, que ceux-ci soit diagnostiques, thérapeutiques, *etc.* L'auteur présume à ce propos que outre les cas flagrants d'euthanasie, une telle disposition permettrait de faire en sorte que le refus fasse « obstacle à l'application des peines de l'homicide, ou de l'omission de porter secours. » Ceci constituait donc le prélude nécessaire à l'avènement de la confusion *bioéthique*-droit en la formule *biodroit* par la loi de 2005 imposant par la reconnaissance d'un droit objectif d'écarter de toute pratique médicale un quelconque acharnement thérapeutique : le droit est dicté par la science médicale, sous couvert de garantir le respect de la vie privée, celle-ci pouvant être aussi entendue comme la protection de la *personne contre elle-même*.

⁴⁸¹ Voir en ce sens C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, op. cit., 2007. L'auteur entend faire reposer la *bioéthique* sur les fondements du droit des personnes.

⁴⁸² Loi du 29 juillet 1994, préc.

2.3. Institutionnalisation *bioéthique*

179.- L'institutionnalisation de la *bioéthique* ferait sortir le *biodroit* des tribunaux⁴⁸³ pour en faire une matière du politique, en ses rouages préliminaires. Le CCNE est le souffle vivifiant de la matière, offrant au *biodroit* son huile aux sources multiples, par une confusion des sciences anthropologique et philosophique. L'*être* ne pourrait être défini par la seule matière juridique, et se devrait dès lors d'être écartelé entre les sciences de l'homme, pour être recomposé en une science de l'*existant*. Il apparaîtrait alors, en filigrane, une pensée politique de la *personne-malade-mourante*, comme circonscrivant son *être* du moment, excluant les autres moments de son existence, passée, point culminant de la philosophie phénoménologique de Martin Heidegger dans sa conceptualisation de l'*étant*, ou *dasein*⁴⁸⁴.

180.- En ce sens, le patient, avant d'être malade ou mourant, ce qui aurait de pires conséquences, serait cet être concret, particulier, qui dans son individualité existe par sa réalité empirique⁴⁸⁵. Matérialisé, identifié en tant qu'être en devenir, il s'agirait de « produire

⁴⁸³ Mise à part les « grandes affaires » de cas d'euthanasies flagrantes révélées au large public, les tribunaux ne sont *quasiment* jamais saisis de requêtes relativement à un doute de la famille quant à la survenance de la mort. Cette dernière serait suffisamment satisfaisante, survenant bien souvent après une longue agonie, pour tous.

⁴⁸⁴ M. Heidegger dans son œuvre majeure *Être et Temps* considère l'*existanz*, en tant qu'être lui-même par rapport auquel le *dasein* se comporte d'une manière ou d'un autre ; il se distingue de l'existence qui est une simple manifestation de l'*étant* dans le monde. L'*existant*, quant à lui est l'*étant* qui existe, le *dasein* en tant qu'il *est-pour-la-mort*. Le *dasein* est donc l'*étant* qui a la faculté d'*être-là*, l'homme. Non pas être là comme tout objet mais *être-le-là*, c'est-à-dire être présent. L'homme en tant que *Dasein* est le seul *étant* ouvert à un *étant* autre que lui-même et pouvant mettre son *être* en question. Enfin l'*être* de l'*étant* n'est pas l'*étant* lui-même, c'est un ajout à l'*étant*, c'est l'*être* qui permet à l'*étant* de devenir *Dasein* et réaliser une authentique présence au monde. C'est l'homme dans son humanité la plus propre. La condition de fait du *dasein* comporte deux extrémités temporelles, deux instants : entre les deux *limites* que sont la naissance et la mort, l'homme se distingue de tous les autres *étants* comme *dasein*. Le *dasein*, en tant qu'*existant*, a à être son *être* véritable ; ceci constitue une tâche au sens d'un devoir-être, une responsabilité. Ceci étant, M. Heidegger estime qu'il est impossible pour l'*être-là* de connaître l'*existanz* en tant qu'être puisque toute question de l'être n'est pas questionnement sur l'être et qu'ainsi « toute orientation vers l' "objectivisme" ou le "réalisme" demeure du "subjectivisme" ; la question de l'être [prenant] place ailleurs que dans la relation *sujet-objet*. » : M. Heidegger, *Le nihilisme européen*, Cours sur Nietzsche, Édition intégrale, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1971, t. 48, p. 261., voir également, pour une définition du *dasein*, M. Heidegger, *Être et Temps*, Gallimard, Paris, 1986, p. 43. Appliquée à l'accomplissement d'une politique de santé qui définit la *personne-malade-mourante*, cela en revient à considérer celle-ci comme une notion close à tout dépassement d'elle-même, et pouvant même se mettre en danger par une telle direction de pensée, et devant dès lors se voir protégée de sa propre liberté/vie privée par la loi qui seule sera objective moralement. La personne se doit de se limiter à se penser elle-même dans sa dimension de *malade-mourante* pour se protéger de tout subjectivisme. Et c'est en ce sens que la loi entend se soumettre à la part malade de la *personne* pour ne l'appréhender que sous cet angle là dans sa capacité à jouir de sa personnalité juridique.

⁴⁸⁵ Voir en ce sens S. Hennette-Vauchez, *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. Larralde, dir., *La libre disposition de soi*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 173-198.

l'homme »⁴⁸⁶, vers l'inexorable fin de sa vie. Chacun verrait désormais sa vie identifiée en étapes, phénoménologiquement saisie par le politique qui dit le droit, le *biodroit*. Ce sont les gouvernants, au sens large, qui sont à l'initiative de la conception même du contenu juridique de l'*être*, dégagant les expressions nominales des composantes de la personnalité juridique⁴⁸⁷. Source de clivages politiques, la matière offrirait en réponse une forme de consensualisme ; unifier l'approche *bioéthique* en un *biodroit* consensuel serait nécessaire lorsque l'homme est la matière à définir. Ce souci de consensualisme repose sur le vœu d'uniformiser le droit du mourant, souci ayant animé le projet de loi de 2005. Pourtant certains aspects des revendications théoriques, liées à la légalisation de l'euthanasie, opposeraient une résistance persistante à l'émergence effective d'un tel consensualisme.

B. La persistance de la question euthanasique comme moyen *bioéthique*

181.- La notion d'*acharnement thérapeutique* a longtemps induit ce qui apparaît être encore sa réponse *contraire*, la question de l'euthanasie. Notion récente, apparue aux débuts des années cinquante, elle ne concernait au départ que des situations de tentatives de réanimation sur des patients en état de coma dépassé⁴⁸⁸. Elle s'est par la suite généralisée à toute situation où le personnel soignant entendait prolonger la vie à tout prix, en accord avec les connaissances et techniques qui s'y rapportent, et une forme d'esprit de compétition avec la maladie, tentation subjective de triompher d'une vérité alors niée⁴⁸⁹.

182.- C'est ici que ressurgirait le lien théorique, et donc problématique, qui unit droit à la vie et droit *sur* la mort. L'article 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantit le droit à la vie et ce dès son commencement⁴⁹⁰. S'il l'on ne peut, en tant que juriste du droit positif répondre à la question du quand commence la vie, ou tout au moins l'on peut s'en remettre aux préconisations jurisprudentielles évolutives, la question semble émerger également relativement à la mort. Le système du droit à la vie permettrait en ce sens l'émergence d'une « démocratie sanitaire » (1.), dont la *biodignité* serait l'objet opposant des

⁴⁸⁶ J. Labrusse-Riou, J.-L. Baudouin, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude éthique et juridique des procréations artificielles*, PUF, 1987. Voir ces propos en miroir quant aux réflexions que suggère la fin de vie.

⁴⁸⁷ Voir pour une approche invitant à considérer le *biopouvoir* politique comme une réalité bien qu'oppressante, utile, S. Hennette-Vaucheze, ed., *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., 2006.

⁴⁸⁸ Voir en ce sens V. Billiet, op. cit., *ibid*, p. 16.

⁴⁸⁹ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 338.

⁴⁹⁰ CEDH, art. 2.

positions dès lors concordantes entre législation et jurisprudence européenne, afin de garantir les conditions de la « belle mort » (2.).

1. De la mort au droit à la vie : les perspectives de la démocratie sanitaire

183.- Partant d'une difficulté à établir des frontières à la question de droit relative à la mort et à la vie (1.1.), le système *bioéthique* put accoucher de la démocratie sanitaire (1.2.).

1.1. Des frontières mouvantes

184.- La mort est alors volontairement envisagée comme enchaînement d'étapes successives. La mort cérébrale est la phase ultime durant laquelle est préconisée une attention toute particulière à favoriser l'absence de souffrance au cours de la période de *passage*⁴⁹¹. Il apparaît même que la mort cérébrale servirait, en tant qu'elle est considérée comme la mort effective⁴⁹², de moyen d'interprétation, *a contrario*, relativement à ce que doit être l'*euthanasie passive* de la loi de 2005⁴⁹³. Il s'agit là d'un mouvement théorique progressif de légitimation de l'apaisement du malade au nom du respect de sa volonté⁴⁹⁴, notion dont le juge civil est garant⁴⁹⁵. Cette volonté doit être autonome, au sens d'un idéalisme kantien⁴⁹⁶. De plus elle doit pouvoir s'exprimer conformément au respect des dispositions favorisant l'émergence d'une relation contractuelle⁴⁹⁷ au sens rousseauiste⁴⁹⁸ : celle-ci se justifie comme

⁴⁹¹ Voir art. L. 1110-5 du Code de la santé publique, renvoyant à l'art. L. 1110-10 du Code de la santé publique.

⁴⁹² Il s'agira de revenir sur les distinctions de la mort, médicales et juridiques, et sur les conséquences qu'elles emportent.

⁴⁹³ Voir l'esprit de la loi du 22 avril 2005, renvoyant à l'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁴⁹⁴ La volonté du patient est au cœur du corpus *biojuridique* dès la loi *bioéthique* de 1994 et *a fortiori* au cœur des lois de 2002 et 2005, en tant qu'élément inhérent au respect de sa vie privée. Elle fut énoncée pour la première fois par le législateur par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps et modifiée par l'article 70 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, **portant création d'une couverture maladie universelle** ; il est dit qu' « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir » (art. 16-3 du Code civil). Elle renvoie directement, dans la loi de 2002, à la notion de consentement éclairé qui présuppose du respect des obligations du personnel soignant, et notamment l'obligation d'information par le médecin. ».

⁴⁹⁵ Voir notamment à l'avant garde de l'émergence du *biodroit*, dès 1988, C. cass., 1^{ère} civ., 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988. I. n° 280 p. 192. : « le médecin ne peut sans le consentement libre et éclairé du patient procéder à une intervention chirurgicale ».

⁴⁹⁶ Dans la philosophie morale kantienne, où la volonté libre, au sens transcendantal, se donne à elle-même la loi morale, en tant que principe objectif ; elle est donc celle que la personne doit envisager en tant que maxime de son action, c'est-à-dire comme principe subjectif de sa volonté.

⁴⁹⁷ Nous reviendrons sur ces points lorsqu'il s'agira de traiter spécifiquement de la nature contractuelle de la relation de soins.

étant de cause à effet, liant la *personne-malade-mourante* au personnel soignant par le truchement d'une thérapie⁴⁹⁹. C'est conformément à ce mouvement que la requérante Diane Pretty oppose devant la CrEDH un droit *a contrario* de celui garantissant le droit à la vie dès son commencement⁵⁰⁰, en invoquant un droit à la mort, dès son commencement.

185.- Repoussant les limites du début de la vie, tout en garantissant un droit à la mort du futur nouveau né encore enfant à naître, réputé futur infirme, ou encore mal formé⁵⁰¹, les juges ainsi que le législateur⁵⁰² ont conduit à une nouvelle culture de la dignité, celle là même d'une *démocratie du droit à la vie*, faisant lentement évoluer le mourant en concept, *en dessinant ce qui le fait être*.

1.2. Les fondements de la *démocratie sanitaire*

186.- Le système du droit à la vie, dans son ensemble, du commencement jusqu'à la mort, se prétendrait être la terre de prédilection du bon vouloir individuel, au regard d'un droit qui le canalise, selon des règles garantissant l'attitude éthique/morale la plus adéquate. Le mouvement législatif de ces dernières années en serait la preuve, ayant fait essentiellement de la matière *bioéthique* une question de soins dits palliatifs en tant que point central de la « démocratie sanitaire »⁵⁰³.

⁴⁹⁸ Chez Jean-Jacques Rousseau, l'autonomie de la volonté, philosophique, se retrouve dans le concept de volonté générale formulé dans *Du contrat social*. Cette notion en constitue, en droit, la théorie de l'autonomie de la volonté, fondement du contrat.

⁴⁹⁹ C'est en cela que l'on parle de l'avènement du biodroit étant entendu que c'est la relation thérapeutique qui sert aujourd'hui à établir la relation droit/médecine ; ceci en a fait ressortir le droit de la santé, qui semble être à lui seul un *biodroit*. Notons que l'article de R. Savatier, *Impérialisme médical sur le terrain du droit*, op. cit., semblait constituer une vision de l'avenir du droit mutant en *biodroit*.

⁵⁰⁰ C'est à l'art. 16 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994, que l'on trouve cette garantie opposée au sujet de droit en tant qu'« être humain » de la *personne*.

⁵⁰¹ Voir en ce sens les apports que la doctrine exigeait préventivement à la loi du 4 mars 2002, réponse hâtive à la jurisprudence *Perruche*, signifiant explicitement le *bioesprit* du *biolégislateur* : Voir notamment Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006-2007, pp. 396-398 ; ou encore G. Mémeteau, *L'action de vie dommageable*, in *JCP* 2001, I, 279 ; ou Ch. Radé, *Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question !*, in *RCA* 2001, chron. n° 1.

⁵⁰² Le législateur semble d'ailleurs ne pas avoir apporté toutes les réponses en la matière ; voir Ph. le Tourneau, op. cit, *ibid*. C'est en ce sens que l'œuvre prétorienne apparaît une fois encore rendue nécessaire, ce qui est dans l'ordre des choses ; voir en ce sens CAA de Paris 24 juin 2003, *D.* 2004, 983, note Sériaux., ou encore CA de Versailles 28 novembre 2003, *D.* 2004, 2814, note Hennion-Jacquet., interprétant extensivement ou strictement le texte de la loi du 4 mars 2002 sans réellement respecter *l'esprit* de celle-ci.

⁵⁰³ Terminologie de la loi du 4 mars 2002.

187.- La loi du 4 mars 2002 présentait la *démocratie sanitaire* comme « la participation conjointe des professionnels, usagers et élus à la définition d'une politique de santé publique afin d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité du système de santé. » Ce terme technique semble en apparence receler les clés d'une plus juste répartition des tâches de chacun dans le processus médical, accordant une importance capitale à tous autant qu'il est nécessaire de la faire dans une démocratie ontiquement participative. Cependant le système démocratique, tel que le dénonçait déjà Platon, cache en réalité de profondes inégalités ainsi que des injustices manifestes.

188.- Faire primer la notion de volonté autonome engendrerait un déséquilibre entre les intérêts propres, particuliers à chacun, et résultats d'une intuition limitée à une puissance irrationnelle ; s'opposant ainsi à un vouloir de tous, indépassable en sa source autonome, reposant sur la canalisation de la volonté propre en commandement moral de tous. Cette conception kantienne semble plus appropriée à la conception stricte d'une démocratie sanitaire égalitaire. Cependant elle trouve également sa limite en ce sens qu'elle ne repose que sur un commandement moral, rationnellement fondé, et non point un *sub jectum* objectivement incréé, saisi comme sous-jacent premier à tout *droit premier*, irréductible, et source des principes d'interprétation moraux de la philosophie du droit kantienne. Autrement dit, dans un système de démocratie sanitaire, aucune norme préalablement établie ne pourrait correspondre en pratique aux attentes réelles des mourants, ceux-ci ne pouvant toujours parvenir à faire se recouper les termes de leurs vœux avec ceux de la loi.

189.- **Voilà pourquoi une conception réaliste entendrait rénover la *démocratie sanitaire*, sans la nier ni la faire disparaître, mais en ne faisant plus reposer l'égalité démocratique sur une participation de tous selon son vouloir propre, mais sur une participation de tous, regardée comme point culminant de l'actualisation de libertés individuelles, celles-ci reposant sur un sous-jacent commun auquel nul ne peut porter préjudice, directement par l'atteinte caractérisée, ni indirectement par une altération entendue en tant qu'intervention rationnelle de *re-définition* et non pas de *re-création*. Une telle démocratie n'est pas égalitaire, mais équitable. Elle regarde le citoyen de santé comme celui de sa santé, et non responsable de la santé de tous de part sa seule décision.**

190.- Pourtant, il semblerait que les dispositifs actuels soient loin d'une pareille hypothèse, et, la démocratie s'imposerait par ce qu'elle porterait de pire en elle, à savoir la

systématisation des comportements qui sont en réalité propres à l'homme. Ainsi, et la formulation est même étrange, *l'interdiction de souffrir* est désormais inscrite dans le Code de la santé publique⁵⁰⁴, comme notion de garantie de l'intégrité physique et morale de la personne⁵⁰⁵. Le *biodroit* persiste en l'espèce dans la mesure où le droit objectif de l'obligation de la prise en charge de la souffrance renvoie à une conception inavouée de dicter au malade, sous couvert de l'obtention de son consentement, le comportement le plus approprié à son état, car, et c'est cela la part la plus inavouée semble-t-il, le législateur ainsi que le corps médical estimerait conjointement que le malade est ignorant de ce qu'il y a de meilleur pour lui⁵⁰⁶. Ainsi, le mourant serait bien un citoyen, entendu au sens moderne, à savoir dépendant de la loi. Ce serait donc la personne avant tout qui serait mise à l'épreuve de pareilles conceptions totalisantes.

2. Rationalité et droit de la *personne* à l'épreuve de la *biodignité*

191.- Se plaçant exclusivement sur un plan rationnel, que ce soit physiquement ou encore psychiquement, le corps social, juridique et politique, en simplifiant quelque peu par nécessité, entend prémunir la *personne* contre elle-même⁵⁰⁷, contre sa propre ignorance de ce qu'il y a de meilleur pour elle⁵⁰⁸. Ainsi l'art. L. 1161-1 du Code de la santé publique précise que : « L'éducation thérapeutique s'inscrit dans le parcours de soins du patient. Elle a pour objectif de rendre le patient plus autonome, en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie ». Ainsi, la dignité qui serait l'objet d'éducation servirait de critère objectif *biomédical* (**2.1.**). Les législations européennes voisines de la France confirmeraient des approches soucieuses de protéger la *personne* (**2.2.**) de la confusion des *euthanasies*, alors même que théoriquement, la question serait tranchée sur les mêmes fondements (**2.3.**).

⁵⁰⁴ Art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁵⁰⁵ C'est le cinquième alinéa de l'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁵⁰⁶ C'est ce qui semble ressortir de l'idée de protéger le malade contre lui-même, car il est en état de faiblesse présumée. Voir en ce sens, M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit, p. 497.

⁵⁰⁷ Voir pour une approche de droit comparé, la position suisse : A. Thévenaz, *La protection contre soi-même, étude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Stämpfli, Berne, 1997, p. 145, voir aussi Arrêt du 28 juin 1972, ATF 98 la 508, JdT 1973 I 490, références vues dans D. Manăi, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli, SA Berne, 2006, p. 234.

⁵⁰⁸ Notons en ce sens les recommandations faites au corps médical par le législateur à l'occasion de la loi du 21 juillet 2009, préc. ; ainsi, le législateur invite le personnel soignant à « éduquer » le patient, dans une formule qui porte le trouble quant au respect de l'autonomie de la volonté du malade, conformément au respect de ce droit premier qu'est sa dignité, consacrée à l'art. L. 1110-2 du Code de la santé publique, et consacrée dans le concept de « démocratie sanitaire » par la loi de 2002.

2.1. Biodignité et conditions biomédicales

192.- La dignité qui serait l'objet de l'éducation médicale n'est pas une notion rationnelle, et le législateur l'a bien souligné en l'attribuant à la *personne* et non à l'être humain⁵⁰⁹. De plus, la reconnaissance constitutionnelle de la notion⁵¹⁰ entend la faire entrer dans le champ des droits objectifs ayant valeur de droits fondamentaux, et dès lors considéré comme partie intégrante des droits de la personnalité, qui sont inaliénables. Un droit fondamental ne l'est que dans la mesure où il repose sur une source de principe qui est indépassable⁵¹¹; et cela lui confère dès lors en ça un caractère *subjectif*, non point au sens d'une volonté identifiable de tel ou tel autre, mais, une *volonté* qui dépasse celle de chacun et qui lui est première. D'une notion purement *subjective, ou volontariste* au regard du droit positif, le législateur a explicité une approche purement *objective, pragmatiste* objet de *consensualisme*. Ainsi, la dignité se veut anti-cartésienne, à savoir excluant une arithmétique de l'être, garantissant la *personne* dans son individualisme singulier. La *personne*-mourante pourrait donc demeurer libre en toute occasion, ce que le législateur a d'ailleurs voulu lui accorder.

193.- C'est ainsi que la loi préconise la totale *liberté d'expression* de ce qui serait considéré comme *bien* en la matière. Et les hypothèses sembleraient, sans que nous ne prospections trop en pareil domaine, pouvoir aller très loin dans l'atteinte à la *vie*. Car, si la garantie de la vie dès son commencement peut intégrer le droit de donner fin à la vie dès son commencement⁵¹², alors pourquoi ne pas supposer la garantie de la vie jusqu'à permettre, au nom de la garantie du respect de l'intégrité physique et psychique de la *personne*, notion faisant de la dignité une notion objective, la possibilité d'un droit à interrompre la vie, lorsque les composantes de

⁵⁰⁹ Art. 16 du Code civil.

⁵¹⁰ C. cl. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, préc.

⁵¹¹ Les droits de la personnalité reposent sur le droit, *naturel*, de la *personne*. Voir en ce sens A. Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, op. cit. *ibid*, pp. 47 s.

⁵¹² Ceci en référence bien évidemment à la loi IVG de 1975 qui presque 40 ans après son entrée en vigueur pose toujours la même question de l'opportunité de son application ; rappelons que le texte fut inscrit à la loi en vue permettre à des femmes enceintes et non désireuses de l'être de mettre un terme à leur grossesse. Or le point de départ de la possibilité de se voir avorter est bien le critère de la détresse. Cela en revient à dire que nul ne peut exagérer le recours à cette disposition légale en vue de satisfaire un vœu de confort. Or, la question se pose bien en 2012 à l'heure où poser une telle question pourrait engendrer toute les critiques quant à un possible recul devant les droits acquis des femmes à disposer de leur corps, alors même que la question de l'opportunité au regard de la nécessité semble en réalité s'imposer avant tout quant au respect du droit positif lui-même sans aller jusqu'à en faire ressortir les fondements philosophiques.

cette dernière ne répondent plus aux objectifs d'une vie sereine⁵¹³. **C'est ici d'ailleurs que persisterait le mieux la question euthanasique comme moyen *bioéthique*, car se justifiant au regard du droit à la vie, en situation de détresse, médicale, et donc globale.**

194.- Car aujourd'hui, être digne équivaldrait, au-delà de la généralité de la question, à vivre selon les conditions *bio-médicales*. Celles-ci seraient reconnues comme des critères objectifs que le droit assimilerait à l'existence en vue de mieux servir la personne dans sa quête de compréhension d'elle-même, afin de mieux se repérer dans le cours de son destin. En l'absence de ces *possibles*, la vie serait fuyante, et, la mort entrée dans la vie appellerait l'intéressé à le rejoindre, en anticipant ce qui fait peur, à savoir l'inconnu. Le mourant trouverait ici encore un point de droit rassurant, car objectivant son existence, en retenant qu'il est possible de percevoir, physiquement, des signes de fin de vie, et peut-être même de les devancer. Diane Pretty, en vertu de l'article 2 de la CEDH, mais également en vertu de l'article 8 garantissant le droit au respect d'une vie familiale a pensé pouvoir faire valoir l'ouverture vers une dignité anti-cartésienne, une mort digne, car respectant la volonté de sa personne, celle-là même qui est l'expression de son opinion. Elle devient alors aide ou assistance au suicide⁵¹⁴, cette dernière ne pouvant procéder seule à l'accomplissement de cet ultime geste de dignité⁵¹⁵.

2.2. Approches de législations euthanasiques comparées

195.- Les législations des pays voisins de la France obligeraient, dès lors, à une réflexion sur le plan des *droits de l'homme* en application sur le territoire national⁵¹⁶, car tout souci de recherche se doit de *regarder partout. Ainsi, les mourants sont au cœur du processus de*

⁵¹³ Voir en ce sens de nombreux articles et autres mémoires ou thèse en faveur, toujours plus ou moins inavoué, d'une question quant à des perspectives d'une législation sur l'euthanasie. Ainsi voir notamment, S.J. F. Hauger, *L'euthanasie en France : perspectives législatives...*, op. cit. *Ibid.* ; ou encore, V. Billiet, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie ; Texte imprimé : étude des controverses actuelles autour de l'euthanasie*, op. Cit. ; ou encore les travaux et rapports de travaux préparatoires à la loi du 22 avril 2005 préconisant le « laisser mourir sans faire mourir » qui constitue le fondement d'une *euthanasie passive* légale : voir en ce sens les travaux préparatoires à la révision de la loi de 2005 visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie, n° 1407, déposée le 28 janvier 2009 et renvoyée à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales.

⁵¹⁴ Voir en ce sens tout ce qui se rapporte aux législations qui garantissent l'assistance au suicide en Europe et dans le monde et qui invitent le débat sur ce plan là du droit.

⁵¹⁵ L'effacement de l'image de la souffrance du paysage des biens portant dont procède toute législation sur l'euthanasie sous toutes ses formes.

⁵¹⁶ Voir notamment les questionnements posés par M. Baum, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, op. cit. *ibid.*

légitimation de la pratique euthanasique, la bioéthique, quelque soit son origine géopolitique, la prenant comme objet de prédilection lorsqu'il s'agit de faire état des usages en matière de fin de vie, de telle sorte que, c'est en réalité la conception même que le législateur peut avoir de la personne qui permettra de justifier de telle ou telle consécration normative.

196.- Rappelons en premier lieu qu'en Suisse, aucune nouvelle loi n'a été codifiée concernant l'aide au suicide, l'euthanasie et les soins palliatifs, et que les usages reposent essentiellement sur l'interprétation d'un geste altruiste d'assistance à la personne en souffrance. Il n'existe pas de législation spécifique quant à l'aide au suicide, tout au plus une adaptation du code pénal⁵¹⁷, permettant à des associations de prendre en charge l'accompagnement du suicide dans un environnement médical et hygiénique⁵¹⁸.

197.- Ajoutons que la loi belge relative à l'euthanasie, votée le 16 mai 2002 et entrée en vigueur le 22 septembre 2002, ne modifie pas le code pénal, et n'autorise pas explicitement l'assistance au suicide. Cependant, celle-ci peut être interprétée comme une modalité de la pratique de l'euthanasie. De plus si les Pays-Bas sont le premier pays de l'Europe à légaliser l'euthanasie et le suicide assisté, c'est à l'issue du respect de conditions très strictes et précises⁵¹⁹. Notons tout de même que l'euthanasie y est rendue beaucoup plus aisée qu'ailleurs, les mineurs y ayant accès, incluant des possibilités d'exclure parfois l'autorisation parentale. Nous ne nous attarderons pas sur ces conditions, toutefois les débats théoriques pouvant naître des fondements de telles pratiques inviteraient à supposer les tentations persistantes connues en France. Les conditions de la jouissance des droits de la personnalité, soumises aux requêtes insistantes de la population, plieraient parfois jusqu'à admettre de réelles atteintes aux *droits premiers*⁵²⁰.

⁵¹⁷ Il s'agit de l'article 115 du Code pénal suisse révisé en 2002 et punissant l'incitation au suicide.

⁵¹⁸ Voir en ce sens D. Manai Waerli, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit. ou sur la Suisse toujours, H. Mock, *Suisse : l'assistance désintéressée au suicide*, in *Euthanasie et suicide assisté en Suisse. Etat des lieux et perspectives*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 57, 2004, ed. Bruylant-Nemesis, pp. 53-54, 56, 58, in *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, ss. Dir. F. Dreifuss-Netter, Problèmes politiques et sociaux, n° 926, juillet 2006, pp. 87-88.

⁵¹⁹ Voir ensemble, Y-H. Leleu et G. Génicot, *Les lois belges et néerlandaises en matière d'euthanasie*, in *L'euthanasie en droit belge et en droit néerlandais*, Responsabilité, n°13, mars 2004, ed. Gramm, pp. 34-35, 37, in *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, ss. Dir. F. Dreifuss-Netter, Problèmes politiques et sociaux, n° 926, juillet 2006, pp. 90-93.

⁵²⁰ Nous reviendrons sur ces observations lorsqu'il s'agira de mettre en relief l'influence des politiques publiques sous l'influence d'une doxologie consensuelle.

198.- En dehors des frontières européennes, le droit à l'euthanasie fait également débat, et ici le voisinage est considéré sur le plan théorique des systèmes politiques, bien plus que géographique. Et cette condition mettrait en réalité bien plus à l'épreuve le législateur qui voudrait nécessairement se reconnaître dans une communauté de valeurs partagées. Ainsi, les Etats-Unis d'Amérique connaissent une véritable hétéronomie quant à la conception normative relative à l'euthanasie. Si la majorité des états y sont opposés, certainement en raison de valeurs théologico-politiques dites conservatrices, d'autres auraient entendu donner un cadre au suicide assisté, le plus souvent à la suite de requêtes médiatisées. Ainsi, c'est le 8 novembre 1994 que l'Etat de l'Oregon a voté la *Death with Dignity Act* autorisant le suicide médicalement assisté. Effectivement, de 1998 à 2005, plus de deux cents personnes ont pris, selon les prescriptions de la loi, les médicaments appropriés pour accélérer leur mort. Une centaine de personnes, ayant reçu leurs médicaments, ne les ont pas utilisés. Plus de vingt personnes sont décédées de leur maladie et près de vingt autres personnes étaient toujours vivantes en 2005⁵²¹.

199.- Il ressortirait de ces observations que la persistance de la question euthanasique reposerait sur des positions élaborées par différentes approches de politiques publiques de santé, investissant le législateur ainsi que d'autres instances à définir ce qu'est le mourant. La différenciation entre euthanasie *passive* et euthanasie *active* participerait des critères permettant de lui reconnaître un statut propre.

2.3. Euthanasie active et euthanasie passive face à la CrEDH

200.- Il serait à peine besoin d'insister sur les différences, tant **les questions de droit sont en réalité ici les mêmes quant à l'euthanasie passive ou l'euthanasie active** puisque certainement conjuguant les deux. La preuve s'en trouve pour l'exemple considéré du suicide assisté, qui est un acte volontaire, de résolution individuelle de mettre fin à ses jours ; mais qui serait en même temps subis, car soutenu par l'accompagnement d'une tierce personne. En ce sens, comprenons que l'essentiel du propos, au-delà des évidents clivages suscités par

⁵²¹ Voir en ce sens J. L. Werth & H. Wineberg, *A Critical Analysis of Criticisms of the Oregon Death with Dignity Act*, *Death Studies*, vol. 29, n° 1, janvier-février 2005, pp. 1-27 ; voir en doctrine française A.-C. Maillols, *Oregon : la légalisation du suicide assisté*, in *La fin de vie en droit américain*, in *L'éthique et la mort*, *Revue générale de droit médical*, numéro spécial, 2004, Les études hospitalières, pp. 227-230, in *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, ss. Dir. F. Dreifuss-Netter, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 926, juillet 2006, pp. 84-85.

celui-ci, en reviendrait à s'interroger quant à la capacité de discernement⁵²² de celui qui requiert d'être aidé lorsqu'il ne peut seul se suicider. Il est présumé faible, disons-le comme acquis bien que cette observation nécessite de plus amples développements. Et cet état serait directement lié au seul fait *d'être mourant*. Ce qui interpelle serait donc surtout sa capacité à exprimer son consentement qui devrait être libre et éclairé⁵²³. Or, la situation même de l'état de mourant semble être un obstacle au caractère libre du consentement, en ce sens qu'être considéré comme tel, par l'entourage le plus proche et au surplus par soi-même, constituerait un enfermement par l'extérieur, du fait de la loi, faisant opérer un basculement de l'état inconditionné de *personne*, à celui de la norme, conditionnée, et envisageant celle-ci selon les modalités réductrices de son existence en tant que personnalité juridique. C'est en ce sens que la CEDH n'a pas entendu reconnaître un droit à la mort en réponse ou prolongement au droit à la vie. En d'autres termes, la CrEDH n'entend pas dire du mourant qu'il est une personne à part entière, et préfère rappeler qu'il doit bénéficier des mêmes dispositions que la personne de tous, bien qu'il puisse exister un dispositif légal qui lui soit propre.

201.- En substance, la Cour affirme que s'il existe un droit à la vie, celui-ci n'existe que relativement à la vie dont on ne peut, en quelque sorte, réellement décider de sa survenue, et ce en référence à toute une théologie judéo-christianisée du droit. Or, la Cour apprécie la mort dans une perspective identique. Elle ne pourrait être regardée que dans le même prolongement en ce sens que l'on ne sait où elle mène. Le raisonnement du juge européen trouverait peut-être même à se fonder théologiquement, semblant devoir imposer un droit de réserve quant à la possibilité de systématiser la reconnaissance d'un droit objectif à se donner la mort⁵²⁴. Et c'est en estimant que l'opinion de Mme Pretty ne s'élaborait sur aucune conviction, ni religion au regard de l'article 9 de la CEDH, que le juge n'a pu légitimer une requête au *droit*

⁵²² Le discernement en tant que critère fondateur sur les questions d'incapacité, relativement à l'obligation d'information, est approché par le Conseil d'Etat qui requiert la capacité de comprendre ; CE, 5 janvier 2000 *AP-HP de Paris et Cts Telle*, 2 espèces, *RFDA* 2000, p. 357, concl. D. Chauvaux ; *AJDA* 2000, p. 137, obs. M. Guyomar et P. Collin ; *RD sanit. soc.* 2000, p. 357, note L. Dubouis ; M.-L. Moquet-Anger, *Chronique de jurisprudence, Méd. & Dr.* 2000, n° 43, p. 12 ; *AJDA* 2000, p. 180, chron. M. Collin ; *JCP* 2000, II, 19272, note J. Moreau ; *Gaz. Pal.* 28-29 juin 2000, p. 21 ; *D.* 2000, inf. rap. p. 28 ; *Petites affiches* 25 février 2000, p. 15, note C. Clément.

⁵²³ Voir L. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, *RRJ* 2000/1, p. 45. Il apparaît en réalité que les doutes seraient les mêmes en droit commun des contrats ; voir en ce sens Ph. le Tourneau, *op. cit.*, pp. 273 s.

⁵²⁴ CEDH 20 janvier 2011, *Arrêt Hass c. Suisse* ; la Cour rappelle « qu'il n'y a pas de violation de l'article 8 et que l'exigence d'ordonnance a pour objectif légitime de protéger toute personne d'une prise de décision précipitée et que si l'Etat prévoit la possibilité légale de recourir au suicide assisté, il conserve néanmoins le devoir de veiller à éviter tout abus dans l'usage de cette faculté. Cette nouvelle décision de la Cour confirme une nouvelle fois qu'il n'est pas possible de se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'homme pour revendiquer la légalisation d'un prétendu droit à l'euthanasie ou au suicide assisté. »

*de mourir dans la dignité*⁵²⁵. Or une telle demande semblerait répondre à l'élargissement du message du législateur de 2010⁵²⁶ lorsqu'il confirme, par la révision de l'article 37 du Code de déontologie médicale, l'interdiction de tout *acharnement thérapeutique*. Ne pas s'acharner est donc une garantie du respect de la *personne*, introduisant par là pourtant un questionnement légitime quant à l'autonomie de celle-ci : la *personne-malade-mourante* peut-elle encore réellement décider dès lors que le corps médical ne souhaite plus intervenir, ayant estimé que la personne est morte en théorie. En reformulant la question, la *personne-mourante*, doit-elle exister en tant que concept indépendant du reste du droit des personnes, en y intégrant épisodiquement des résidus de celui-ci ?

C. La question du philosophe du droit quant à l'existence d'une *personnalité juridique-malade-mourante*

202.- A considérer qu'une acception de philosophie du droit de la santé de l'homme (1.) puisse entrer dans le cadre d'un idéalisme universalisant de la théorie hégélienne des « Principes de la philosophie du droit »⁵²⁷, il deviendrait alors possible d'admettre qu'une telle démarche relèverait d'un certain « humanisme » (2.), justifiant aujourd'hui à la fois aussi bien les démarches du « néo-scepticisme et du néo-empirisme des positivismes », faisant de l'opinion et du consensus une fin *subjective* idéaliste, qu'un « néo dogmatisme et un néo-rationalisme du droit naturel » [...] qui, sous prétexte de pourchasser le relativisme, s'attachent à un fondement mais qui le veulent fondateur de solutions et y absorbent toute la

⁵²⁵ Notons que cette formulation est tombée dans le langage communément admis de ceux qui attendent la systématisation de la mort volontaire ; voir en ce sens les positions fracassantes de l'ADMD, notamment publication du 13 août 2012 relative à l'autorisation de suicide assisté émanant de la justice canadienne ; l'association prend cet exemple marginal comme point de départ d'une énième requête en législation globale, s'appuyant sur « l'abandon » de Chantal Sébire, autre exemple marginal.

⁵²⁶ Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010.

⁵²⁷ G. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit. ; sans entrer dans trop de détails, mais uniquement dans le but de soutenir l'approche de philosophie du droit qui apparaît en filigrane dans les fondements théoriques du droit de jouissance de la personnalité juridique-malade-mourante, il convient de faire état des critiques que Hegel adresse à la philosophie kantienne de l'impératif catégorique qu'il dénonce être une moralité subjective purement formelle de l'action morale. C'est à partir d'une liberté subjective qui n'est pas à la hauteur d'une loi universelle que Hegel entend faire reposer les fondements de la peine, et ainsi plus largement de toute responsabilité. Il dépasse le formalisme kantien pour en réalité en créer un nouveau qui énonce les bases de l'individualisme moderne sur les conceptions des économistes de son temps (Ricardo, Smith) faisant de la coopération la clé de voûte d'un système où l'intérêt de l'un ne vaut pour les autres que s'il est défendu d'abord par l'un et pour l'un. Pour aller plus loin, voir notamment E. Fleischmann, *La philosophie politique de Hegel*, Plon, 1964., ou encore la version annotée de la traduction des *Principes de la philosophie du droit* par J-F Kervégan, op. cit.

réalité de l'être et du devoir être. »⁵²⁸. Il en serait ainsi des droits subjectifs tels qu'ils sont entendus dans les discours de la méthode philosophique contemporaine (3.). Contre cet idéalisme *bioéthique* de la *personne*, il serait certainement préférable d'y opposer une philosophie métaphysique en ses fondements, afin de réintroduire *celle-ci* dans une authentique perspective de philosophie du droit de la santé (4.)

1. L'existence effective d'une philosophie du droit de la santé

203.- Toute démarche de philosophie du droit entend embrasser *l'ensemble du droit*, de la base au sommet⁵²⁹, et en ce sens n'exclure aucune matière en considérant uniquement son maintien dans une démarche objective, procédant d'une conception de l'*être-droit* ontologiquement fondé ; et ce comme condition *sine qua non*, d'une part, mais ensuite et corrélativement, dans une approche non plus dialectique uniquement, mais qui fait être l'*être* en même temps, en considérant le droit privé comme point de départ de toute réflexion du philosophe juridico-politique⁵³⁰

204.- C'est « un effort d'universalisation qu'exige la perspective de justification philosophique du droit, commençant par le droit privé »⁵³¹ et donc que ce n'est qu'après avoir pratiqué un tel examen critique [après avoir démontré que tout idéalisme dénonçant les formes de l'individualisme le renforce et le favorise en réalité par l'introduction d'un totalitarisme rendu effectif par un langage de droit positif] que l'on peut percevoir comment se présente un ordre ontologique qui engage dans un réalisme et qui permet d'aller du droit privé au politique ». Ainsi le droit privé est « au dessus » du politique qui ne peut le dire, mais seulement le garantir et l'adapter eu égard à la « dignité native » de la *personne*, rendant la justice dont elle procède « tributaire d'une exigence d'égalité, tout en refusant d'en faire la valeur fondatrice »⁵³² ; considérant qu'il n'existe « d'égalité qu'au service de la dignité et non

⁵²⁸ J-M Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 11-12.

⁵²⁹ Voir en ce sens H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., *passim*.

⁵³⁰ Voir à ce propos J-M Trigeaud, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit., p. 1014.

⁵³¹ *Ibid*, p. 1010.

⁵³² *Ibid*, p. 1004.

l'inverse »⁵³³ ; et restituant l'ordre d'une vérité totale, contrairement à celle qu'exige « l'art de sophistes »⁵³⁴ .

205.- C'est en ce sens qu'il conviendra de considérer qu'il existe une philosophie du droit de la santé étant entendue que le droit de la santé repose sur les notions de dignité, de liberté et d'égalité-équité comme l'indique le professeur Clément⁵³⁵. Elles sont toutes celles-là même que le droit privé entend associer à une définition de *la personne et des biens*. Et si le droit de la santé n'est pas qu'un droit privé, il est admis que celui-ci est le point de départ de toute cause légale, et ainsi de toute réflexion de philosophie juridico-politique.

2. Humanisme de la santé et principes de philosophie du droit

206.- La notion d'humanisme serait entendue comme valeur refuge ; où chacun viendrait se retrouver au nom des *droits de l'homme* que nul n'est censé ignorer, mais plus encore que nul n'est censé nier. Toutes les constructions et reconstructions de tous ordres deviendraient possibles à ce sujet, justifiant parfois même d'atteintes à la causalité première de la *personne*, en la caricaturant à l'extrême par l'usage de « formalismes générateurs d'exclusions ».⁵³⁶

207.- Cette pensée est positiviste, et elle nie la *personne* profonde « dans sa faculté de saisir une essence universelle et d'en médiatiser les exigences » ; elle en viendrait à démontrer un humanisme « contraire », qui « n'évite pas de se référer à une certaine idée de l'homme, même si son contenu est variable et relatif ». Cette pensée soumettrait la liberté « au respect de la volonté législative et aux conditionnements matériels qu'elle subit. »⁵³⁷. Le mourant serait autonome, certes, mais parce que la loi lui aurait dit avant de l'être ce que c'est que de l'être. La négation de l'être se ferait alors par la négation déjà plus visible de ce que l'être veut, réellement, en dehors des premiers conditionnement que le langage présuppose, *a fortiori* lorsqu'il est de nature normative.

⁵³³ *Ibid*, p. 1020.

⁵³⁴ *Ibid*, p. 1021.

⁵³⁵ J.-M. Clément, op. cit., *ibid*, p. 45.

⁵³⁶ J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, p. 12.

⁵³⁷ J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, P. P. Ottonello, M. A. Raschini, *Sur le néo-positivisme*, BPC, Bière, Bordeaux, 1990, p. 11

208.- Voyons ainsi comment la *bonne volonté* législative se justifie dans l'exigence conventionnaliste et volontariste de Dun Scot, ainsi que dans la pensée conventionnaliste et nominaliste de Guillaume d'Occam, dont le « positivisme a pu retenir quelques interprétations qui en préparent en quelque sorte l'armature » annonçant « le volontarisme moderne sous son aspect précisément *formaliste*, tel qu'il est issu de Kelsen. »⁵³⁸. La volonté de la *personne* est désignée, elle est montrée et proclamée par le législateur en toute occasion, toutefois, elle serait totale avant tout en apparence. Car au fond, elle ne répondrait qu'à des exigences restrictives de définitions, la morcelant, et ne retenant que certains aspects au détriment d'autres moins fédérateurs ; il en serait ainsi d'une démarche consensualiste, s'avouant facilement humaniste, typique de l'ère moderne.

209.- Cet humanisme là serait au commencement de la théorisation des droits modernes de la personnalité, reposant sur un droit positif des droits de l'homme⁵³⁹, conventionnaliste et volontariste⁵⁴⁰, axiologique et pragmatique⁵⁴¹, *programmatique* en son formalisme⁵⁴², contre tout « humanisme en tant que prise de conscience par l'homme d'une nature non modifiable », cette conception reposant sur la « possibilité d'une vérité absolue à laquelle serait suspendue la nature de l'homme [...] [et] celle, surtout, d'une liberté également absolue comme inhérente à cette nature. »⁵⁴³. Il y aurait donc en réalité une méconnaissance profonde de l'homme, entretenue par une démarche de politisation des perspectives de définition des termes qui font *être* la *personne*, attendu qu'il serait désormais communément admis,

⁵³⁸ J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, *ibid*, pp. 35-37.

⁵³⁹ Voir en ce sens A. Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, *op. cit.*

⁵⁴⁰ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, *ibid*, pp. 11 et 22-59.

⁵⁴¹ *Ibid*, pp. 98-109.

⁵⁴² *Ibid*, pp. 121-131. Voir notamment l'idée de programmatique dans la thèse du « scientisme-technologisme » de Ottonello « dans la culture contemporaine - à savoir depuis Hegel- étant entendu que « la culture contemporaine est la parabole des dissolutions de la philosophie – consécutives aux dissolutions de la métaphysique – à travers les formes tendanciennes prévalant avant la réduction de la science à la technique : la trajectoire de ces réductions en chaîne équivaut au nihilisme comme tendance prédominante à son tour dans le monde contemporain, en tant qu'*a métaphysique* et *a chrétien*. » : *ibid*, p. 122, Ottonello de Tradition chrétienne en son discours renvoyant à l'archétype christique, et métaphysicien dans sa pensée, renvoyant ainsi à un critère objectif, ou principe absolu qui en réalité n'appartient à aucune Tradition, et qui trouve les modalités de son expression chacune d'entre elles. Et l'auteur, de poursuivre au sujet de la philosophie hégélienne en tant que point culminant de toute réduction niveleuse de la culture au-dessous d'elle-même car au-dessous de l'intégralité de la personne », affirme qu'elle « réduit » et « dissout » par là toute métaphysique en « naturalisme panthéiste ». Le néo-positivisme ici dénoncé, procédant d'un néo-empirisme (voir *op. cit.*, *ibid*, pp. 124-125) engage le droit contemporain dans la voie de l'extinction de sa source la plus authentique, métaphysique et ontologique, caricaturant la personne sous des formes fermées de son existence, fermées par des approches exclusivement sensibles et immédiates. Voir également dans le même sens, A. Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, *ibid*, Chap. V, 6., pp. 98 et svt, sur *Droits de l'homme et programmation technocratique*.

⁵⁴³ J.-M. Trigeaud, *Humanisme de liberté et philosophie de la justice*, Tome I, BPC, éd. Bière, Bordeaux, p. 23, cité par M. Tancelin, *Les cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, pp. 1035-1038, <http://id.erudit.org/iderudit/042994ar>.

relativement à une forme de conséquentialisme, que *celle-ci* doit être décrite pour s'actualiser. Or, loin de pouvoir nier l'*être*, ce positionnement théorique se doit de l'intégrer à son entreprise, en y associant ce qui fait être l'*être*, à savoir sa subjectivité. Autrement dit, c'est en reconnaissant l'existence de droits subjectifs, en les proclamant, qu'il deviendrait plus admissible de limiter les droits de la *personne*, sans d'ailleurs que cela ne soit nécessairement perceptible immédiatement, car de telles déclarations permettraient de lui accorder de « belles promesses ».

3. Droits subjectifs et promesses de « belle personne »

210.- Il s'agirait là de l'avènement des droits dits *subjectifs*, entendus au sens moderne qu'on leurs connaît, le concept même ayant été forgé et théorisé notamment par Perreau, dès 1909⁵⁴⁴. Quant à Oppetit, il considère qu'une telle entreprise doctrinale, humaniste, serait le fruit de l'influence d'une philosophie juridique idéaliste⁵⁴⁵. Il n'est pas question ici de décortiquer les querelles d'écoles. Il est plutôt préférable de partir du postulat, qu'en effet, une telle doctrine provient d'une certaine forme d'idéalisme kantien, ainsi que néo-kantien, en tant que source des dépassements hégéliens observés⁵⁴⁶.

211.- *Pour les uns* elle garantirait l'épanouissement du singulier individuel, dans un rapport de transcendance à celui-ci, par la capacité de l'homme à s'élever au-delà de sujétions particulières. *Pour les autres*, elle conduirait à pousser l'égoïsme individualiste jusqu'au paroxysme du narcissisme destructeur, de la réalisation des droits du sujet, droits assimilés aux seuls désirs⁵⁴⁷. C'est ici dès lors que se pose une première question quant à la place du sujet de droit, relativement au respect d'un certain humanisme, lorsqu'il se voit soumis aux droits de la personnalité confrontés à un état de santé. Car de tout idéalisme il est nécessaire de dégager des termes *a priori*. Ainsi, en matière de droit de la santé, il s'agirait de considérer l'état de santé, décomposés en une multitude de paramètres possibles, comme fondement de celui-ci, réduisant la notion de personne à celle de mourant, en tant que sous-concept.

⁵⁴⁴ V.E.-H. Perreau, *Les droits de la personnalité*, RTD civ., 1909, 501.

⁵⁴⁵ F. Terré, et B. Oppetit, *Philosophie du droit*, op. cit.

⁵⁴⁶ Voir note n° 291 et suivantes justifiant une thèse allant en ce sens.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens toute l'influence du conventionnalisme volontariste ainsi que du conventionnalisme nominaliste dont procède tout droit positif des droits de l'homme dans les notes précédentes.

212.- Bien évidemment que l'interrogation philosophique relative à la *personne*, traditionnellement aux sources même de l'émanation juridique, ne pourrait se résumer, en matière de santé, à l'émergence de la notion de sujet pensant procédant de la philosophie du droit hégélienne. Voyons tout de même, sans non plus entrer plus avant dans cette voie, en quoi le natif de Stuttgart pourrait être, aux cotés des théories respectivement développées par Kant et Descartes, à l'origine d'une forme d'obligation théorique de spécifier la *personne*, par constructivisme. En effet, Hegel, pour sa part, affirmait que l'expérience originaire, qui serait à la source de la conscience de la *personne* par elle-même, n'est pas celle du sujet pensant, mais au contraire qu'elle est constituée par relation d'interaction entre le regard de « l'autre », et le « je », permettant la saisie intuitive de sa radicale altérité. La personne se construirait donc par son engagement dans la société, opérant une relation intersubjective et sociale. Ce n'est que parce que la personne pourrait se situer, dans un espace et un temps, et que de plus elle se projetterait substantiellement à travers une existence partagée, qu'elle parviendrait à se percevoir. **Cette théorie considérant, l'altérité dans un ordre déjà défini, limiterait l'existence de la personne à ce que celle-ci réussirait à connaître. Autrement dit, dans pareille perspective, la personne du mourant ne saurait être que ce que la loi délimite de plus perceptible en tant que personne, et ne pourrait se répondre à elle-même quant à ses attentes les plus intimes, celles de ses droits subjectifs, qu'à partir de ce que la loi, et plus largement le droit dans son ensemble, entend lui attribuer. Les droits subjectifs de la « belle personne-mourante » serait donc des concepts réunissant les termes de l'indicible, sans pour autant leurs en permettre l'expression libre.**

213.- En ce sens, la promesse de considérer l'*indicible personne*, ne saurait être totalement respectée, et il serait insuffisant de se limiter à la seule pensée hégélienne, afin de respecter la promesse de « belle mort », car elle n'y verrait qu'un artefact, post-existential à un ordre imperceptible, dont il serait certes l'immédiate suite, mais dont il ne faudrait pas faire cas, dans la mesure où il ne permettrait pas de dégager des critères dans l'ordre du droit, afin d'élaborer une norme stable. C'est pourquoi, afin de dépasser cette philosophie idéaliste, insuffisante dans sa capacité non pas à percevoir l'essence, mais à la rendre effective dans l'agencement global de l'ordre social, il est impératif de faire parfois référence à des auteurs bien antérieurs, d'une tradition philosophique métaphysicienne, capable de saisir quant à elle *l'unité première* à la construction nécessairement artificielle d'une norme. Ainsi, sans remettre en cause les acquis *biotechnologiques* de notre temps, ni en prétendant étudier le discours philosophique en lui-même, retenons qu'en matière de philosophie appliquée au droit

de la santé, la parole éternelle d'un auteur tel que Pythagore pourrait nous conduire sur une voie transcendant le droit positif, pour accéder à un droit non plus naturel⁵⁴⁸, ni divin⁵⁴⁹, mais celui de l'homme universel⁵⁵⁰, un *droit premier*. Simplifiant à l'extrême la norme originelle, ne la rendant parfois effective que derrière un langage hermétique, le discours résiste toutefois au temps. Autrement dit, la *personne* n'est jamais conditionnée dans pareille conception. Seule sa dimension sacrée est respectée, telle que la Constitution de 1958 peut le rappeler. Et en matière de santé, rien ne saurait être plus essentiel que le onzième alinéa du Préambule de 1946, ne laissant pas d'autre alternative que de regarder systématiquement la vie comme une *chose* sacrée. Dès lors, les droits tirés de pareilles observations ne pourraient être que subjectifs, car ils ne seraient relatifs qu'à ce qu'il y a de plus indicible, mais toutefois de perceptible, intuitionnellement. En ce sens, retenons que les seules dispositions du droit commun suffiraient à préserver le mourant, au moyen d'un *droit premier de la santé*.

4. Droits premiers de la santé

214.- C'est en disant ce qu'est le droit de la santé qu'il serait alors accessible de le nier quant à ses fondements originaux (4.1.). Or, rien ne s'opposerait à ce que le législateur en particulier, parfois même inconsciemment, se nourrisse à la source de toutes les causes du droit de la santé (4.2.).

4.1. Transcender le droit positif pour revenir à sa source, revenir à sa cause première.

215.- . Ainsi pourrions-nous poser une nouvelle interrogation, une mise à l'épreuve du nominalisme *biomédical*, et de son emprise conséquentialiste sur une phénoménologie

⁵⁴⁸ Au sens des jusnaturalistes positivistes, ce *positivisme* là ayant précédé le « positivisme tout court ». Il est celui qui « a inauguré cette méthode suivant laquelle le point de départ de la justice dépend de la subjectivité humaine et refuse de s'installer dans l'être qui la dépasse. » : J-M Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, p. 133.

⁵⁴⁹ Un droit divin au sens d'une théologie du droit dialectique ce qui ferait demeurer le langage nécessaire à toute vérité dans l'ordre d'une « intelligence technicienne et dianoétique. » : J-M Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome I, *ibid*.

⁵⁵⁰ Voir la notion chez J-M Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, ou encore dans un prolongement théologique et métaphysique dans la tradition islamique annonçant le caractère Universel de Muhammad en tant que réalisation ultime de l'Homme Universel, ou celui qui agit dans « le désintéressement de la relation » (J-M Trigeaud, op. cit. *ibid*, p. 48), en tant qu'il fut le *porteur* du sceau de la Prophétie, manifestant le rôle *médiatique* de l'hypostase muhamadienne par son accomplissement prophétique, à la suite de « l'hypostase christique. » (J-M Trigeaud, op. cit. *ibid*, p. 49).

juridique de la santé, dont le mourant devrait bénéficier en voyant son statut être plus protecteur que les dispositifs légaux ne l'avaient permis jusqu'en 2005 notamment.

216.- Car, si la place de l'humanisme des lumières est indéniable, et ce jusque dans le *corpus* même du texte du code civil⁵⁵¹, explicitant les premières traces de l'avènement de l'individualisme juridique, force est de constater que son vocable a subi des mutations. Ainsi, au milieu du XX^{ème} siècle, après une deuxième guerre mondiale marquée par un nouveau génocide particulièrement meurtrier, la réflexion philosophique opère un tournant⁵⁵². Le droit entame une nouvelle ère : celle de l'éthique, marquant la cristallisation du sujet de droit comme épicerie de la matrice juridique. Le « je » n'a jamais eu autant d'importance depuis cette époque. Ainsi, il se technicise pour devenir celui d'une éthique nominaliste, structuraliste, idéaliste⁵⁵³, ne regardant plus que la vie, le *bios*, afin de se repentir du négationnisme de celle-ci.

217.- Il suffit d'ouvrir le lexique des termes juridiques, et lorsque le lecteur cherche une définition de la notion d'éthique, celle-ci est expressément affublée de son *quasi* suffixe « biomédicale »⁵⁵⁴. De plus, elle est exclusivement définie par un emploi emprunté au droit pénal, relativement aux notions de clonage, ainsi que d'eugénisme ; la boucle est bouclée, le cercle très restreint de la notion est tracé. Ainsi, reste-t-il un champ d'investigation considérable lorsque le praticien médical s'enquière à appliquer sa science, et ce dans une quête de respect de la *personne*, au nom d'un certain humanisme, d'une certaine éthique dont nous tracions les contours théoriques, en comprenant la source des droits subjectifs modernes.

⁵⁵¹ Voir notamment pour une première approche, J. J. Delsol, *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, Librairie du Conseil d'État, Paris, 1867, 12. ; pour une approche renouvelée, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* ; ou encore J. Carbonnier, *Théorie sociologique des sources du droit*, Sociologie juridique, Cours rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de M. J. Carbonnier, 1960-1961 ; www.cujas-num.univ-paris1.fr; et plus récemment et indirectement par l'explicitation des sources des théories du droit moderne, J-M Trigeaud, *Personne, Droit, Existence*, op. cit., 2009.

⁵⁵² Voir en ce sens P.P. Ottonello, in J-M Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, pp. 124-125.

⁵⁵³ P. P. Ottonello *Du scientisme au technologisme*, in *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, *ibid*, p. 124-125.

⁵⁵⁴ Voir Lexique des termes juridiques, Dalloz, préc. : le terme d'éthique n'est pas défini. Il n'existe que le terme *éthique biomédicale*, associée au droit pénal et se définissant comme l'« ensemble des règles de déontologie qui domine l'activité de la recherche médicale. L'article 511-1 du code pénal érige en crime dont l'auteur est passible de vingt ans de réclusion criminelle le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à la sélection des personnes ». Il est évident que l'éthique ainsi considérée est bien le reflet d'une conception idéaliste en ce sens qu'elle se borne à être ultra spécialisée, à ce qui est *le plus grave, au mépris de ce qui le serait moins*.

218.- Voilà pourquoi le juriste se devrait aujourd'hui peut être plus que jamais, compte tenu de la rigueur matricielle imposée par la recherche médicale, d'accéder aux fondements de la réflexion philosophique. Un tel postulat élémentaire permettrait la construction d'un garde-fou contre les intrusions formelles dans l'univers singulier de l'être, lorsque la *personne-malade-mourante* n'est plus que l'objet d'une éthique *déshumanisée, techniciste*, obéissant aux lois créées à partir d'un *en-dehors* hégélien qui fait la personne, conformément au « processus du « devenir-personne » de l'idéalisme allemand »⁵⁵⁵.

4.2. Se nourrir aux sources de ce qui fait la personne

219.- C'est en se nourrissant, peut-être inconsciemment, à la *source indépassable et intarissable* de « la connaissance de l'être [qui] par l'intuition de l'esprit débouche sur une reconnaissance de son devoir-être par la volonté agissante dans le monde social... »⁵⁵⁶, que serait caduque tout le mouvement de justification philosophique idéaliste moderne. Philosophie romantique du rejet de l'introduction au corps légal de quelque pratique euthanasique active que ce soit, au nom de la primauté d'un droit à la vie, interprété *a contrario*, elle serait en elle-même une justification qui nierait son propre contenu subjectif et archétypal, préconisant un droit non établi en tant que tel⁵⁵⁷. Il s'agirait d'un droit qui ignorerait que son contenu serait lui-même inféodé au droit sous-jacent et indépassable de la vie sur elle-même. Il tendrait donc à pouvoir s'éteindre dans le témoignage de son contraire, substantifié dans sa propre formulation.

220.- Le droit à la vie, justifié *idéalement*, confondrait alors le droit à la mort⁵⁵⁸, par une volonté de créer la *dignité* de celui qui la porte en réalité avant, car nativement⁵⁵⁹, ignorant

⁵⁵⁵ J-M Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit, p. 58.

⁵⁵⁶ *Ibid*, p. 59.

⁵⁵⁷ La CEDH la bien rappelé dans l'affaire D. Pretty ; Le Conseil constitutionnel rappelant également toutes les précautions d'usage dans l'élaboration de la loi de 2005 quant au respect des droits de l'homme.

⁵⁵⁸ J-M Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit, p. 211 ; ici l'auteur fait état de l'incapacité « à identifier la mort de la vie » de celui qui croit que vivre c'est mourir, par le choix de son moment et de son déroulement ; il est cet « homme-qui-voulait-mourir ».

⁵⁵⁹ L'acquisition de la personnalité juridique en droit français se fait au moment de la naissance, à condition que la *personne* naisse vivante et viable. Dès lors, à considérer que le sujet de droit, une fois née, possède en substance toutes les règles qui font la *personne* en potentialités réalisables et actualisables, il est à considérer que ce n'est pas la personnalité juridique qui *fait* la *personne*, mais que c'est au contraire la *personne* qui *fait* la personnalité juridique. La *personne* ne devient pas, elle *est* ce qui fait le devenir de la personnalité juridique en tant que celle-ci va accomplir ses potentialités, et que c'est le droit qui se doit de garantir cette liberté d'être par l'agir, au nom de sa *liberté* première. Voir en ce sens, J-M Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, et encore du même auteur, *Métaphysique et éthique au fondement du droit* et sur la « liberté de mourir » plus particulièrement, *Justice et Hégémonie*, p. 211.

ainsi la liberté qui le dépasse ontologiquement, et que nul droit ne peut formuler en « *liberté de mourir* »⁵⁶⁰. Aucune résistance théorique à l'acte d'euthanasie ne pourrait perdurer en se fondant sur un *droit à la vie* regardé comme acquis postérieurement à la vie juridique. En sacralisant à la vie, en la dignifiant, aucun droit du mourant ne pourrait répondre à la totalité du droit de la personne qui le précède.

221.- Ici, la confusion serait celle d'une liberté, fruit d'une volonté individuelle imposée à tous et non d'un droit d'être libre. C'est à partir de ce constat, certes quelque peu simplificateur, que l'on comprend toutes les justifications d'un *contre-la-mort-volontaire*, sur le fondement d'une *liberté* qui revendique la dignité du droit à la vie jusqu'au bout, procédant d'un naturalisme positiviste qui considère que la *personne* ne se connaît pas, ou qu'elle n'est pas capable de se *re-connaître* par l'expérience d'elle-même. En pratique, le mourant ne pourrait parvenir à n'être libre que parce qu'il lui aurait été préalablement accordé de l'être.

222.- Pourtant, il y a lieu selon l'attitude jusqu'ici suivie dans la présente recherche de dire en quoi ces justifications s'annulent en elles-mêmes, car, celui qui *fait* le droit entend permettre le dépassement de cette volonté moralisante et extérieure émanant du politique, par ce qu'il croit être la dignité, en sorte qu'elle s'exprime dans le libre-arbitre cartésien du choix. La *personne-malade-mourante* est ainsi enfermée dans la dialectique du respect de la loi qui oblige le personnel médical à soigner⁵⁶¹, et qui lui permet de refuser de recevoir le soin⁵⁶² : la pratique euthanasique est ainsi réfutée par l'obligation d'accompagner par les soins la *personne-malade-mourante* jusqu'à la mort, et justifiée *passivement* par la possibilité de sauvegarder « la dignité du mourant » le renvoyant vers l'application de l'art. L 1110-10 du Code de la santé publique relativement aux soins palliatifs. Il s'agit d'une philosophie qui prend des moyens pour des fins, des conséquences pour des causes et qui, réduisant les effets à des principes, engage une démarche qui éteint *l'action* du droit dès lors que celle-ci a fini *d'agir*. Autrement dit, la *personne-mourante* est toute à la fois prisonnière des obligations du personnel soignant, et prisonnière de sa propre liberté, car celle-ci est conditionnée, *a priori*. **C'est en se fondant sur l'être indépassable et principiel, que le droit pourrait éviter de se dire et se médire en une seule formule qui ne totaliserait pas toutes les potentialités de sa manifestation.**

⁵⁶⁰ J-M Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, *ibid*, p. 223.

⁵⁶¹ Art. L 1110-5 al. 1 du Code de la santé publique.

⁵⁶² Art. L 1110-5 al. 2 du Code de la santé publique.

223.- C'est en révélant les aspects les plus empiriques de *l'être-personne*, en les assimilant à des critères vérifiant l'effectivité de jouissance des droits du sujet de droit, que la *personne-malade-mourante* est parvenue à s'extraire du corps commun du droit des personnes. Conjonction d'une pluralité de facteurs extérieurs à la volonté propre de la personne, c'est notamment la médicalisation de celle-ci qui a eu pour cause-conséquence de permettre l'émergence d'un droit subjectivisé, pour mieux être objectivisé dans la nécessité de protéger la personne des intrusions extérieures, mais aussi d'elle-même, dans la maladie.

224.- C'est en ce sens que la législation française a évolué vers une reconnaissance d'une euthanasie *passive*, passant par l'avènement de l'autonomie de la volonté entendue comme point culminant de l'expression de la dignité de la *personne-malade-mourante*⁵⁶³, en *souffrance*.

Paragraphe.V. La maladie en tant qu'objet de droit : le passage de la *personne mourante à la personne en souffrance*

225.- A moins d'être initié au langage spécifique propre à l'exercice de la médecine, toute personne entrant dans une unité hospitalière se retrouve très vite noyée dans un *imbroglio* de terminaisons qui sont dès lors inaccessibles à sa compréhension. Le juge de la Cour de cassation, conscient des limites représentées par cette barrière linguistique, est venu le premier satisfaire le désir de savoir, traduit d'abord par la doctrine⁵⁶⁴, puis par le justiciable, en consacrant le devoir d'information⁵⁶⁵ de la *personne-malade-mourante*, afin que cette

⁵⁶³ Il convient d'ajouter que des propositions de loi allant encore plus loin ont été déposées au Parlement ; voir en ce sens la proposition de loi n° 1446 émanant de M. Y. Cochet, visant à instituer *Le droit de mourir dans la dignité et garantissant aux médecins le droit de conscience*, proposition de loi enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 février 2004, renvoyée à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement, et présentée par M. Y. Cochet, Mme. M. Billard et M. N. Mamère. Ces derniers rappellent que le débat se place sur le terrain du droit, sur les fondements du droit de la personne : « La Hollande, la Suisse romande et alémanique, la Belgique, l'Etat d'Oregon, la Colombie et bien d'autres pays démocratiques ont légiféré et encadré ce droit à mourir dans la dignité qui se confond avec une liberté individuelle fondamentale. ».

⁵⁶⁴ Voir Savatier, *D.* 1948, 298, et *D.* 1952, 53, note crit. Savatier, ss. C. cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1951.

⁵⁶⁵ La Cour de cassation consacre le devoir d'information avant que la loi ne l'envisage; le manquement à l'obligation d'information fut consacré lorsqu'un praticien avait procédé à une ligature des trompes de la patiente sans avoir obtenu son consentement préalable: C. cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1988, *Bull.* 1988, I, n° 280, ou lorsque le praticien avait modifié une stratégie sans raisons valables ni consentement de l'intéressée, dans le cadre d'une opération de chirurgie esthétique en prélevant un lambeau cutané sur un endroit du corps qui n'avait pas été celui

dernière puisse exprimer un consentement libre et éclairé⁵⁶⁶. Se faisant, le législateur a souhaité consacrer cette obligation d'origine prétorienne, afin de parfaire ce qui est devenu communément appelé *le droit du malade*, en l'introduisant au *corpus* des lois *bioéthiques* de 2002⁵⁶⁷. Dès lors, si l'obligation est devenue légale depuis l'avènement du mouvement *bio-éthico-juridique*⁵⁶⁸, de toute évidence celle-ci se *moraliserait* dans les faits. Elle aurait pour premier souci de protéger le mourant de sa douleur, en lui offrant les meilleures perspectives dans sa prise en charge, en s'appuyant sur la notion subjective de dignité procédant du respect dû à la vie privée (A). Par ailleurs, il s'agirait du respect du devoir d'information permettant la mise en état de malade (B.).

A. La prise en charge de la douleur à l'aune de la vie privée

L'émergence des premiers critères de juridicité du concept de personne-mourante

226.- La lutte contre la douleur ainsi que l'accompagnement de la fin de vie sont des principes à caractère éthique distingués en droit⁵⁶⁹. Ils sont des obligations incombant aux établissements de santé relativement à la satisfaction de l'intérêt général⁵⁷⁰. Ils ne peuvent

convenu avec la patiente: C. cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 1992, *Bull.* 1992, I, n° 16., de plus la Cour a rappelé que la charge de la preuve que l'obligation d'information avait été honorée incombait au praticien qui peut la rapporter par tous moyens, y compris par présomption : C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 75. Précisons que le manquement à l'obligation d'information ne pouvait ouvrir à responsabilité du médecin qu'en tant qu'il existait un lien établi entre celui-ci et un dommage corporel avéré ; cette obligation tombe à l'occasion d'un arrêt décisif : C. cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 128., confirmée depuis par C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, n°11-18.327, *D.* 2012, p. 1794, reprenant mot pour mot les termes de l'arrêt du 3 juin 2010. Il convient de préciser que cette évolution du droit à être informé en matière médicale procède d'un droit découlant de la loi, ce qui explique le visa de l'article 1382 au lieu de l'article 1147 du code civil. La Cour de cassation précise elle-même au sujet de sa jurisprudence que c'est « ainsi, [que] s'opère un rapprochement par rapport aux droits de la personnalité : sur le fondement de l'article 9 du code civil « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » : C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, préc. ; ou encore C. cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 378.

⁵⁶⁶ Voir C. Daver, *De la relation de confiance à l'obligation d'information : ... quelques réflexions sur la genèse d'une obligation*, in *Cah. dr. entr.* 2001/1, p. 20.

⁵⁶⁷ Le fondement légal et non plus contractuel du devoir d'informer est devenu un droit du malade avec la loi du 4 mars 2002. Pourtant, les revirements de la Haute Cour civile suggèrent un retour à l'approche délictuelle, *contra legem*. Voir C. cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010.

⁵⁶⁸ Depuis la première loi dite *bioéthique* de 1994 jusqu'à l'avènement de celle de 2005.

⁵⁶⁹ La lutte contre la douleur est indépendante de la fin de vie.

⁵⁷⁰ Le service public hospitalier n'a jamais en tant que tel posé de problème de droit quant à son statut de service public ; pourtant la loi du 31 décembre 1970, préc. qui va en sceller l'existence. La mission d'intérêt public apparaît à l'art. L. 6111-1 du Code de la santé publique ; notons que le présent article n'opère aucune distinction entre « les établissements de santé, publics et privés [...] ». Cette « brèche dans la reconnaissance d'un réel service public hospitalier autonome » selon B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit. , *ibid*, p. 146, note n° 532 est un élément nécessaire dans l'admissibilité d'un droit du patient qui transcenderait la *suma divisio* traditionnelle. En ce sens, un droit commun privé/public suggérerait l'existence d'un droit de la *personne*, premier à toute forme d'actualisation en droit objectif du droit positif, et dans lequel le droit de la santé, entendu

donc souffrir d'aucune exception. Il est ainsi précisé que les « vertus médicales » seraient la meilleure « réponse à la souffrance des malades en fin de vie »⁵⁷¹, et plus largement à tout patient hospitalisé qui a entrepris une lutte contre la douleur ; s'appliquant particulièrement à celle entrant dans le cadre de l'accompagnement de la fin de vie, elle constitue une obligation non seulement de nature « médicale » et « éthique »⁵⁷², mais également « juridique »⁵⁷³, secondairement pour l'hôpital. Elle pèse d'abord sur le praticien (1.) prenant ses sources dans le droit de la personne qui souffre (2.). Celui-ci sera donc dépendant de la conceptualisation de la notion éthique par des politiques publiques de santé (3.).

1. Le praticien à l'épreuve du secret médical comme garantie de la l'inviolabilité de la vie privée

227.- Bien que le praticien agisse au sein de l'établissement public de santé, c'est sur lui, en tant que personne que pèse la lourde tâche de prendre en charge le mourant (1.1.). L'obligation du secret médical, objet vivant du droit au respect de la vie privée, repose donc d'abord sur lui (1.2.).

1.1. Premières approches des devoirs du praticien comme fondements théoriques visant la *personne-mourante*

228.- Il est évident qu'un praticien, quelque soit son niveau de compétence, ne puisse revendiquer, *a priori*, qu'une connaissance médicale. Certes, il est aujourd'hui courant de rencontrer des praticiens ayant reçu dans le cadre de leur formation initiale, des cours propres

comme droit générique, trouverait sa place comme premier fondement d'un *intérêt public* hospitalier, *droit de ce qui est bon pour la santé*, et qui n'aurait nul besoin de devoir appartenir à un domaine spécifique du droit.

⁵⁷¹ J.-Y. Goffi, *Pour une éthique fondée sur la vertu*, in *Penser l'euthanasie*, Paris, PUF, coll. Questions d'éthique, 2004, pp. 142-150, in *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, ss. Dir. F. Dreifuss-Netter, Problèmes politiques et sociaux, n° 926, juillet 2006, pp. 52-53.

⁵⁷² *Ibid*, p. 52.

⁵⁷³ C'est la loi du 9 juin 1999 qui introduit le droit aux soins palliatifs, ceux-ci étant défini comme « des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. » Sur les soutiens à l'entourage et notamment la souffrances de la famille dans l'intention du mourant de mettre un terme à ses jours, voir, F.R. Cerruti, *L'euthanasie : approche médicale et juridique*, Privat, 1987, p. 270.

à les sensibiliser à la matière juridique. Pour autant, celle-ci ne pourrait demeurer que secondaire.

229.- Propre à protéger la dignité du mourant, la référence juridique se doit, *a priori*, de correspondre à un état de santé propice au développement de la douleur. Cette dernière serait d'abord corporelle, puis pourrait se prolonger en souffrance morale⁵⁷⁴. Rappelons à ce sujet que le praticien se doit d'accompagner moralement le patient, et le cas échéant déléguer cette mission à un collègue dont la fonction même est d'encadrer l'approche psychologique de la personne⁵⁷⁵.

230.- Le praticien se voit donc investi de la lourde tâche de l'évaluation technique de la douleur, ce qui est une obligation légale depuis la loi du 4 février 1995⁵⁷⁶. Cette estimation repose sur l'auto-évaluation de sa douleur par le patient, conjointement au soutien du médecin qui le prend en charge⁵⁷⁷. Ce dernier, en état de détresse, que l'on envisage par hypothèse comme mourant, serait lié par la loi au praticien à ce stade de l'évaluation de sa douleur. Le rapport synallagmatique *supra legem* dépasserait le cadre *a priori* contractuel pour *re-devenir* celui de la *relation* de deux *personnes*, dans une institution hospitalière⁵⁷⁸. Le droit du mourant semblerait dès lors quitter les seuls couloirs de la mort, réduisant ses spécificités à des droits fondamentaux sous-jacents, l'obligation d'information conditionnant tout acte médical trouvant « son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la personne humaine »⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Nous reviendrons sur cette distinction en Deuxième Partie relativement à la prise en charge du mourant, et donc quant aux obligations spécifiques des personnels soignants.

⁵⁷⁵ La phase palliative est certainement un des moments les plus difficiles de la relation médecin patient. C'est ici qu'interviennent les unités mobiles d'accompagnement afin de porter secours aux praticiens dépassés par les souffrances psychiques vécues par les *personnes-malades-mourantes*.

⁵⁷⁶ Loi n° 95-116 du 4 février 1995, *portant diverses dispositions d'ordre social*, J.O. 5 février 1995, p. 1992.

⁵⁷⁷ L'art. L. 710-3 du Code de la santé publique prévoyait que les « établissements de santé *mettent en œuvre* tous les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent » De plus l'alinéa 2 précise que « les centres hospitaliers et universitaires assurent la formation initiale des médecins et diffusent les connaissances acquises en vue de permettre la réalisation de cet objectif en ville comme dans les établissements. »

⁵⁷⁸ C'est en ce sens que F Dekeuwer-Defossez considère qu'il s'agit d'un « mouvement de consécration des « droits à », moitié droits créances et moitié droits subjectifs, droits revendiqués par un individu qui en exige la satisfaction par le corps social. » ; F. Dekeuwer-Defossez, in B. Legros, *Les « Droits » des malades en fin de vie*, op. cit., 1999, p. 5.

⁵⁷⁹ C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, *Bull. civ. I*, n° 249, D. 2001, 3470, note crit. Thouvenin.

231.- Or cette obligation polymorphe s'est élaborée progressivement, et en particulier par des précisions jurisprudentielles⁵⁸⁰ de ses composantes essentielles, tel que le secret médical⁵⁸¹.

1.2. Le secret médical, ou la mise à l'épreuve de la garantie de promesse de protection de la vie privée

232.- Le secret médical ne peut être absolu⁵⁸². Il s'agirait même d'une obligation percée de nombreuses exceptions, un « secret de polichinelle »⁵⁸³. C'est en ce sens que les atteintes à la vie privée du secret médical se justifieraient sur le fondement même du respect de celle-ci, dans ce qu'elle a d'incontrôlable par le mourant, lui qui est incapable de tout saisir, avec un certain manque de recul objectif. Ainsi, sans y faire expressément référence, le législateur invite tout de même des « extérieurs » au processus thérapeutique, telle que la *personne de confiance*, à s'introduire dans l'accès aux données personnelles du malade, en vue d'intervenir dans la démarche de sauvegarde de ses intérêts.

233.- C'est ce qui apparaît en filigrane à l'art. L. 1111-8 du Code de la santé publique qui dispose de manière assez vague les conditions d'hébergement des données et plus précisément des personnes qui peuvent les consulter. Ainsi, « seuls peuvent accéder aux données ayant fait l'objet d'un hébergement les personnes que celles-ci concernent et les professionnels de santé ou établissements de santé qui les prennent en charge et qui sont désignés par les personnes concernées, selon des modalités fixées dans le contrat prévu au deuxième alinéa, dans le respect des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-7 » ; renvoyant à l'art. L. 1110-4, premièrement, l'art. L. 1111-8 pré cité révèle dès lors cette intrusion dans la vie privée du malade-mourant, et ce en exception faite au principe, puisque le principe du respect de la vie

⁵⁸⁰ Pourtant le Conseil d'Etat a pu considérer que « le malade est propriétaire du secret » : CE. 11 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972. II., *Somm.* p.59 ; *D.* 1972.426. Une telle position se justifiait par le fait pour les juges du Conseil de relever l'obligation du médecin de satisfaire la requête du malade de connaître le résultat de ses investigations en réaction au refus de certains praticiens au nom du respect du secret professionnel. La Cour de cassation ira dans le même sens que le Conseil d'Etat en consacrant l'inopposabilité du secret médical. Voir en ce sens : CE. 12 novembre 1969, *sieur Pasquier*, *RDP.* 1970.394, note M. Waline ; ou encore C. cass. soc. 1 mars 1972 : *D.S.* 1972.426, note M. Le Roy ; *Gaz. Pal.* 1973.I.22, P.J. Doll notamment.

⁵⁸¹ Voir en ce sens sur l'importance particulière du respect de la vie privée au regard du droit au secret médical, C. Swan, *La médecine et le droit, Pratiques et évolutions*, éd. Ellébore, 2008, pp. 129 s.

⁵⁸² Voir en ce sens C. Bergoignan-Esper, *Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ?*, in *D.* 2008. *Chron.*, n° 28, p. 1918. ; V. Amzalac, Les seules exceptions au principe du secret médical », *Gaz. Pal.* 1971, 1, *Doctr.* p. 113.

⁵⁸³ G.Courtieu, *Secret médical : « secret-défense » ou « secret de polichinelle » ?*, *RCA* 1999, *chron.* n°13.

privée est rappelé au dit art, ainsi qu'à l'art. L. 1110-4. Ce dernier dispose que, « en cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part ». En ce sens la justification repose sur la protection.

234.- « Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations. » L'intervention en vue de la protection est ici justifiée par le souci de protéger la personne d'elle-même lorsqu'elle n'est plus à même de garantir la protection de sa vie, privée⁵⁸⁴ (en correspondance à l'hypothèse selon laquelle le droit à la vie privée est le point de départ de tout le droit de la santé). Le médecin commencerait donc à apparaître omnipotent, seul à même de prendre la décision. Le rôle du juge paraît quant à lui assez limité⁵⁸⁵, l'initiative de la levée n'étant pas soumise à contrôle, celui-ci ne pouvant intervenir que *a posteriori* ; ce qui pose bien évidemment un problème dans le cas du mourant, le secret médical paraissant ainsi relativement « menacé »⁵⁸⁶, bien que l'action soit toujours possible pour les ayants droits⁵⁸⁷.

235.- C'est comme s'il pesait un sorte de présomption de faiblesse sur le malade⁵⁸⁸, et que celle-ci soit devenue un acquis dans la démarche du législateur. Sans généraliser la question des origines même d'un droit *bioéthique*, ou biodroit, ce que bon nombre d'auteurs ont déjà fait, voyons tout de même que c'est en ce sens que le droit *bioéthique* n'est plus considéré comme un droit exceptionnel, en vue de protéger le malade-mourant en des circonstances spécifiques, mais un droit à caractère général, puisque justement la vie privée de celui-ci, au fondement de sa protection, serait *a priori* menacée par lui-même. Et ce constat serait d'ordre général, ainsi applicable à tous les mourants.

236.- Notons également, et sans plus entrer en cette voie, que la légitimation de la levée du secret médical semble beaucoup plus logique en cas de décès, et est ainsi précisée au dernier alinéa de l'art. L. 1110-4 du Code de la santé publique : « Le secret médical ne fait pas

⁵⁸⁴ R.Badinter, *Le droit au respect de la vie privée*, JCP G 1968, I, 2136.

⁵⁸⁵ J.-D. Sarcelet, *Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence*, D. 2008. Chron. n° 28, pp. 1921-1927.

⁵⁸⁶ S.Gromb, *Le secret médical : un concept menacé*, Journal Méd. lég. et Droit méd., 1995, t. 38, n°7-8, p.565

⁵⁸⁷ CE, Sect., 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. Consorts Jacqué*, Rec. 147, concl. Chauvaux ; D. 2000. 563, note Bourel ; DA. 2000 n° 122, obs. Esper ; JCP 2000. II. 10360, note Derrien.

⁵⁸⁸ Référence au paternalisme médical sur lequel nous reviendrons plus tard dans le cadre de *l'incapacité présumée du mourant*.

obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. »

237.- Enfin, l'art. L. 1111-7 du Code de la santé publique⁵⁸⁹ semble à nouveau faire écho à la légitimation de l'intervention de tiers jugés importants dans le processus thérapeutique, par le seul médecin ayant en charge la personne malade : « la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations peut être recommandée par le médecin les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne concernée. Le refus de cette dernière ne fait pas obstacle à la communication de ces informations. » La personne malade serait présumée incapable, d'abord par le seul médecin, qui peut outrepasser son refus quant à la communication des données à caractère personnel. Ceci serait parfaitement visible en l'espèce dans la mesure où, le médecin pourrait recourir à des intervenants extérieurs à l'intimité même de la personne, et passer outre un refus, ce qui manifesterait d'autant plus sa méconnaissance de l'homme qu'il est avant d'être malade⁵⁹⁰. Notons au surplus, et sans plus entrer en détail car il sera nécessaire d'y consacrer une étude spécifique, dans quelle mesure la tierce personne, le plus souvent en pratique personne de confiance, pourrait servir de bouclier afin de justifier la difficulté de la transmission du contenu de l'information, et ainsi exonérer le médecin d'en porter seul la charge, morale. Car en terme de responsabilité juridique, la question ne saurait être éludée si rapidement.

238.- Et si de telles dispositions peuvent se justifier en matière psychiatrique, elles ne sauraient l'être dans un domaine qui y serait extérieur⁵⁹¹. Si la levée du secret médical semble se justifier parfaitement pour des raisons d'ordre public, il apparaît que cette notion permettrait parfois d'excuser des atteintes à la liberté absolue de la personne, et notamment quant à sa vie privée, y compris dans une perspective pénale⁵⁹². Pourtant, c'est une forme de

⁵⁸⁹ Modifié par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, *relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*.

⁵⁹⁰ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 166.

⁵⁹¹ M.-L. Rassat, *La révélation médicale*, D. 1989, chron. p. 107.

⁵⁹² J. Pradel, *Les dispositions de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée*, in D.1971, chron. XVIII, p.22. ; et J. Pradel, *L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale*, in JCP G 1969, I, 2234.

présomption d'incapacité pesant sur le malade, en général, qui suffirait à justifier une telle interprétation en vue de préserver l'intimité même du mourant⁵⁹³.

2. Vie privée aux sources de la prise en charge de l'accompagnement à la douleur

239.- L'accompagnement en fin de vie doit être également celui du respect de l'intimité du patient⁵⁹⁴, car il en est une composante et non l'inverse⁵⁹⁵. En effet, le respect de l'intimité, notion reconnue par la jurisprudence⁵⁹⁶, est désormais étendue au domaine de la pensée⁵⁹⁷ en tant que particularité du droit au respect de la vie privée⁵⁹⁸, lorsque celle-ci se situe.

240.- A la suite d'un arrêt Nobel⁵⁹⁹, consacrant la chambre du malade en tant que domicile privé, l'article 9 du Code civil ne se trouve plus être l'unique référence en la matière. L'article 8 de la Charte du patient hospitalisé⁶⁰⁰ y fait écho relativement à la notion d'intimité, avant que l'article 9 ne la consacre explicitement⁶⁰¹; les articles 45 du décret de 1974⁶⁰² et 2 du décret de 1993⁶⁰³, relatifs à la vie privée des personnels cadres et administratifs dans l'exercice de leur fonction hospitalière y font également explicitement référence. Ces obligations ont cours au sein de l'hôpital, telles qu'elles doivent être respectées en dehors de la

⁵⁹³ M. Lemoine, *Intimité et secret médical. Interprétation philosophique des rapports entre éthique et droit*, Med. et Droit, 2007, p. 73

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ Ce n'est pas l'accompagnement qui préserve la dignité, mais la dignité qui ordonne l'accompagnement.

⁵⁹⁶ TGI de Paris, 9 juillet 1980, *D.* 1981, 72, note R. Lindon, à propos de la divulgation d'éléments caractérisant son état de santé.

⁵⁹⁷ Nous renvoyons sur ce point à nos développements en Titre.III. de la Deuxième partie.

⁵⁹⁸ R. Nerson, *La protection de la vie privée en droit positif français*, in *RIDC* 1971.737.

⁵⁹⁹ CA de Paris, 17 mars 1986, *Nobel*.

⁶⁰⁰ Si le texte de la Charte du patient hospitalisé ne fait pas explicitement référence à la notion de vie privée, il consacre tout de même la notion d'intimité; cependant la notion est limitée aux actes propres à la vie au sein de l'unité hospitalière: « e respect de l'intimité de la personne doit être préservé lors des soins, des toilettes, des consultations et des visites médicales, des traitements pré et post-opératoires, des radiographies, des brancardages »; pour autant, le premier alinéa comporte une précision d'ordre général faisant un écho lointain à la notion de respect de la vie privée de la *personne* en précisant que « la personne hospitalisée est traitée avec égard » [...] « plus généralement, à tout moment de son séjour hospitalier »; Charte du patient hospitalisé,

⁶⁰¹ Art. 9 al. 1 Charte du patient hospitalisé: « Toute personne hospitalisée a droit au respect de sa vie privée. » Cependant il serait à déplorer que dans sa bonne volonté, le législateur ait voulu énumérer les modalités d'applications de la vie privée au sein de l'hôpital et ainsi engendrer une limitation de la notion à quelques applications et donc suggérer que toutes les branches possibles de la vie privée ne seraient pas envisageables. Les discriminations de l'art. 8 ne semblaient pas suffire au regard de l'importance de la souffrance psychique dont l'approche en terme de garantie de la vie privée n'est pas abordée; la vie privée est exclusivement abordée sous un angle de droit objectif. Cela concerne donc essentiellement l'utilisation ou l'accès aux informations personnelles dont l'art. 10 en sera une précision.

⁶⁰² Décret du 14 janvier 1974, préc., abrogé par décret n° 2003-462 21 mai 2003, préc.

⁶⁰³ Décret n° 93-221 du 16 février 1993, *relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières*.

cellule institutionnelle hospitalière⁶⁰⁴. Elles sont juridiques, et concernent l'hôpital, en tant que personne morale, mais également les professionnels qui la *composent*, en tant que personnels administratifs, mais aussi lorsque leurs responsabilités pénale, et ou civile, peuvent être mise en jeu, en tant que personne physique.

241.- C'est par la notion de *personne*, qualifiée en tant que sujet de droit pouvant jouir de toutes les modalités de sa personnalité juridique, que le mourant se retrouve au croisement du *droit public*, lorsque l'on examine tant son statut d'usager d'un service public que la responsabilité des chefs d'établissement ou de service dans l'exercice courant de leur fonction, et du *droit privé*, lorsque l'on regarde tant son statut de personne privée que la responsabilité personnelle du praticien dans le cadre « égaré » de ses prérogatives⁶⁰⁵, et ce jusqu'à l'énoncé pénal, lorsque le patient mourant pourrait contrevenir à la loi ou que le praticien accomplirait un acte dont l'issu serait la qualification *extra* médicale.

242.- C'est dans ce contexte pratique et théorique que la douleur doit être prise en charge, sans distinction de personnes. C'est en ce sens que se justifierait l'émergence d'un droit spécifique à un concept de mourant, isolé du droit commun de la personne. Dans le cadre purement administratif, le praticien se doit de respecter l'intimité du patient en lui garantissant notamment l'anonymat de son diagnostic⁶⁰⁶, une prise en charge égale⁶⁰⁷. Sur un plan de droit privé, le praticien se doit de respecter son engagement consensuel⁶⁰⁸ : s'il s'est

⁶⁰⁴ Voir en ce sens F. Vialla, *Multiplécité d'acteur et communication de données personnelles. Originalité ou banalité ? Secret, information et consentement*, 11^{ème} journées régionales d'échange du CHESP, *Education du patient : « Limiter les ruptures éducatives : entre recommandations et réalités »*, 2 avril 2011, Montpellier, publié sur le site www.CHU-montpellier.fr.

⁶⁰⁵ Responsabilité civile pour faute détachable.

⁶⁰⁶ Il s'agit du secret professionnel rappelé à plusieurs reprises dans le corpus légal applicable ; voir notamment art. 10 Charte du patient hospitalisé : « Le personnel est tenu au secret professionnel, défini par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal et à la discrétion professionnelle définie par l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée, *relative aux droits et obligations des fonctionnaires*. ; ou encore, art. 4 Code de déontologie médicale issu du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995, *portant code de déontologie médicale* : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. », version rappelée à l'identique à l'art. R. 4127-4 du Code de la santé publique.

⁶⁰⁷ Voir notamment art. L. 1110-1 du Code de la santé publique, ou encore, par extension, l'art. 8 Charte du patient hospitalisé : « L'établissement de santé doit respecter les croyances et convictions des personnes accueillies. Dans les établissements de santé publics, toute personne doit pouvoir être mise en mesure de participer à l'exercice de son culte (recueillement, présence d'un ministre du culte de sa religion, nourriture, liberté d'action et d'expression, rites funéraires...). », ces dispositions en redondance de l'alinéa premier du Préambule de 1946 qui dispose que « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. », ajoutant à l'alinéa 11 que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. ».

⁶⁰⁸ Voir même contractuel conformément à la jurisprudence Mercier de 1936, et ce même au sein de l'unité hospitalière publique.

engagé à réduire la souffrance du patient⁶⁰⁹, par l'administration de tel ou tel autre principe actif, celui-ci doit engendrer un résultat jugé satisfaisant par son bénéficiaire, compte tenu des « prévisions » faites par le praticien⁶¹⁰. Enfin, sur un plan pénal, le praticien outrepassé l'exercice de ses fonctions lorsqu'il commet la plus simple atteinte au secret professionnel⁶¹¹, pouvant aller jusqu'à commettre le délit de divulgation⁶¹². Le patient est tout comme dans son domicile privé dans sa chambre⁶¹³; dès lors il doit voir respecté son intimité lorsqu'il fait sa toilette⁶¹⁴, y compris lorsqu'une infirmière l'accomplit pour lui à sa place⁶¹⁵. L'ensemble de ces dispositions visant à définir le mourant, en lui conférant des droits détaillés, procèderaient à la fois d'une conceptualisation de l'éthique, en *bioéthique*, ce qui n'est plus une surprise, mais également, et ceci en serait la source formelle, de politiques publiques de santé.

3. Conceptualisation de l'éthique et politique publique de santé

243.- La conceptualisation de l'éthique⁶¹⁶ invite à regarder la notion de respect de la vie privée non plus dans le cadre strictement privé du domicile, mais dans un prolongement du domicile, au sein de l'entité hospitalière⁶¹⁷, personne publique, morale. C'est en quelque sorte le droit du patient qui permettrait d'identifier ce droit à la vie privée, ce droit à concevoir la chambre d'hôpital comme le lieu de vie privée. Ici, c'est à la personne morale qu'incombe de représenter la dignité de tous⁶¹⁸, de garantir la *personne-malade-mourante* contre toute atteinte

⁶⁰⁹ Il existerait là une obligation d'ordre thérapeutique de telle sorte que la souffrance serait envisagée comme maladie; voir en ce sens, D. Thouvenin, *De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle*, D. 1991. chr.XLIII.226.

⁶¹⁰ Le devoir d'information, sur les fondements des Code de déontologie médicale, et L.1111-1, 1111-2, 1111-3, 1111-4, 1111-5, 1111-6, 1111-7, 1111-8 et L.1111-9 et Code de la santé publique, consacre en quelque sorte une obligation si ce n'est de résultat, en tout cas de moyens. Ajoutons que si « nul praticien ne peut être contraint de se livrer à un acte que sa morale réprouve » : G. Mémeteau, *Le droit médical*, Litec, Paris, 1985, n° 491, p. 331) l'art. L. 1110-1 du Code de la santé publique l'oblige à soulager par tous les moyens dont il dispose. Cette disposition fait écho à l'art. 20 du Code de déontologie médicale qui rappelle que le but de la médecine est de guérir et de soulager.

⁶¹¹ Voir C. Swan, *La médecine et le droit*, op. cit., pp. 133-134 sur le partage comme garantie de confiance.

⁶¹² Art. 226-13 et 226-14 du Code pénal.

⁶¹³ TGI Paris ch. Corr. 11 juillet 1985, préc.

⁶¹⁴ Art. 8 Charte du patient hospitalisé.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ Un conséquentialisme essentiellement moral, « à l'envers », « fondé sur l'égoïsme des intérêts les plus jalousement conservés », « récusant qu'un groupe puisse s'attribuer une valeur désintéressée et ne soit pas en somme un groupe animal. » ; voir chez J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 73.

⁶¹⁷ *Ibid.*, Nobel.

⁶¹⁸ Conformément aux dispositions conjointes du Code de déontologie médicale, relevant des juridictions administratives lors du contentieux et du Code de la santé publique relevant du droit public de la santé, ou droit hospitalier devant les juridictions administratives également.

à sa dignité du fait de la souffrance dont elle fait l'objet, procédant de son état de santé⁶¹⁹. Elle doit être protégée contre les atteintes résultant de la pratique légale de l'accomplissement du service issue des obligations incombant à la personne morale⁶²⁰. Cela revient à une double obligation en une seule : préserver la dignité dans la souffrance tout en pratiquant l'acte médical. Un tel projet dépasse le seul cadre légal pour en réalité rejoindre le rôle d'un Etat non pas providence, mais protecteur de chacun dans le respect du droit ; il s'agit d'une mission d'ordre public à laquelle l'Etat, en tant que garant du politique⁶²¹, est inféodé en vertu des droits fondamentaux et *droits premiers* de l'homme⁶²² de préserver chacun de souffrances qui dépasseraient le cours normal de l'existence⁶²³.

244.- Il s'agit alors d'une politique publique. Ainsi, cette dernière devient garante de la protection de la *personne*. Dénaturée de toute superstition, la rationalisation théorique de ces approches fait du droit privé un point d'encrage, un *commun*, dont l'entité publique doit garantir le respect. **Il en serait ainsi d'une appréciation *subjective* que le droit fortifierait lorsqu'il aurait à s'extérioriser. Ainsi serait transposé le droit à la vie privée de l'extérieur vers l'intérieur⁶²⁴ : le patient devrait par exemple pouvoir avoir accès en ce sens au recueillement nécessaire à son culte⁶²⁵.**

⁶¹⁹ En l'espèce, c'est l'alinéa 11 du Préambule de 1946 qui sert de socle à toute protection incombant à la Nation contre les maux résultant de l'état de santé de la personne.

⁶²⁰ Art. L. 1110-5 du Code de la santé publique stipulant que « les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. » dans le cadre normal de l'activité de soin, et de plus dans le cadre d'une situation de maladie en phase terminale, « ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. », ce qui revient à considérer que le médecin doit trouver une juste mesure entre soigner et soulager par le soin, et soigner et le traitement le plus à même de soulager.

⁶²¹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Éléments d'une philosophie politique*, op. cit., *ibid*.

⁶²² Voir en ce sens et en complémentarité A. Ollero-Tassara, *Droit « Positif » et Droits de l'Homme*, op. cit., *ibid*, ou encore, J.-M. Trigeaud, *Droits premiers*, op. cit., *ibid*, ou du même auteur pour des précisions sur la conception même du *Droit*, privé, comme fondement de la réflexion du philosophe juridico-politique, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., *ibid*, et *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit., *ibid*.

⁶²³ Art. L. 1110-5 al. 4 du Code de la santé publique : « Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée. »

⁶²⁴ La vie religieuse se vit intérieurement et se manifeste extérieurement. La conception de la laïcité française entend donc permettre le culte pour permettre la vie spirituelle ; elle protège la loi sur la protection du culte pour autoriser le culte qui justifie alors la liberté de pensée. Procédant d'un idéalisme formaliste kantien, cette conception entend rationaliser ce qu'est la foi, présumant de ce qu'elle n'est pas. Voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. Cit., *ibid*.

⁶²⁵ Art. R. 1112-46 du Code de la santé publique.

245.- C'est certainement par la poursuite d'une *objectivisation* des éléments subjectifs de la *personne* que le droit positif de la loi de 2005 aurait permis de garantir le respect de la vie privée⁶²⁶. Cette conception de la dignité considèrerait celle-ci uniquement en tant qu'elle se manifesterait par l'action des personnels soignants, sans quoi elle ne demeurerait que spéculative⁶²⁷. Forte de sa conviction idéaliste, cette théorie entend tout de même s'interroger quant à l'atteinte à la dignité de la personne, par abstention⁶²⁸.

246.- **Le législateur** ayant dû créer une concordance entre le bien fondé moral de la notion de dignité, et sa manifestation comportementale, il a mis en place des éléments propre à faire émerger les conditions de manifestations de ce qui fait la volonté du mourant ? C'est en ce sens que le droit à l'information, non pas en tant que tel, mais en tant que droit, permettrait de considérer la personne en tant que spécifiquement malade.

B. Le rôle du devoir d'information dans la mise en état de malade

247.- Cette obligation juridique incombant aux personnes physiques représentant le service public hospitalier a été mise en place antérieurement à l'avènement de la loi du 4 mars 2002⁶²⁹, en tant qu'elle est la conséquence d'un vœu prétorien. Selon la jurisprudence d'abord de la Cour de cassation, cette information doit être « simple, intelligible et loyale »⁶³⁰. L'équipe praticienne se voit imposer, dans l'exercice même de sa fonction, le devoir d'informer le patient. Sa faute est désignée comme la faute d'humanisme et est régulièrement rappelée par le juge de la Haute Cour civile⁶³¹. Traditionnellement, la relation thérapeutique était conçue comme déséquilibrée, le patient ne pouvant être qu'un ignorant face au savoir médical du médecin⁶³². Par un effort prétorien récent, la jurisprudence est venue progressivement confirmer un effet de compensation, par l'introduction d'une véritable

⁶²⁶ Cette conception idéaliste de la dignité entend en faire l'élément qui pris dans sa seule acception ontologique ne saurait suffire à justifier des dispositions de droit positif ; voir en ce sens B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. Cit., *ibid*, p. 387.

⁶²⁷ *Ibid*, p. 388.

⁶²⁸ *Ibid*. Cet idéalisme entend ainsi préserver le caractère subjectif de perception de la souffrance dans l'atteinte à la dignité.

⁶²⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁶³⁰ C. cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1981, *GP* 1981, 2, *som.* 352.

⁶³¹ Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, *préc.*, arrêt de revirement, réintroduisant la faute délictuelle dans la relation contractuelle hospitalière, réactualisant la faute détachable.

⁶³² Voir en ce sens, A. Gabriel, *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, PUAM, 2004, p. 67 s.

obligation d'information, conformément à l' « obligation de science et de conscience »⁶³³ qui lui incombe avant tout (1.). L'obligation d'informer le patient s'est vue renforcée aux cours des années, impliquant une exigence d'explicitation de plus en plus accrue des éléments thérapeutiques concernant le patient, ce qui aurait pour effet de permettre de mieux percevoir celui-ci dans le paysage du droit de la santé (2.).

1. Une obligation d'origine prétorienne

248.- Partant du droit privé, c'est donc la Cour de cassation qui se saisira d'abord de l'obligation d'information (1.1.). Le Conseil d'Etat quant à lui ne répondra que beaucoup plus tardivement à cette exigence considérant qu'il ne s'agissait pas d'une obligation exigible devant les juridictions administratives (1.2.).

1.1. La jurisprudence de la Cour de cassation aux sources de l'obligation de la loi de 2002

249.- Cette exigence d'informer était jusqu'à sa légalisation par la loi de 2002⁶³⁴, une obligation contractuelle basée sur l'application de l'article 1147 du Code civil et soumise à la preuve d'une perte de chance, alors même que son fondement légal pouvait être invoqué, l'obligation « découlant de l'article 16-3 du code civil qui pose le principe d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité de son propre corps. »⁶³⁵. Notons, sans plus entrer pour le moment dans cette voie, que le juge a rapidement entendu, par un arrêt de revirement de jurisprudence, inverser la charge de la preuve incombant jusqu'alors au patient. Le médecin se voit ainsi aujourd'hui contraint à préciser les aspects tant médicamenteux que techniques inhérents à la thérapeutique qu'il entend mettre en œuvre. Ceci a par la suite été introduit à la dernière rédaction en date du Code de déontologie médicale⁶³⁶, en son article 35 : « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son*

⁶³³ Rapport annuel de la Cour de cassation, *L'obligation d'information médicale*, n° 3866, 2010.

⁶³⁴ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ Rédaction entièrement abrogée puis intégralement réintroduite au Code de la santé publique par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, *relative à la politique de santé publique*.

état, les investigations et les soins qu'il lui propose ». Cette obligation est rappelée à l'article 41.

250.- Il apparaît que le raisonnement du juge opère dès lors un mouvement double : il s'appuie alors sur les droits de la personnalité que sont le droit au respect de l'intégrité⁶³⁷ ainsi qu'au droit à la dignité⁶³⁸, se fondant sur la responsabilité légale de l'article 1382 du Code civil en vue de réparer les dommages liés à l'activité médicale⁶³⁹. C'est en ce sens que le juge de la Cour de cassation va considérer que ce rapprochement vers les droits de la personnalité opère un basculement, et ce grâce à l'introduction de la reconnaissance d'un préjudice né de l'absence ou l'insuffisance de l'information⁶⁴⁰ lié à une atteinte à la vie privée, dans le non respect du fondement de l'esprit de l'article 9 du Code civil. C'est sur cette base que la Cour considère que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. »⁶⁴¹. En se fondant sur le corps humain comme *substratum* de la personne, le juge de la Cour entend « offrir une protection de même niveau au corps humain, et au travers lui à la personne humaine, que la protection offerte à la vie privée »⁶⁴². C'est tout le sens de la jurisprudence fondatrice de l'obligation d'information du 9 octobre 2001 affirmant que « le devoir d'information [du médecin] vis-à-vis de son patient [...] trouve son fondement dans l'exigence du respect constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁶⁴³. Le juge administratif se devait de suivre le juge civil dans la mesure où la portée des principes dégagés entraient dans le champ de l'ordre public.

1.2. Conseil d'Etat et obligation d'information.

251.- A la suite de la consécration judiciaire, le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens dans deux arrêts de section rendus le 5 janvier 2000, réaffirmant l'applicabilité de l'obligation d'information au patient dans le secteur public hospitalier, assurant la jonction des domaines

⁶³⁷ Art. 16-3 du Code civil.

⁶³⁸ Art. 16 du Code civil.

⁶³⁹ Ce qui tendrait à se confirmer dans l'appréciation du préjudice lié à la réparation pour faute détachable ; voir C. cass 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

⁶⁴⁰ Voir en ce sens le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation dans deux arrêts : C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010 et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010 fondant désormais la réparation du préjudice de défaut d'information sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, faisant passer la réparation d'un statut contractuel à un statut délictuel.

⁶⁴¹ C. cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, préc. ; ou encore, C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, préc.

⁶⁴² *L'obligation d'information médicale*, rapport annuel de la Cour de cassation, n°3866, 2010.

⁶⁴³ C. cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, préc..

du droit, ce qui devait être déjà supposé au seul moyen de la jurisprudence civile dans la mesure où elle n'aurait pu être rejetée jusqu'à lors. Dans un considérant de principe, le juge administratif précise que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès et d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que si cette information n'est requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation »⁶⁴⁴. La consécration est totale, et en ce sens, comprenons que la personne, qu'elle se situe elle-même dans une perspective de droit public, en se regardant comme usagère d'un service public, ou encore comme personne privée, en tant qu'usagère d'un service public, mais au titre de sa seule personnalité juridique de sujet de droit personne, sa protection est pleinement reconnue ; et par hypothèse il serait impossible de manquer de relever une cause de responsabilité relative à un défaut d'information.

2. L'objectivisation légale des objets de l'information

252.- Précisée en ses composantes à l'occasion de la consécration de la loi du 4 mars 2002⁶⁴⁵, et rappelée aux articles L. 1111-1 à L. 1111-8 du Code de la santé publique, l'obligation d'information aurait pour but de rassurer le patient, par une actualisation des composantes de l'inconnu que représente la thérapeutique pour ce dernier. **Le devoir d'informer est une obligation contractuelle⁶⁴⁶, procédant de la loi, par l'effet de l'existence d'une relation faite d'obligations réciproques entre médecins et malades, bien que ceux-ci ne soient pas directement liés l'un à l'autre dans le cadre hospitalier, sauf causes extérieures à la relation immédiatement médicale. En réalité, au sein de l'unité hospitalière, les obligations du médecin ne lui sont pas directement opposables, les causes de responsabilité incombant d'abord à l'établissement pour le compte duquel il agit.**

253.- Le fondement légal, reposant sur la protection de la vie privée, devrait donc prendre le dessus dans la mesure où ce droit subjectif offrirait de meilleures garanties de protection

⁶⁴⁴ CE, sect., 5 janv 2000, *Cts Telle c/Hospices civils de Lyon et Assistance publique Hôpitaux de Paris c/Guilbot*, préc.

⁶⁴⁵ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁶⁴⁶ Ce sur quoi nous reviendrons en tentant de dessiner les contours du contrat hospitalier de soins.

quant aux aspects essentiels et sous-jacents de la personne humaine que sont intégrité et dignité. Le rôle de l'information est donc de rappeler au malade-mourant que sa situation de santé est, aux yeux du droit applicable, une situation spécifique, comportant un risque lié à l'administration de soins qui peuvent entraîner la mort, de façon précipitée, en raison de la fragilité inhérente à sa condition⁶⁴⁷.

254.- Cependant une telle obligation engage les deux parties dans une relation de confiance liée au respect de la dignité de la personne humaine, notion de dignité rattachée en réalité, ontologiquement, à la notion plus profonde de *personne* ; c'est d'ailleurs ce que rappelle le juge de la Cour de cassation, à l'occasion de son arrêt de principe du 9 octobre 2001, rattachant la délivrance de l'information à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Une telle conception du devoir d'information en tant que garantie de la personne humaine, associant systématiquement « corps et esprit », a été consacrée par la Haute Cour qui rappelle que l'obligation d'information est conditionnée à l'obligation de recueillir le consentement du patient⁶⁴⁸ qui est lui-même « imposée par le respect de la personne humaine »⁶⁴⁹.

255.- Consentir c'est donc être digne, car consentir c'est avoir reçu tous les éléments nécessaires afin de connaître ce qui fait l'intervention extérieure proposée,⁶⁵⁰ en vue de soigner ou soulager ; et c'est en ce sens, et sans que nous ne généralisons un débat bien plus ample en la matière puisqu'il s'agirait même d'un point problématique central de la présente étude, que la personne devrait pouvoir négocier, accepter ou refuser ce qui va engager son pronostic vital, son confort, et qui constituera, quoi qu'il en soit, une modification de son état initial, que cela soit pour son bien ou non. C'est en cela que toute décision du juge, mais également tout le fondement théorique de la loi de 2005⁶⁵¹ en vue de garantir les droits du malade et de la fin de vie, repose sur le principe du respect de la vie privée non pas seulement dans son fondement de l'article 9 du Code civil, mais plus encore dans sa présence inhérente à la personne humaine, la personne humaine représentant la *personne*, fonction ontologique qu'elle actualise. C'est en ce sens que la notion de dignité sert à méditer la vie privée eu égard à l'intervention d'un tiers sur le déroulement de l'existence de la *personne*-malade-mourante,

⁶⁴⁷ L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique confirmant cette possibilité.

⁶⁴⁸ Il s'agit de la deuxième condition de la reconnaissance de la faute d'humanisme ; voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

⁶⁴⁹ C. cass., 1^{ère} civ., 25 novembre 2010, *Bull.* 2010, I, n°246. Voir à ce propos notamment, G. Le Nestour Drelon, *Responsabilité médicale : un arrêt qui fera date*, *Revue Lamy droit civil*, 2010, n°3805, p. 26.

⁶⁵⁰ Sur les intrications entre information et consentement, voir A. Legoux, *Consécration du défaut d'information comme faute autonome*, in *Gaz. Pal.* 17 juin 2010, n° 168, p. 9, à propos de C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

⁶⁵¹ Loi du 4 mars 2002.

corps et esprit ensembles⁶⁵². Pourtant rien ne semblerait figé en faveur du mourant qui, même dans *une quête de dignité* pourrait connaître des atteintes, ... légales.

Section.II. De la révélation de la dignité à la philosophie du droit des « beaux prétextes ». Une première approche de la douleur.

256.- Entre philosophie stoïcienne et philosophie conséquentialiste, la *dignité* ne connaîtrait plus son réalisme indicible. L'approche métaphysique serait devenue inaudible (**Paragraphe.I.**), et ceci se justifierait par la crainte d'une approche consacrant un droit subjectif, rendant nécessaire l'inauguration d'une dignité objectivée (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe. I. De la dignité...

257.- La question de la préservation des *droits du malade et du mourant* a semble-t-il été formulée pour la première fois, tel quel, par la Conseil de l'Europe⁶⁵³, invitant les Ministres des Etats membres à prendre les mesures propres à informer correctement les malades, notamment en vue de garantir l'intégrité de ceux-ci, et à créer des commissions d'observation et d'enquête, « chargées d'élaborer des règles éthiques pour le traitement des mourants, de déterminer les principes médicaux d'orientation en matière d'utilisation de mesures spéciales en vue de prolonger la vie, et d'examiner entre autres la situation dans laquelle pourraient se trouver les membres de la profession médicale. »⁶⁵⁴. C'est donc en reposant sur le principe du respect de la vie privée que celui de dignité aurait pu émerger d'abord de la jurisprudence (**A.**), s'appuyant sur des fondements théoriques et philosophiques idéalistes (**B.**).

⁶⁵² Voir notamment, S. Hocquet-Berg, *La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux, Resp. civ. et assur.*, 2010, étude n°5.

⁶⁵³ Conseil de l'Europe, *Discussion par l'Assemblée* le 28 janvier 1976 (23e séance) (voir Doc. 3699, rapport de la commission des questions sociales et de la santé), *Texte adopté par l'Assemblée* le 29 janvier 1976 (24e séance).

⁶⁵⁴ *Ibid.*

A. Vie privée et jurisprudence

258.- La jurisprudence française a quant à elle fait œuvre de création de nombreux pans dus à l'interprétation de l'article 9 du Code civil⁶⁵⁵. La vie privée du salarié⁶⁵⁶, le respect du domicile⁶⁵⁷, de la tenue vestimentaire du salarié⁶⁵⁸, l'état de santé⁶⁵⁹, *etc.*, sont autant de domaines où le droit à la vie privée s'applique désormais sans conteste. De plus la jurisprudence française peut s'appuyer sur l'internationalisation du droit au respect à la vie privée, son intitulé ayant été formulé⁶⁶⁰ comme dans l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁶⁶¹. Ou encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁶², bien que celui-ci tout comme en juridiction strictement interne emporte une régulière révision de proportionnalité eu égard au droit à l'information ou encore à celui de l'expression libre. Notons que si l'art. 12 de la DUDH ne fait pas expressément mention de la vie privée appliquée au domaine de la santé, la CEDH quant à elle en fait état en précisant les ingérences possibles du fait de l'intervention de l'autorité publique, à considérer que ces

⁶⁵⁵ Le droit de la vie privée est en réalité jurisprudentiel. Cette œuvre prétorienne ne peut être considérée autrement qu'en tant que source non écrite du droit objectif en ce sens que les solutions dégagées par le juge, bien que relatives à des cas d'espèces ont acquis une portée générale en raison de la formulation abstraite et de principe des solutions dégagées. Voir R. Nerson, *La protection de la vie privée en droit positif français*, préc.

⁶⁵⁶ Qui intéresse ici au premier plan la vie privée du personnel hospitalier qui ne peut ni être atteinte par le service public dont elle est l'agent, ni par les personnes malades elles-mêmes ; voir en ce sens sur la distinction vie professionnelle et vie personnelle : *Dr. Soc.*, numéro spécial janvier 2002, n° spécial : « vie professionnelle et vie personnelle ». R. De la Tour, *La vie personnelle du salarié*, R. 1999, p. 191 ; voir notamment C. cass. soc. 2 octobre 2001 : le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; voir aussi, sur la confidentialité du dossier médical du salarié : C. cass. soc. 10 Juillet 2002, *Bull. Civ. V*, n° 251.

⁶⁵⁷ Quant au respect du domicile du malade mourant, il a déjà été précisé que la chambre d'hôpital équivaut au domicile privé conformément à la jurisprudence *Nobel* de 1985. Cependant, précisions que la question du domicile s'est également posée quant au salarié, ce qui intéresse notre sujet en raison des questions liées à la préservation du secret professionnel : si le domicile privé du salarié, y compris d'un service public, est le lieu par excellence de jouissance de son intimité, sa liberté d'expression doit toujours préserver les informations recueillies lors de l'accomplissement de son service : voir en ce sens sur le secret des données médicales et la vie privée, TGI de Paris, 9 juillet 1980, préc. Lindon ; ou encore, TGI de Paris, 6 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989. 1. 30.

⁶⁵⁸ L'employeur peut porter des restrictions vestimentaires inscrites au règlement intérieur si ces dispositions sont conformes à la tâche à accomplir ; voir en ce sens, C. cass. soc. 18 février 1998, *Bull. Civ. V*, n° 90 ; *JCP* 1988. I. 161, n° 7, obs. Alliot. Ajoutons que la tenue vestimentaire au sein des hôpitaux dépend du règlement intérieur établis en Conseil d'administration, conformément aux dispositions de l'article 51 du décret du 14 Janvier 1974 et soumis à l'autorité administrative en cas de contentieux.

⁶⁵⁹ L'ensemble des questions qui touchent à la préservation du secret médical conformément à l'application de l'art. 35 du Code de déontologie, sont ici envisagées. Cependant il convient d'ajouter certaines références propres à la préservation de la vie privée des ayants droits : TGI de Paris, réf., 13 mars 1996, *JCP* 1996. II. 22632, note Derieux ; Mémeteau, *Gaz. Pal.* 1996. 2. Doctr. 754, notamment. Voir aussi l'impossibilité de transmettre les informations médicales à l'employeur : C. cass. soc. 10 juillet 2002, préc. Voir plus largement sur le secret médical nos développements préc.

⁶⁶⁰ *Précocement* eu égard à la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

⁶⁶¹ DUDH, 10 décembre 1948, art. 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

⁶⁶² CEDH et des Libertés Fondamentales, 4 novembre 1950, art. 8 al. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

ingérences soient fondées soit sur la « loi », soit sur des mesures de sécurité nationale, de sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »⁶⁶³.

259.- Si le respect de la vie privée semble suffisamment borné par les mesures légales soutenues par les précisions jurisprudentielles, force est de constater qu'il existe pour autant des espaces à géométrie variables lorsque le droit au respect de la vie privée entend répondre à des exigences d'ordre psychologique à tout le moins, voir même spirituelle⁶⁶⁴ au plus haut de l'interprétation des présomptions de *bien être*. Ainsi en serait-il de la vie privée lorsqu'elle se fait dignité.

B. La dignité définie

260.- Après un bref aperçu des sources philosophiques de la notion de dignité (1.), c'est dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat que, sans généraliser un débat plus profond, nous trouverions sa capacité à s'appliquer à la personne-mourante (2.).

1. De la philosophie...

261.- Du latin *dignitas*, les classiques romains de l'Antiquité parlaient de dignité comme d'une charge, d'une fonction, d'un office public. La notion de dignitaire provient tout droit de

⁶⁶³ CEDH, art. 8 al. 2 : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » L'introduction des ingérences publiques quant à la santé a permis de justifier notamment la rédaction de l'article 16-3 C. civ. ; de plus cette conception de la relation médecin malade entend préserver l'autorité du médecin en tant qu'il est celui qui préserve la vie, participe à la conservation de la vie, ceci faisant écho à l'art. 2 de la même CEDH garantissant le droit à la vie, contre toute mort intentionnelle, sauf cas prévus par la loi : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. ». Notons enfin que si la vie est garantie par l'art. 2, le droit à la mort qui lui est interprété pour justifier les pratiques euthanasiques ne semble quant à lui garantie qu'en vertu de la « peine de mort » légalement envisagée, et judiciairement prononcée; doit-on comprendre que pour légitimer l'euthanasie, les pays qui la pratiquent, l'entendent comme **une peine de mort altruiste ?**

⁶⁶⁴ Voir T. Châtel, *Place de la « souffrance spirituelle » dans l'accompagnement des mourants en France : doctrines et pratiques laïques actuelles*, mémoire, EPHE CNRS, 2004, p. 20.

ce sens latiniste classique⁶⁶⁵. Pour les stoïciens quant à eux, tel Epictète, la dignité appartient en propre à chacun, car tout homme, esclave ou maître se doit de pouvoir accéder à la quête de sagesse faisant œuvre de réalisation de sa dignité. La dignité serait ici la plus haute image de soi-même que la personne puisse accomplir en un devoir être soumis à un en-soi transcendant.

262.- Aujourd'hui la dignité serait plutôt regardée comme la réalisation de la dimension stoïcienne, appliquée à l'ordre public dont elle dépendrait⁶⁶⁶. Elle serait théoriquement inspirée des principes de classification traditionnellement issus des approches nominalistes ayant germées notamment dans la doctrine de Guillaume d'Ockham⁶⁶⁷. Récusant les universaux en tant que termes qu'il désubstantifie, il disjoint dès lors toute métaphysique d'une approche réaliste, supposant que l'ontologie ne peut être que sensible. Son cheminement de pensée inspirera nécessairement la philosophie de Kant qui, sans contester la nécessité d'une métaphysique de la norme, en placera l'exigence en arrière plan de sa doctrine du droit.

263.- Hobbes⁶⁶⁸ quant à lui considère la dignité comme ne pouvant relever d'une valeur intrinsèque de l'homme, mais seulement comme étant la « valeur publique »⁶⁶⁹ de l'homme qui lui est conférée par la République. Chez Kant, la dignité est accordée à tout homme *en*

⁶⁶⁵ C'est sur cette conception faisant écho au mérite que la dignité serait rationalisée aujourd'hui ; voir en ce sens C. Neirinck, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, Paris, 1999, p. 39.

⁶⁶⁶ Voir en ce sens Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Academia de Ciencias Médicas, *Muerte Digna*, Textos del Simposio realizado en Cordoba el 20 de mayo de 1999, El Copista, 2000, *passim*.

⁶⁶⁷ Selon Ockham, les catégories secondes de l'être, ou *étants* généraux ne sont en réalité que des instruments contrairement à une doctrine réaliste qui les considère comme des essences. Interprétant l'*Organon* aristotélicien, Ockham va influencer toute la philosophie politique et toute la philosophie du droit contemporaine en considérant donc que les mots ou signes ne servent qu'à désigner des *étants* réels singuliers, et qu'ils ne renvoient pas à des *êtres* généraux comme peuvent l'être les *Idées* platoniciennes. Ceci contribuera progressivement à discréditer toute approche métaphysique considérée comme spéculative car invérifiable selon toutes les philosophies tirées des empirismes idéalistes franco-allemand ; mais aussi car impossible à atteindre, rompant avec les enseignements classiques faisant le lien entre la matière juridique et la matière politique à la lumière d'une théologie inspirée.

⁶⁶⁸ La doctrine nominaliste trouvera notamment un fort écho chez Hobbes dont on sait qu'il est un des pères de la théorie du contrat social faisant de la volonté propre de l'homme le fondement de toute relation juridico-politique contre tout abandon à une volonté supérieure, celle-ci ne pouvant être 'connue'. C'est ainsi qu'il faut comprendre que le terme « homme », ou plutôt personne, n'a de signification que s'il suppose un homme singulier, une personne en particulier, un individu. Il ne signifie pas une quelconque essence de l'homme en général, une *personne universelle*. Voir sur la critique du nominalisme, notamment J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. Cit., *ibid*, ou encore, sur les fondements du nihilisme postiviste nietzschéen dans les sources du nominalisme, P.P. Ottonello, *Structures et formes du nihilisme européen*, op. Cit., *ibid*, ou encore sur les liens entre droit positif et nominalisme juridique, A. Ollero-Tassara, *Droit positif et droits de l'homme*, op. Cit., *ibid*

⁶⁶⁹ Th. Hobbes, *Léviathan*, Folio, coll. *Essais*, 2000, ch. X.

*tant qu'être raisonnable*⁶⁷⁰. On cite souvent à cet égard la maxime kantienne qui enjoint de traiter toujours autrui comme *fin* et non simplement comme *moyen*, ce qui est la source théorique de *l'impératif catégorique* kantien. Ainsi la doctrine kantienne se rapproche de celle des stoïciens en ce sens que la dignité se retrouve comme un devoir-être qui ne peut être dicté par un empirisme extérieur. C'est un impératif catégorique, un accomplissement moral que l'homme exige de lui-même, afin d'agir pour autrui comme pour lui, au plus haut degré de la valeur intrinsèque qu'il accorde au genre humain. Ici pouvons-nous saisir une des composantes de la définition de la *personne*, transcendante et métaphysique chez Kant. La dignité en tant qu'en-soi moral, en tant que *dasein* aurait dit Heidegger, se retrouve *a priori* en dehors de toute prétention juridique. Or, dès lors que la personne entend voir protéger ce qui existe de plus haut comme représentation d'elle-même, la sphère juridico-légale se trouve affectée d'une carence en garantie positiviste. Notion fourre-tout, ou « sac mou »⁶⁷¹ selon certains juristes, la dignité n'en demeure pas moins une notion phare de la fin du XXème siècle et du début du XXIème.

2. ...à la théorie jurisprudentielle du droit

264.- Le Conseil constitutionnel en a fait un principe à valeur suprême⁶⁷². Le Conseil d'Etat l'a également consacré dans sa jurisprudence devenue particulièrement célèbre sous le nom d'affaire de « lancer de nains » de Morsang-sur-Orge, notamment pour avoir intégré la notion de « dignité humaine » en tant que composante de l'ordre public⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Voir en ce sens E. Kant, *Critique de la raison pratique*, op. cit., p. 76 renvoyant la dignité à la notion de respect.

⁶⁷¹ Voir B. Mathieu, op. cit. Voir également en ce sens, Ph. Pédrot, *La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?*, Mélanges C. Bolze, *Ethique, droit et dignité de la personne*, Economica, 1999, p. 11 s.

⁶⁷² C. cl., décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, préc.

⁶⁷³ CE, Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372, concl. Frydman ; *RFDA* 1995.1204, concl. Frydman ; *RFDD* 1996, n° 3, p. 85, concl. Frydman, obs. Vigouroux ; *RTDH* 1996.657, concl. Frydman, note Deffains ; *AJ* 1995,878, chr. Stahl et Chavaux ; *D.* 1996,177, note G. Lebreton ; *JCP* 1996.II.22630, note F. Hamon ; *RDP* 1996,536, note Gros et Froment. Le juge affirma le principe de dignité de la personne humaine en tant que principe d'ordre public en des termes généralisant la notion à toute situation où l'autorité publique se verrait investie de garantir une telle notion : « Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ;[...]de telle sorte que] l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public. ».

265.- La dignité se retrouve bien évidemment en d'autres domaines qui tous, sans exception, appartiennent à l'intimité de la personne, conformément à l'interprétation classique qui s'appuie sur le fondement du droit à la vie privée. Non pas de la vie privée reposant sur l'article 9 du Code civil, mais sur une conception sous-jacente de la notion, comme reposant sur le concept de personne physique/privée, portant intrinsèquement le respect de sa vie la plus intime en elle. Une personne physique est un être humain au sens du droit positif. Si l'on considère le caractère humain de la *personne* comme étant ce qui lui confère le plus haut degré de protection garanti au vivant par le droit positif, alors, en ce sens, la vie privée ne peut appartenir qu'à la personne physique/privée. Car si la personne physique suppose qu'il existe une personne morale, collective et à responsabilité limitée eu égard à son statut, c'est par son apparence d'ordre privé qu'elle s'individualise, qu'elle se matérialise. En tant qu'être humain la personne physique/privée devient alors titulaire de droits subjectifs et d'obligations envers d'autres personnes et le reste de la *société*. C'est en ce sens que se différencient les choses et les sujets de droit⁶⁷⁴.

266.- Pour autant, compte tenu de l'évidente connotation psychologique, philosophique, théologique, voir spirituelle de la notion, le législateur et les juristes plus largement, se refuseraient à élaborer une définition toute faite de celle-ci, craignant tout ce qui pourrait renvoyer aux aspects subjectifs de la dignité.

Paragraphe.II. ...aux belles intentions d'opinion

267.- La dignité serait martelée en toute occasion, lorsqu'il semblerait que la souffrance est indicible, ou qu'il serait possible qu'elle le soit. Et bien souvent, il en est ainsi. C'est en raison de ce caractère indicible que les définitions en resteraient volontairement floues (**A.**), et que seul le dépassement permis par l'esprit philosophique permettrait de saisir la dignité *là où elle est* (**B.**).

⁶⁷⁴ Voir notamment sur ce point, J.-M. Trigeaud, *La distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel*, Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (Arg.), coord. P.E. Alferillo, A. Guarino Arias & Chr. G. Sommer, Ed. Advocatus, Tomo I, 2010, p. 143-162.

A. Aspects subjectifs d'un droit subjectif

268.- Les définitions resteraient volontairement floues, et, en apparence, à l'appréciation conjointe du requérant ainsi que des juges recevant la dite requête⁶⁷⁵. Cela permettrait dès lors de justifier, en arrière plan, une certaine compassion à la douleur, pour laquelle la notion de dignité servirait à la fois de bouclier et de glaive. La dignité serait donc toujours un droit subjectif de jouissance, ou *droit à*, mais, son approche clinique normalisée aurait rendu son objectivisation nécessaire⁶⁷⁶, et ce afin de permettre d'en expliciter les modalités d'application ; elle serait en ce sens là *un droit de*. La dignité se situerait entre *présence* et *production*, entre *être* et *avoir*.

269.- C'est en ces termes, semble-t-il, que la question de la connaissance de la dignité du mourant s'imposerait. Si bien souvent le couple articles 9 et 16 du Code civil sert comme unique référence à la réflexion du juge civil, le juge administratif ne se servant de ces fondements qu'en y faisant référence par le principe qu'elles sous entendent dans l'ordre public⁶⁷⁷, le Code de la santé publique, quant à lui, entend préciser les conditions de la garantie de la dignité de la personne malade. Ainsi pourrions-nous citer l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique, précisant que « la personne malade a droit au respect de sa dignité »⁶⁷⁸. La garantie pourrait être considérée des plus minimale, si l'on pensait que *le moins de propos possible* constitue une atteinte à la dignité, dans la mesure du caractère vague et imprécis de la disposition normative. Au contraire en serait-il si l'on entendait garantir la dignité regardée au plus haut de sa définition, selon une approche résolument métaphysicienne, celle-là même que suggère une approche éthique de la notion de dignité⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Cette idée se retrouve d'autant plus lorsqu'il s'agit d'appréhender la dignité du souffrant dès lors que celle-ci est évaluée arithmétiquement par les méthodes d'évaluation préconisées par la médecine et sur lesquelles le droit n'a semble-t-il aucune emprise.

⁶⁷⁶ Voir en ce sens Ch. Sinding, *La recherche clinique et l'impensé dans les lois de bioéthique*, in C. Ambroselli et G. Wormser, *Du corps humain à la dignité de la personne humaine*, op. cit., pp. 345-352.

⁶⁷⁷ Voir en ce sens le raisonnement tenu dans l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, préc.

⁶⁷⁸ L'art. L. 1110-2 du Code de la santé publique ne concerne que la personne malade ; le mourant est quant à lui mis à part dans le traitement que lui réserve le Code de la santé publique, bien que son cas ne soit envisagé au même Titre Ier *Droits des personnes malades et des usagers de santé*, Chapitre 1^{er} *Droits de la personne*. Cette distinction démontre le souci du législateur d'identifier le mourant comme un cas à part, dont les droits seraient renforcés. Cependant, la précision semble constituer un obstacle dans la mesure où l'abstraction suffirait en l'occurrence : la *personne*, jouissant pleinement de la personnalité juridique, malade ou non, mourante ou non, étant le siège de *tous les droits*.

⁶⁷⁹ Voir pour un prologue de l'approche du droit dans une perspective métaphysicienne chez J.-M. Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, Studio editoriale di Cultura, Genova, 1987, pp. 261-278., puis du même auteur, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., *passim*.

270.- Au-delà, et en amont de la dignité juridiquement identifiable, résiderait un droit sous-jacent, faisant de la dignité un *droit premier* de la *personne*⁶⁸⁰. Cette dignité là, obéissant à une éthique de l'être entendue comme porteuse d'une identité métaphysique, accomplirait la *personne* en un sujet de droit dont l'expression la plus haute s'incarnerait dans la singularité de chacun, co-relative à l'universalité de tous. L'unité dans la diversité exigerait que la dignité soit non seulement la même pour tous, sans uniformisation⁶⁸¹, mais que chacun puisse accomplir le respect de celle-ci par l'entremise même d'une maïeutique de ses composantes singulières, au delà de ce qu'il peut être dans le corps social, malade, mourant ou bien portant.

B. Dignité et philosophie du droit de la santé

271.- Ce dépassement dépendrait dès lors de différents ordres de langage, correspondant aux différents *états d'être* de la *personne*, ontologiquement pré-déterminés. Il s'agirait d'abord de l'ordre psychologique pour certains, par l'entremise d'une aide de psychologues ou psychiatres ou encore psychanalystes, à même de faire émerger les structures mentales du sujet souffrant. Il s'agit d'une obligation légale, d'un droit de la personne à voir « apaiser [sa] souffrance psychique »⁶⁸². Ce pourrait être également dans l'ordre philosophique de la pensée, par l'intermédiaire d'une discipline dialectique de la raison que la personne trouverait un apaisement plus profond⁶⁸³, faisant de l'exigence éthique un point de convergence. Il pourrait s'agir encore d'une approche relevant d'un ordre religieux, faisant entrer dans la quête du parcours à Dieu, *le guide nécessaire*. Et nul raison pratique de droit ne devrait pouvoir empêcher quiconque, *a fortiori* mourant, d'accomplir un tel parcours. Enfin, l'accouchement de la personne dans le sujet de droit, rendant effectifs et conformes au droit positif les pré-conçus de l'*être*, atteindrait le paroxysme d'une perspective métaphysique dans un ordre

⁶⁸⁰ Si le concept de *droit premier* fait bien évidemment écho à J.-M. Trigeaud, *Droits premiers*, op. cit., l'idée même n'appartient qu'à une approche métaphysique qui embrasse la *personne* dans sa relation la plus universelle, considérant dès lors que *tout le droit* est *en elle*, potentiellement *réalisable* et *manifestable*. En ce sens, la dignité est un *droit premier* car elle ne peut être assujettie à une quelconque définition positive qui en restreint par là les potentialités. Voir tout de même, J.-M. Trigeaud, *Droits premiers*, op. cit., *ibid*, pp. 104-105 sur les dangers de la moralisation du droit sur fond d'empirisme ; ou encore, p. 39 sur l'unité singulière/universelle de la *personne*, et enfin, pp. 55-56 pour le passage du *muthos* au *logos*, de la justice au droit, illustrant le passage d'une éthique de la dignité à un *biodroit*.

⁶⁸¹ Voir J.-M. Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, op. cit., pp. 107 s.

⁶⁸² Art. L. 1110-10 du Code de la santé publique.

⁶⁸³ Voir J.-M. Trigeaud, *Eduquer au respect du principe de réalité ou l'apprentissage de la philosophie du droit*, préc.

spirituel, par la médiation de la présence d'un éducateur, garant d'une tradition d'accompagnement de la personne vers elle-même, jusqu'à l'ataraxie aristotélicienne⁶⁸⁴.

272.- La dignité devrait dès lors être entendue au plus large des confins de l'âme humaine, de telle sorte que le sujet de droit se voit garantir ce qui, selon lui, en *connaissance* de lui, permettrait de protéger les portes de sa sphère la plus intime et précieuse. Le juge se devrait dès lors d'ouvrir au tribunal des hommes le tribunal des pensées de chacun, tout en respectant la conformité du vœu aux dispositions de la loi. L'article 9 du Code civil serait en ce sens la seule clé de voûte dont puisse bénéficier le sujet de droit, afin de voir garantir la préservation du passage de l'intime protégé à l'intime conservé.

273.- En conséquence de quoi pourrait-on comprendre l'avènement d'une intention didactique, procédant des tentations irréfléchies d'opinion. Car si les promesses d'accompagnement dignifiant la *personne* sont en nombre suffisant dans le dispositif légal, il est indéniable que la pratique semble parfaitement éloignée du respect de la singularité de chacun. Les pressions opérées par l'exigence de l'effectivité de la loi, derrière les expérimentations des politiques publiques de santé, obligerait les praticiens à constamment dépasser leurs affects, afin de dépersonnaliser leurs relations, déshumanisant la personne humaine, et s'engageant dans une relation strictement empirique, et administrativement exprimée. Les réponses pratiques à la requête de dignité limiteraient la requête elle-même aux idéologies communément admises, culturellement dominantes, dépendant de groupes de pensées et lobby de tous *ordres*. Les intentions, de quelque *maison* qu'elles puissent naître, n'en seraient pas moins éloignées d'un principe réaliste d'interprétation, ne reposant que sur le *pseudos* de la *doxa* platonicienne, celle qui flatte la satisfaction immédiate dans l'éphémère.

⁶⁸⁴ La définition de l'ataraxie peut prendre différentes tournures théoriques selon les écoles de pensée philosophique : ainsi, elle peut être envisagée en tant que tranquillité, impassibilité d'une âme devenue maîtresse d'elle-même au prix de la sagesse acquise soit par la modération dans la recherche des plaisirs (Épicurisme), soit par l'appréciation exacte de la valeur des choses (Stoïcisme), soit par la suspension du jugement (Pyrrhonisme et Scepticisme). Chez Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Poche, coll. Classiques de la philosophie, 1992, Livre X, chap. 7, 8 et 9, elle procède d'un comportement résolument eudémoniste qui est l'expression de la doctrine morale affirmant que le but de l'action humaine est le bonheur ; ainsi Aristote voit nettement dans le bonheur la fin de la vie, que le sage qui contemple l'Éternel dans une vie de loisir incarne véritablement. Cette approche s'oppose donc à la morale kantienne de la *Critique de la raison pratique*, qui considère comme postulat, que si Dieu existe, et que l'âme est immortelle, la paix ne peut appartenir quant à elle qu'à un au-delà futur. Cette pensée de l'éloignement du bien dans l'accroissement de l'ordre des choses a conduit à tous les nihilismes, pessimismes et néo-scepticismes dont Schopenhauer (considérant que tous les individus subissent la 'volonté' d'un ordre phénoménal supérieur) en fut un représentant lorsqu'il affirme que l'ordre des choses engendre mal et souffrance, et dont Kierkegaard (voir *Traité du désespoir* ou encore *Crainte et tremblement* pour une approche pré existentialiste de l'individu angoissé) en fut une preuve vivante allant jusqu'à *mourir de chagrin*.

274.- Dans ces conditions, le mourant, par hypothèse premièrement ignorant de son état, pourtant réputé et jugé capable juridiquement⁶⁸⁵, recevrait accès à une connaissance qui le concernerait singulièrement, et néanmoins, en réalité, porteuse de généralisations quant à l'humanité, celle-ci conçue comme prétexte favorable, et donc valable afin d'opérer des restrictions. Il s'agirait, à l'hôpital, d'abord du respect du devoir d'information, obligation d'humanisme⁶⁸⁶. Il s'agirait également de l'obligation de respecter le secret professionnel, limitativement opposable aux tiers⁶⁸⁷ ; mais aussi de l'obligation de porter assistance et secours ; et enfin de recevoir le consentement de la personne, en quelque circonstance que ce soit, thérapeutique ou non. Ce devoir, incombant aux personnels soignants, et en particulier opposable au médecin, pourrait prendre la forme de la communication du secret médical⁶⁸⁸.

275.- Or, les dispositions spécifiques visant à garantir le droit du *patient-malade-mourant* seraient en réalité un rappel de ce que le droit le plus général à la conservation de la vie privée sanctionne déjà. La dignité et l'intégrité n'en sont pas plus éloignées en ce sens qu'elles procèdent toutes deux du droit à la vie privée de l'article 9 du Code civil, et au droit au respect de la vie des articles 16 et suivant du Code civil⁶⁸⁹. C'est au nom de cette propriété

⁶⁸⁵ En pratique l'appréciation de la capacité de discernement, condition *sine qua non* à l'expression d'un consentement libre et éclairé, appartient aux praticiens médicaux.

⁶⁸⁶ L'obligation d'humanisme reposerait d'abord sur la liberté du praticien d'apprécier le contenu de sa prestation. Voir G. Mémeteau, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Thèse, Poitiers, 1973. En effet, avant de communiquer l'information médico-légale, le praticien intériorise les éléments qu'il entend révéler ; il fait un choix.

⁶⁸⁷ Voir en ce sens C. Swan, *op. cit.*, pp. 129 s. Notamment sur les cas des assurances, p. 136 et de la CPAM, p. 139.

⁶⁸⁸ Art. L. 1110-4 du Code de la santé publique, ou encore 4 du Code de déontologie médicale, et art. 226-13 du Code pénal. Voir en ce sens O. Dupuy, *La gestion des informations relatives aux patients. Dossier médical et dossier médical personnel*, Thèse, Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2005, pp. 57 s. Voir CCNE, Avis n° 104, *Le dossier médical personnel, et l'information des données de santé*, 2008.

⁶⁸⁹ Voir dans le sens d'une interprétation contraire faisant de la dignité et de l'intégrité des « prérogatives propre au patient », B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, *op. Cit.*, *ibid*, p. 343. Cette approche est en parfaite adéquation à l'esprit de la loi de 2002 qui entend spécifier les droits du mourant, en stigmatisant celui-ci en tant que tel, bénéficiant de droits qui lui sont exclusifs, discriminant positivement le statut de mourant. Cet idéalisme contredit en même temps l'esprit de la loi de 2002 car le secret ou l'absence de discrimination, qui participent de la protection de la dignité sont parmi les fondements généraux des droits du mourant, reposant sur la loi la plus générale (art. 225-2 1° du Code pénal, art. 7 du Code de déontologie, art. L. 1110-3 du Code de la santé publique) avant les dispositions particulières qui leurs sont soumises ; en l'occurrence si l'intégrité de l'art. 16-3 du Code civil fait bien état d'un rapport médical, l'art. 16-4 al. 1er comporte une formule des plus générale en la matière pour connaître des précisions dans les alinéas suivants. Notons au surplus que le § 5 de la recommandation 1418 (1999) 1 du Conseil de l'Europe portant sur la *Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*, Conseil de l'Europe, 25 juin 1999, Gazette officielle du Conseil de l'Europe- juin 1999, rappelle que « l'obligation de respecter et de protéger la dignité d'un malade incurable ou d'un mourant est la conséquence naturelle de la dignité inviolable inhérente à l'être humain à tous les stades de la vie.

ontologique, attachée à son *être*, dans son prolongement de malade qu'il lui est dû avant tout d'être informé.

276.- La vulgarisation d'un langage médical spécifique, en un vocable profane du tout venant, devrait apprendre au patient à accepter sa condition⁶⁹⁰. Par la connaissance de la chose, ici d'une thérapeutique en rapport à un état, le patient entrerait déjà dans un processus de guérison. Discerner sa maladie serait plus aisé conformément à un traitement que l'on reconnaîtrait comme adéquat par la délivrance d'une information complète. Universellement partagée, la connaissance pourrait ainsi être rendue accessible au patient, qui, plus serein, entrerait, de concert avec le praticien, dans l'absolu d'une guérison qui en demeurerait pour autant hypothétique face à *l'issue assumée de la fin de la vie*.

277.- Or, c'est de l'hypothèse du meilleur que procéderait la consécration du pire. Car, par la négation de la liberté première de la personne d'accéder à son authentique vérité, en bornant les conditions d'existence même de son statut de mourant, parfois le plus implicitement, le législateur ne serait pas parvenu à protéger le mourant d'une incapacité présumée se révélant dans la pratique, celui-ci considéré comme ayant une « volonté relative, changeante et facilement altérée »⁶⁹¹. Paternalisme médical excessif, désir de protection des causes de responsabilité, infantilisation du mourant, seraient autant de justifications impropres à diffuser les révérences sincères qu'exige la dignité la plus sacrée.

Section.III. De la personne saine à l'incapable présumé

278.- Au commencement, le placement sous régime de protection semble être moralement justifié. Il s'agirait de garantir la pérennisation des droits de la personnalité juridique du sujet de droit devenu incapable de gérer sa vie, d'administrer ses biens ; le mourant devrait pouvoir en bénéficier en tant que personne vulnérable par excellence (**Paragraphe.I.**). Toutefois, dans le cadre de la normativisation spécifique des droits du mourant, celui-ci, sans pour autant avoir été apprécié en tant qu'incapable par le législateur, apparaîtrait tout de même bénéficiaire,

⁶⁹⁰ Voir en ce sens J.-C. Charnet, *L'élève et les lois bioéthiques*, in C. Ambroselli et G. Wormser, op. cit., pp. 353 s.

⁶⁹¹ Voir P. Malaurie, *Euthanasie et droits de l'homme. Quelle liberté pour le malade ?*, Defrénois 2002, 37598, p. 1132.

ou subir, des procédures implicites, caractéristiques d'une incapacité présumée, en dehors de toute mesure judiciaire (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. Une obligation moralement justifiée par la vulnérabilité du mourant

279.- C'est en prenant le droit positif comme première base de réflexion (**A.**) que le mourant devrait pouvoir trouver la capacité de voir protéger la jouissance de ses droits (**B.**), en invoquant le régime général des d'incapacités (**C.**).

A. Le droit privé des incapacités comme première base de protection de la personne-mourante

280.- Le droit privé est le premier fondement⁶⁹² des différents régimes d'incapacités⁶⁹³, car il garantit les libertés individuelles au commencement du droit de la *personne*⁶⁹⁴. L'état d'incapacité, judiciairement prononcé, dépend de l'appréciation issue d'une expertise de l'état de santé, mental et ou physique⁶⁹⁵, de telle sorte que la personne diagnostiquée puisse

⁶⁹² Il existe en droit public administratif des dispositions relatives aux procédures d'hospitalisation d'office dont nous ne ferons cas qu'en citant que de nouvelles dispositions ont été introduites par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, réformant les articles L. 3213-1 s. du Code de la santé publique. Voir en ce sens X. Bioy, *La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte*, AJDA 2011, p. 174.

⁶⁹³ La question de la capacité, soulevée *infra* dans ses modalités exprimées au cas concret du mourant, recèle une multitude de champ d'application : quant au contrat, art. 1123 du Code civil ; quant au mariage, art. 1398 du Code civil ; quant aux libéralités dans la capacité à disposer de quelque chose, art. 901 et 902 du Code civil, ou de recevoir, art. 902, 906 s., et 995 du Code civil. A considérer le mourant, dont on peut présumer certainement à tort qu'il ne se mariera pas, à tort ici conformément à la jurisprudence constante sur le mariage *in extremis* : C. cass. 1^{ère} civ. 31 janvier 2006 ; voir V. Larribau-Terneyre, *Consentement au mariage in extremis d'un malade semi-inconscient*, Droit de la famille, 2006, n° 3, mars, commentaires, n° 48, p. 24. et du même auteur, *L'appréciation du consentement dans le mariage posthume et le mariage in extremis*, Droit de la famille, 2006, n° 4, avril, commentaires, n° 79, p. 10. ; ou encore A. Leborgne, *Où un mariage in extremis est validé et retenue la faute du père du marié persistant à poursuivre l'annulation du mariage*, Revue juridique personnes et famille, 2006, n° 5, mai, mariage, p. 17.

⁶⁹⁴ Il conviendra plutôt en tout état de cause de considérer la situation du majeur protégé : art. 440 s. quant au régime de curatelle, art. 433 s. quant au régime de sauvegarde de justice, art. 440 s. quant à la tutelle ; celle du mineur : art. 371 quant à l'autorité parentale, et notamment art. 371-1 comme fondement quant à l'autorisation d'admission à l'hôpital., celle du mineur émancipé, 413-6 s., et enfin celle de celui dont la santé mentale est réputée atteinte, art. 414-1 s

⁶⁹⁵ Voir C. cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, *Bull.* 1994, I, n° 213, p. 155.

nécessiter que le juge compétent⁶⁹⁶ mette en place des mesures de protection visant à sa préservation⁶⁹⁷. Ces mesures de protection sont de droit lorsqu'il résulte d'une incapacité du fait de l'état de minorité de la *personne*. La notion d'incapacité présume d'un état initial de faiblesse⁶⁹⁸ de la *personne*⁶⁹⁹ qui peut représenter un danger pour elle, dans son accomplissement des obligations contractuelles ou légales⁷⁰⁰. Les mesures de protection ne peuvent être disproportionnées eu égard au « respect des libertés individuelles des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »⁷⁰¹.

281.- Comprendons que les mesures de protection des différents régimes d'incapacité sont adaptables aux besoins de la personne concernée, favorisant au maximum la conservation de « l'autonomie de celle-ci »⁷⁰². Quoi qu'il en soit, l'initiative d'un tel placement relève de la volonté de la famille, au sens le plus étendu⁷⁰³, ou encore de toute personne justifiant d'un lien même affectif, ou encore du procureur de la République seul ou sur requête d'un tiers. C'est surtout peut-être encore plus que la préservation des biens, la nécessité de préserver la *personne* du plus faible, par son placement sous la charge d'une tierce personne, qui relève de la responsabilité conjointe de la « famille et de la collectivité publique »⁷⁰⁴.

B. Faiblesse et première réflexion sur l'applicabilité d'un droit des incapacités

282.- La situation de mourant est à haute potentialité de faiblesse, tant sur un plan physique que moral et psychique. Pourtant, vivant au sein de l'unité hospitalière, la *personne-malade-mourante* se voit déjà restreindre bon nombre des possibilités d'administrer ses biens, de s'engager contractuellement et de devoir supporter des obligations contractuelles et/ou

⁶⁹⁶ Quoi qu'il en soit des résultats de l'expertise, seule le juge est compétent à prononcer souverainement la mesure de protection : C. cass. 1^{ère} civ., 6 avril 1994, *Bull.* 1994, I, n° 142, p. 104.

⁶⁹⁷ Celle de ses biens ainsi que de sa « personne subjective » conformément à la division classique personne et chose soumise à la division entre droits réels et droit personnels dans les modalités des rapports qu'elles tissent.

⁶⁹⁸ La faiblesse serait entendue ici au sens de la sensiblerie dont Platon fait état dans ce qu'il nomme être l'excès de cœur. Platon dit du *thumos*, *le cœur*, « *ce pleureur professionnel* » qu'il est source de tous les maux car il a pour habitude de guider l'homme dans l'élaboration de théories *au dessous* du réel, hypocrites et sophistiques, niant le principe ontologique qui le commande. Il pleure, rit, mais ne prend pas au sérieux ce qu'il est ou bien ne le considère que comme une souffrance telle que vue par Schopenhauer. Voir en ce sens Platon, *La République*, trad. G. Leroux, GF, Flammarion, 2002, X, 606a, p. 499.

⁶⁹⁹ Art. 415 al. 1 du Code civil : « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur statut ou leur situation rend nécessaire ». Voir également art. 425 C. civ.

⁷⁰⁰ Art. 415 al. 3 C. civ. : « Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée »

⁷⁰¹ Art. 415 al. 2 du Code civil.

⁷⁰² Art. 415 al.3 du Code civil.

⁷⁰³ Art. 430 al. 1 du Code civil.

⁷⁰⁴ Art. 415 al. 4 du Code civil.

légales. Ainsi, bien souvent, une simple mesure de sauvegarde de justice⁷⁰⁵ suffirait à protéger les biens de la personne qui ne pourrait les administrer elle-même, du fait de son absence.

283.- Or, quelque soit le régime de protection, force est de constater que de telles mesures ne sont que très rarement prises lors d'hospitalisation, et ce pour deux raisons identifiables. **D'une part**, la structure hospitalière est le plus souvent jugée suffisamment protectrice, à la fois par les familles et proches des malades mourant, mais aussi par le ministère public. **D'autre part**, l'état de faiblesse étant considéré comme normal pour une *personne-malade-mourante*⁷⁰⁶, trop peu jugent nécessaire d'intervenir dans une phase terminale de vie, comme si en quelque sorte plus rien n'était à préserver⁷⁰⁷. C'est en ce sens que nous entendons sans plus tarder rappeler que seule une décision de justice peut offrir le maximum de garantie à une personne dont l'état serait jugé *incapable*⁷⁰⁸.

284.- Ainsi, au travers d'une succession d'interprétations théoriques situées en dehors du cadre du raisonnement judiciaire⁷⁰⁹, mais reposant tout de même sur le droit privé des

⁷⁰⁵ Art. 433 s. du Code civil ; notons que la sauvegarde de justice est une mesure temporaire qui est prononcée par le juge des tutelles lorsque la personne se retrouve dans la situation décrite à l'art. 425 du Code civil ; art. 435 du Code civil : « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits », ce qui signifie que en réalité seule l'administration de bien compte dans ce type de régime de sauvegarde *a minima*. Notons enfin que les dispositions présentes à l'art. 436 du Code civil font état des personnes qui doivent exercer les modalités du mandat ou encore en l'absence de mandat les mesures conservatoires propres à protéger les intérêts de celui qui est placé en état de sauvegarde ; celles-ci sont autant les personnes physiques que les personnes morales, « établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde » : art. 436 al. 3.

⁷⁰⁶ Voir notamment en ce sens le texte de la recommandation du Conseil de l'Europe adopté par l'Assemblée 1418 (1999), préc. voir doc. 8421, rapport de la commission des questions sociales, de la santé, de la famille, rapporteuse : Mme Gatterer ; Doc. 8454, avis de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur : M. MacNamara. Au nom de la protection de « la dignité de l'être humain et des droits qui en découlent », le Conseil de l'Europe considère que les mourants et malades incurables, sont « les membres les plus vulnérables de la société ». En ce sens le Conseil rappelle quels sont les facteurs qui favorisent l'affaiblissement naturel du malade-mourant au § 7 de sa recommandation ; ainsi en est-il de « l'insuffisance de soins palliatifs », du « prolongement artificiel du processus de la mort », l'absence de « formation permanente et de soutien psychologique », la crainte de « perdre son autonomie », etc.

⁷⁰⁷ Relativisons tout de même en précisant que s'il n'existe quasiment aucune disposition au Code de la santé publique puisque rien ne concerne le majeur incapable à proprement parler, il est bien évidemment considéré relativement à l'expression de sa volonté : art. L. 1111-2 du Code de la santé publique. Il en serait de même au Code de déontologie médicale où il y a bien l'art. 43, sur l'information et le consentement. Il s'agirait d'une opposition frontale de fond dissociant personne et droits de la personne, ceux-ci étant entendus comme des choses appartenant à la personne. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *La distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel*, op. cit., *ibid*.

⁷⁰⁸ La jurisprudence est venue faire acte de précisions. Notamment en s'appuyant sur les incapacités de fait et en les interprétant aux cas particuliers eu égard aux régimes des incapables de droit commun, privé, car si de tels régimes sont applicables à la personne physique, ils le sont également à la personne physique hospitalisée en tant que pouvant opposer devant le juge le contrôle du respect de sa personnalité juridique. Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 1990, *Bull.* 1990, I, n° 279.

⁷⁰⁹ Voir sur ce point O. A. Ghirardi, *Le raisonnement judiciaire*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1999, 164 p. Le raisonnement judiciaire obéit à des règles. Au nombre desquelles réside le principe de la non-contradiction se fondant sur la logique juridique, « au-dessus de la loi et de la doctrine des juristes excellents », p. 13. « Lorsque

incapacités, c'est un ensemble de dispositions de tous ordres qui permettrait aujourd'hui à des personnes morales, par leurs représentants agents et praticiens de la médecine, agissant pour le compte de l'Etat, de prendre l'initiative de proposer⁷¹⁰, et même d'imposer des mesures de *quasi* protection⁷¹¹, sans que quelque autorité judiciaire ne puisse regarder ce qu'ils font⁷¹².

285.- Or, dès lors que la personne hospitalisée se trouve affaiblie physiquement et psychiquement en conséquence de son état de santé, et ou des traitements voués à sa prise en charge, le corps médical pourrait enjoindre la famille de la personne, en concertation avec celle-ci, à envisager des mesures de protection.

C. Incapacités et obstination de la protection

286.- Dans l'ordre normal du droit des incapacités⁷¹³, les mesures de protections judiciairement prononcées sont destinées à permettre des prises de décisions, dès lors que le malade ne peut plus lui-même exprimer son choix⁷¹⁴; mais également à suppléer ce dernier dans des choix exprimés alors même qu'il est toujours réputé être en état de conscience. La

celles-ci [les règles] s'avèrent indéterminées par rapport aux faits, il est nécessaire d'interpréter lesdites règles, ce que le juge fait au moyen d'une formulation positive et écrite; puis l'on doit qualifier les faits pour établir s'ils coïncident ou non avec les règles à appliquer, et enfin, l'on peut examiner si ces règles -dans le cas concret sur lequel il faut décider- sont susceptibles de justifier une conclusion déterminée faisant droit à l'action intentée, c'est à dire si lesdites règles sont pertinentes. » p. 40. Seul le juge peut dès lors interpréter la règle car il est seul compétent, statutairement et légalement, à évaluer une situation de fait dont il est nécessaire de regarder au moyen des règles de droit, et le cas échéant de rendre une décision de justice.

⁷¹⁰ Le devoir d'information du médecin se rapproche du devoir de conseil opposé aux avocats par exemple quant à leurs clients sur les possibilités et potentialités que recouvrent les issues de leur affaire. En tant que d'une part obligation professionnelle : art. 35 du Code de déontologie médicale, et d'autre part obligation légale : art. L. 1111-1 à L. 1111-9 du Code de la santé publique, l'obligation d'information apparaît de plus en plus comme une gamme de propositions de différents traitements pouvant avoir différentes conséquences sur lesquelles le malade devra donner son consentement libre et éclairé.

⁷¹¹ Devoir de convaincre de la pertinence du traitement : art. L. 1111-4 du Code de la santé publique : « le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre d'accepter les soins indispensables », et art. 36 du Code de déontologie médicale (art. R. 4127-36 du Code de la santé publique) : en cas de refus, il [le médecin] doit s'efforcer de convaincre le patient en lui apportant à nouveau toutes les précisions nécessaires, en s'assurant qu'elles sont correctement comprises, solliciter l'avis d'un consultant. Pour une monographie sur les conséquences du *Refus de traitement et autonomie de la personne préservée*, voir CCNE, Avis n° 87, 2005.

⁷¹² Voir notamment R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, H. Péquignot, *Traité de droit médical*, op. cit., *ibid*, p. 218.

⁷¹³ En dehors de toute motivation extérieure à la seule intention de protéger; voir C. cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 372, p. 258., pour le cas d'une demande de placement sous régime de curatelle fondée sur la prodigalité.

⁷¹⁴ C'est tout l'objectif de la désignation de la personne de confiance de l'art. L. 1110-6 du Code de la santé publique. Celle-ci paraît être le seul élément de protection *a priori* de la personne qui serait *réputée* incapable (incapacité de fait au regard d'une possible application du 'un régime d'incapacité) et non *désignée* judiciairement incapable en tant qu'elle est choisie dès l'entrée à l'hôpital. Le statut de la personne de confiance semble être le pendant théorique de la présomption de capacité qui pèse sur toute personne physique.

décision exprimée, en état de conscience *visible*, repose sur une présomption légale de capacité. Celle-ci est déduite des critères de déclaration de l'incapacité interprétés *a contrario*.⁷¹⁵ Enfin, de telles mesures seraient propre à administrer son patrimoine, dès lors qu'il ne se trouve plus en état, physique ou psychique, de le faire⁷¹⁶. Ces régimes de protection relèvent d'un ensemble de droits privés, de la *personne*⁷¹⁷, mais également d'un droit public administratif⁷¹⁸, et plus spécifiquement de la santé publique⁷¹⁹, permettant à l'entité administrative, ainsi qu'à ses représentants, de se prémunir de toute atteinte, de droit, à la personne malade, quant à son intégrité physique, psychique et matérielle⁷²⁰, mais également quant à sa responsabilité du fait des atteintes causées par des tiers⁷²¹.

287.- Retenons par exemple que les personnels soignants sont ici, dans le cadre administratif de l'exercice de leur fonction hospitalière, soumis au droit relevant de l'art. 16-3 du Code civil. Cette observation permet de comprendre que c'est bien le statut de la personne-malade-mourante qui, par son seul état sur lequel elle n'a aucune emprise, dicte le droit applicable, sans distinction des domaines dont il relève, et qu'ainsi les droits incombant aux personnes qui l'entourent au sens le plus large, incluant personnes physiques et personnes physiques en tant qu'agent de service agissant pour le compte d'un établissement public, sont soumises aux droits de la personnes physique malade-mourante qui, par son seul état, fait converger les droits public et privé en elle et autour d'elle. C'est ici, sur le point de problématique de l'intention de la protection, qu'apparaîtrait l'hypothèse d'une dérive en la matière.

⁷¹⁵ Pour une approche différenciée en ethnographie, voir B. Eyraud, *Les protections de la personne à demi capable. Suivis ethnographiques d'une autonomie scindée*, Bulletin Amades [En ligne], 84 | 2011, mis en ligne le 07 novembre 2011, Consulté le 12 juillet 2012, www.amades.revues.org/index1330.html.

⁷¹⁶ Il s'agit en réalité du premier souci de ceux qui requièrent un placement sous régime d'incapacité de la *personne-malade-mourante* en vue de garantir les droits de ceux qui sont amenés à hériter.

⁷¹⁷ Art. 414 s. du Code civil.

⁷¹⁸ Voir en ce sens le prolongement des droits individuels du code civil dans la mission de service public qui incombe à l'établissement de santé lui-même placé sous la tutelle administrative de l'Etat par l'intermédiaire des ARS. Cela reviendrait à pouvoir considérer qu'il existerait une forme d'incapacité de fait de la part de la personne physique considérant que l'autorité de l'Etat s'exerce sur elle dans le cadre de l'accomplissement du devoir de soins par les agents de services exerçant dans l'établissement de soin où elle a été admise.

⁷¹⁹ Comprendons en ce sens l'esprit de l'art. L 1111-6 du Code de la santé publique.

⁷²⁰ L'intégrité de la personne est avant tout celle de son corps ; le droit y correspondant faisant référence tout d'abord au droit à la vie (art. 16 du Code civil), dont le terme, la mort, correspond analogiquement aux critères physiques de son étendue effective ; puis ensuite au corps entendu comme le siège unique de la vie. Cette approche traduit le soucis du législateur de donner un cadre objectif aux droits du mourant quand en réalité ce sont bien les droits subjectifs de celui-ci qui vont lui opposer la reconnaissance première de son statut d'individu, et de manière sous-jacente de *personne*.

⁷²¹ Il s'agit de comprendre que compte tenu que la *personne-malade-mourante* est le point de convergence de tous les droits, la responsabilité du préjudice qui lui est causé par un tiers peut être supportée bien évidemment par celui-ci, mais aussi plus largement par les responsables professionnels de santé de l'établissement de soins qui en quelque sorte avait la *personne-malade-mourante* sous leur garde.

Paragraphe.II. La vulnérabilité comme prétexte à la présomption d'incapacité de fait

288.- A partir d'une obligation de soins bien naturelle (A.), les professionnels de santé auraient tirés un *droit* spéculatif à désigner la *personne*-mourante comme incapable *a priori* (B.), le raisonnement reposant sur trois étapes identifiables (C.).

A. De l'obligation de soins...

289.- La première justification d'un risque de dérive, procédant de l'obligation de soins tirée de l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique, serait dégagée de l'obligation de protection incombant à la collectivité publique, tirée d'une interprétation analogique et extensive de l'article 415 alinéa 4 du Code civil, relatif aux incapacités de droit. Ce comportement *ultra-protecteur*, frôlant l'interventionnisme, voir l'acte liberticide, serait parfois même dû au soutien des familles démunies face à la situation du mourant⁷²². Ceci aurait pour effet de faire basculer la *personne* d'une situation d'incapacité de fait, temporaire ou durable, à une incapacité de droit, assimilable à celle du mineur. Le médecin s'imposerait alors comme le *bon père de famille*, dans une « relation asymétrique »⁷²³.

290.- Cette initiative de sauvegarde médicale de la personne est légalement justifiée⁷²⁴. Les praticiens saisiraient son état médical, en amont de son statut de sujet de droit jouissant des droits attachés à sa personnalité juridique, pour en garantir les modalités de cette dernière, appliquées au seul domaine de sa santé, ou tout au moins établissant un lien avec ses droits sous-jacents, sous le seul rapport empiriquement examiné de la santé⁷²⁵.

291.- L'obligation de protéger à la fois la *personne*, mais également ses biens, par le devoir d'informer par exemple, engendrerait un espacement de plus en plus visible entre la mise sous

⁷²² Une telle attitude étant justifiée par interprétation analogique de l'art. 433 s. du Code civil sur l'initiative du placement sous régime d'incapacité.

⁷²³ Voir D. Manăi, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 61.

⁷²⁴ Voir note précédente à ce propos relativement au droit spécifiquement appliqués aux malades-mourant à raison d'une interprétation analogique et extensive du droit commun des plus faibles. Sur le *droit du plus faible*, voir plus largement la thèse en cours de Sabine Kadem-Tomc, doctorante à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.

⁷²⁵ *Dignité du malade, dignité du mourant, intégrité du corps humain, vie privée du mourant*, etc.. et non jamais de la *personne*, avant tout.

protection par le biais d'un régime juridico-légal, et celle de fait, par une forme d'anticipation du premier.

292.- La procédure jugée bien souvent trop lourde et inutile, compte tenue de la confusion qu'engendre la fin de vie, ce ne sont que très peu de requête en placement sous régime d'incapacité qui sont requises. La seule sauvegarde de justice, dont la procédure est plus allégée par rapport à une tutelle ou une curatelle, suffirait pourtant à permettre d'accroître le degré de protection juridico-légal de la *personne-malade-mourante*, de ses ayants droits et des professionnels de santé qui se retrouvent tous engagés dans l'accompagnement de la fin de vie. L'accompagnement présuppose une prise de risque compte tenu des actes comportant de potentielles complications au regard de la notion de vie et de son abrègement à raison des dits actes.

293.- Les régimes légaux seraient jugés trop lourd⁷²⁶, et peu efficace dans les faits au regard de ce que le personnel médical est déjà capable de faire, en dehors des prescriptions judiciaires, qui, semble-t-il, n'ajouteraient rien à cela. Cette seconde forme recouvrerait, par hypothèse, l'intention de protéger le malade de son état de faiblesse, dû à son état de malade⁷²⁷. La maladie est *a priori* réductrice de capacité, à mesure surtout qu'elle semble réduire l'échéance mortelle⁷²⁸.

B. ...à l'incapable anticipé

294.- Ainsi il s'agirait d'identifier une application anticipée d'un droit désignant le **malade comme incapable**. L'intention du corps médical serait en apparence de garantir « la protection de la santé »⁷²⁹, au nom de son rôle de protecteur de la santé publique. Agissant pour le compte de la personne publique d'une part, mais également des représentants légaux

⁷²⁶ Bien qu'ayant été simplifiés ; voir en ce sens la réforme issue de la loi du n° 2007-293 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 ; décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007, *relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé*, JORF n° 0280 du 2 décembre 2007, p. 19537, texte n° 7

⁷²⁷ Régime normal de la protection légale.

⁷²⁸ La fin de vie est une notion nouvelle qui entend embrasser largement différentes phases identifiées comme conduisant inéluctablement à la mort ; ainsi elle embrasse les notions de maladie incurable, de maladie irréversiblement mortelle, de phase terminale, d'état de mort clinique, etc. Elle semble donc parfaitement indéterminée quant à son étendue et suppose une objection par elle-même à la consécration d'un droit objectif du statut de mourant.

⁷²⁹ Art. 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

potentiels que sont la famille ou plus largement la personne dite de confiance, le corps médical n'aurait en quelque sorte pas à justifier de son omnipotence, puisqu'il serait parfaitement d'usage qu'il impose en toute occasion ses solutions, attendu qu'il détiendrait le pouvoir de la vérité⁷³⁰. Une telle hypothèse ne devrait pas laisser le juriste sans réponse, tant il est exagéré d'envisager une mise en *epochè* des *droits premiers* du sujet de droit en tant que personne physique, de ses droits individuels, servant de moyens à apprécier de sa liberté sous-jacente première, métaphysiquement fondée.

295.- Par hypothèse, la personne en fin de vie n'est pas réputée incapable tant que son placement sous régime de protection n'a pas été prononcée par le juge. Ainsi, toute tentative de téléguider la *personne-malade-mourante* constituerait une atteinte à sa liberté individuelle première, fondatrice de son *être*. Ceci ne pourrait être justifié par la volonté même de protéger la personne d'elle-même, une telle volonté, sous couvert de **bonnes intentions**, ne pouvant relever que d'une appréciation extérieure et subjective de l'état d'être de la *personne-malade-mourante-souffrante*. Ceci ne pourrait être non plus justifié par le biais d'un droit qui entame la volonté propre du malade, revendiquant en parallèle **son autonomie** ; en ce sens le Code de la santé publique paraît parfaitement attentatoire quant aux libertés individuelles de la personne de disposer d'un choix pleinement libre, sa **liberté-autonomie** étant appréciée au regard de critères procéduraux. Enfin, la désignation d'une personne de confiance ne peut justifier que cette dernière, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un professionnel de santé, accompagne la personne à raison d'un statut de ***mandataire non dûment désigné par une autorité judiciaire***. En cela, le Code de la santé publique expose la personne de confiance au contrôle strict du juge quant au respect des droits de la personnalité juridique, méta juridique en premier, reposant sur un fondement métaphysique et éthique ; car, en réalité, la mort digne n'appartiendrait pas à une codification, mais à une appréciation. L'accompagnement se doit donc d'être avant tout psychologique, au minimum, en vue de *connaître* la personne dans sa volonté profonde, celle qui la guide et non pas qui lui apparaît être la plus opportune au regard du droit positif. Ce dernier doit constituer le soutien nécessaire au respect des libertés individuelles dans l'ordre social.

⁷³⁰ Voir en ce sens R. Savatier, *Impérialisme médical sur le terrain du droit*, op. cit. ; mais également la position critique de Batiffol quant à la volonté des médecins, et des juristes, de triompher subjectivement de la vérité en la niant : H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 338.

296.- Reprenons donc le cheminement d'une telle entreprise qui semble anéantir tout un pan de l'expression d'une liberté d'appréciation dans la gestion de ses biens, et au-delà et premièrement de son *être*.

C. Les étapes de l'incapacitation

297.- Trois étapes clairement identifiables révéleraient le raisonnement relevant d'une politique de santé. Comme tout projet de nature idéologique, celle-ci entend guider les différents protagonistes à la relation médicale, au moyen du droit créé par le corps politique⁷³¹. Une telle politique de santé fait œuvre de création d'un *corpus* normatif constitué de droits spécifiques⁷³², faisant office de sources d'un ensemble de référentiels procéduraux, et relatifs, propre à réguler le processus de mort, entendu mécaniquement.

298.- La phase de mortification, ou *moriturus*⁷³³, s'avèrerait plus ou moins rapide selon les personnes parties à la situation. Malgré tous les efforts de rationalisation de la période de fin de vie, il est impossible de systématiser l'avènement de la mort, de telle sorte que le droit commun continue de primer dès lors qu'aucune disposition spécifique ne semble valable en vue de continuer la garantie de tous les droits de la *personne*, jusqu'à ce qu'il n'y ait plus *personne*. C'est en se servant de cette période d'incertitude, entre droit à la vie et *quasi* droit à la mort, que les acteurs politiques justifieraient la nécessité de la découper arbitrairement en phases, jusqu'à assimiler un état de mort hypothétique comme suffisamment tangible afin de

⁷³¹ Oserions-nous rappeler les principes élémentaires de l'élaboration de la loi conformément aux articles 34, 37 et 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; voir en ce sens A.-M. le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Economica, Corpus, 3^{ème} éd., 2008, Livre 6, Titre II. Il s'agirait donc d'identifier un droit à l'initiative de l'exécutif bien plus que du législatif, dès lors qu'il s'agit d'une politique entendue au sens de programme politique ; encore qu'il faille préciser que par le jeu des alliances de partis, dès lors que la majorité présidentielle possède une majorité parlementaire équivalente, les programmes annoncés par le pouvoir exécutif n'ont aucun mal à être exécutés par les parlementaires. De plus, notons que sur les questions de *bioéthique* en général, le consensus tendrait à dépasser les clivages partisans. Cependant, la question de l'euthanasie divise, l'idée d'une législation explicite sur l'euthanasie ressurgissant régulièrement en tant que question relative à une politique de santé publique. Voir en ce sens la lettre ouverte de François Hollande, *adressée au Professeur Alain Grimfeld, alors président du CCNE*, préc. prenant position pour une réforme de la loi relative à l'accompagnement des mourants, engageant son programme politique en faveur de la reconnaissance de la nécessité de l'euthanasie active.

⁷³² Il apparaît en effet que les droits du mourant, subdivisés en droit médical, droit de la santé et droit hospitalier sont autant de références normatives voir parfois *pseudo* normatives (ce qu'il faut démontrer) au droit commun de la personne, appliqués à des domaines spécifiquement identifiés en vue de justifier la qualification de telle ou telle situation, ou encore de telle ou telle personne, ou de telle ou telle chose.

⁷³³ J.-M. Trigeaud, *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Éléments de réflexion*, op. cit., pp. 64-69.

déclarer la mort effective de la personne⁷³⁴ ; justifiant de cette nécessité par le projet altruiste d'une politique de santé publique du don d'organe⁷³⁵.

299.- *L'identification d'étapes* dans le cheminement à la mort permettrait au corps médical, qui en connaît les signes physiques, de faire émerger une notion dont le droit privé, mais également le droit de la santé publique, se sont saisis au travers de l'idée d'une *fin de vie*⁷³⁶. Il s'agirait en cela de la première étape permettant, de justifier la déclaration implicite d'incapacité de la personne mourante. C'est en dénonçant une *personne* en état de « condamnation à mort », avant l'avènement de celle-ci, que la *fin de vie* prolongerait donc l'exposition de la *personne*-mourante au jugement de ceux qui « s'habituent » à sa présence en départ.

300.- *L'allongement de la fin de vie*, en lui-même, dans sa prise en charge au sein de l'unité hospitalière, serait identifié comme une deuxième étape conduisant vers une première interprétation de faits, à l'image de l'affaiblissement visiblement décroissant de l'état d'être de la *personne* malade. Il s'agirait alors de désigner un critère objectif, légitimant la nécessité de rationaliser les droits applicables. C'est ici que se distinguerait une forme d'hypocrisie⁷³⁷, relevant d'un procédé *pseudo*-juridique dans la mise sous protection de la personne, sans intervention autre que celle interprétative d'un corps familio-médical⁷³⁸, voir uniquement médical, la famille étant alors elle-même « protégée »⁷³⁹.

⁷³⁴ Voir la mort cérébrale.

⁷³⁵ Voir en ce sens l'assimilation mort cérébrale et pré-mort juridique, sur quoi nous reviendrons, dans le décret du 2 décembre 1996, préc., abrogé depuis décret 21 mai 2003, préc.

⁷³⁶ Sur les étapes, et la terminologie propre à exprimer les enjeux de l'accompagnement de la fin de vie.

⁷³⁷ Etymologiquement, hypocrisie vient du grec ancien *hupo*, qui désigne ce qui est *en-dessous*, et *cratos* qui signifie l'état au sens d'un *état d'être*. Ainsi ce qui est hypocrite est ce qui est en-dessous de l'état. Comprenons que ce qui est en dessous de l'état juridique, c'est ce qui ne correspond pas à la préservation élémentaire des *droits premiers* de la personne.

⁷³⁸ Il s'agit du principe de collégialité que la loi du 22 avril 2005 a entendu sceller comme principe actif de la démocratie sanitaire appliquée au cas du mourant.

⁷³⁹ C'est à l'occasion de l'avènement de l'accompagnement de la fin de vie que le législateur a prévu d'introduire la famille au nombre de ceux qui, susceptibles d'être affectés au même titre que le mourant, se doivent de recevoir une attention toute particulière de la part des services hospitaliers compétents. Cela signifie qu'en pratique, les personnels soignants qui exercent en soins palliatifs se doivent d'accompagner la famille dans l'épreuve qu'elle vit, et qu'ainsi la famille est en droit, individuellement ou collectivement d'ordonner le contrôle d'un juge sur le respect des droits individuels subjectifs émanant de sa personnalité juridique. Voir en ce sens la loi du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs. Notons à ce sujet que l'intitulé de la loi ne précise le droit d'accès que de manière étendue ; cela pourrait sous entendre d'ors et déjà que cet accès doit être assumé pour tous, l'accompagnement de la fin de vie ne pouvant se résumer à la seule position de la *personne*-malade-mourante.

301.- *La dernière étape* serait celle de l'avènement d'un régime d'incapacité de fait, le malade étant totalement dépersonnalisé, avant tout juridiquement, dans sa capacité à exprimer un choix lucide et un consentement éclairé, tant l'omniprésence du jugement médical s'imposerait comme indispensable, jusqu'à l'omnipotence. Une telle entreprise pourrait même conduire parfois la famille à devoir opérer une requête auprès d'un juge qui, dès lors, aurait le devoir de se prononcer sur l'utilité du placement de la *personne-malade-mourante*, jugée alors incapable, ici juridiquement⁷⁴⁰ ; limitant les possibilités de répondre d'elle-même. Toutefois, le placement sous régime de protection légal constituerait la meilleure solution⁷⁴¹. Les mesures du mandat de protection future sous seing privé, que la loi du 5 mars 2007 a introduit, suffiraient à garantir la protection du mourant.

302.- En définitive, il ne serait pas réellement compliqué de rendre incapable *en faits* celui dont il est déjà *a priori* considéré qu'il est quelque peu incapable en raison de son état de faiblesse, physique, dû à la maladie, et psychique, à l'idée de mourir. C'est en disant ce qu'est le mourant, sans le désigner en tant que tel, que la loi procéderait à la plus grande discrimination que la personne vulnérable pourrait connaître. La plus grande, car dans les faits de l'hôpital, il paraît bien peu évident qu'elle-même ou encore quelque tiers que ce soit entendent défendre ce qui s'éteint ; la *vie*. Au-delà de la vie privée et de ses composantes, dignité, intégrité, intimité, c'est la *vie*, à elle seule qui serait en jeu. Or, lorsqu'elle semble vouloir ardemment quitter la personne, l'entourage fuyant aurait la fâcheuse tendance à éloigner de la personne tout ce qui garantit la vie. **Puisque le mourant est désigné en tant que tel, c'est bien qu'il ne s'agit plus de le regarder comme bénéficiant avant tout des droits inhérents à la jouissance de la vie. Le droit à la vie ne pourrait donc plus répondre aux besoins des droits du mourant, et une telle hypothèse serait d'autant plus soutenue compte tenu du caractère indéterminé de cette période de droits en époque.**

⁷⁴⁰ Rappelons que l'altération doit être constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République, le certificat médical dressé par le médecin traitant ne pouvant suffire à justifier le prononcé de la mesure de protection : C. cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, préc. Sous cette réserve, l'existence de ce constat de l'altération des facultés mentales, condition du prononcé de la mesure de protection, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond : C. cass. 1^{ère} civ., 6 avril 1994, préc.

⁷⁴¹ Voir en ce sens L. Stasi et Ch. Coutant-Lapalus, *Personnes, Incapacités, Famille*, Paradigme, Droit civil, 2001, pp. 99 s.

Chapitre.II. La naissance de la notion de fin de vie : l'indéterminé de la durée facteur d'incapacité

303.- Dès lors que la personne reconnue malade⁷⁴² est entrée à l'hôpital, et que le corps médical dans son ensemble a procédé au diagnostic d'une issue fatale des suites de la maladie, le vocable de la mort et de ses synonymes s'installent dans les pronostics et les dialogues entre malade et professionnels de santé.

304.- Il convient, sur ce point, en effet, d'écarter la possibilité d'une mort imprévisible, tant la position soulevée concerne l'*indétermination du temps de la mort dans son étendue*, cette dernière reposant sur la certitude de l'irréversibilité de l'état de santé de la *personne-malade*. Notons ainsi que l'*indéterminé de la durée* correspondrait au prolongement de la vie par delà les signes de la survenance imminente de la mort. Nous voulons ici souligner l'importance d'un phénomène majeur de la prise en charge des *personnes-malades* dans notre ère contemporaine, à savoir le **prolongement de la vie**⁷⁴³, par une prise en charge médicamenteuse des souffrances liées à la maladie⁷⁴⁴ (**Section.I**).

305.- Si pendant longtemps la fin de vie était une courte période, identifiée aux abords immédiats de la mort, désormais, cette période a pris une réelle ampleur dans le temps. Dès que la *condamnation à mort* est diagnostiquée, l'état de la *personne-malade* bascule dans le droit de la fin de vie qui y correspond. **Ainsi, de personne-malade, le patient devient mourant.** Une telle mutation engendre des conséquences de différents ordres. On parlera, pour se faire, de prise en charge, au sens où l'on considérera le patient dans un état de

⁷⁴² Notons que la fin de vie peut aussi bien concerner celui qui est entré sein à l'hôpital, ou encore celui qui est entré non point malade au sens d'une affection de son état de santé, mais accidenté, et enfin le nouveau-né qui voit son pronostic vital engagé tout juste venu au monde.

⁷⁴³ La notion même de *prolongement de la vie* se retrouve chez F. Bacon, *Sur le prolongement de la vie et les moyens de mourir*, trad. C. Surprenant, Poche, Rivages, 2002. En tant que défenseur de la science positive et empiriste, Bacon préconise de réévaluer les potentialités de la science à saisir la connaissance de la nature, qui est connaissable, rationnellement, en vue d'offrir de nouvelles perspectives qui optimiseront les facultés de l'homme à préserver sa vie. Selon Bacon, l'espoir de prolonger la vie nous oblige donc à reconsidérer la distinction aristotélicienne acquise entre l'organique et l'inorganique. Ceci constitue le prélude à ce que l'on nommera trois siècles plus tard l'acharnement thérapeutique, reconnaissant médicalement les limites du connaissable.

⁷⁴⁴ Art. L. 1110-5 du Code la santé publique.

faiblesse *a priori*, en raison de son état psychologique présumé, compte tenu et en conséquence de son état physique diagnostiqué comme irréversiblement mourant⁷⁴⁵.

306.- La fin de vie est une période dont nul ne pourrait présumer, mais qui se doit d'être qualifiée sur le plan juridique, en conformité avec l'application de la règle de droit correspondante, dans la mesure où les conséquences sont de nature à renforcer les différents dispositifs de protection de la liberté personnelle d'expression de la volonté, poutre maîtresse du droit du mourant⁷⁴⁶, faisant le droit des incapacités (**Section.II**). Ici, c'est tout le droit de protection de la notion de consentement qui s'exprime dans le basculement de l'état de malade à celui de mourant, dans une approche *a-temporelle*, à une approche temporelle, dont la durée est *indéterminée*.

Section.I. Allongement de la fin de vie et prise en charge du mourant

307.- L'idée de prolonger la vie dans les meilleures conditions possibles est à l'origine même de la prise en charge dans les structures dites de soins palliatifs⁷⁴⁷, structures qui ont permis d'accompagner les personnes vers la mort⁷⁴⁸, dans une mission médicale qui leur est

⁷⁴⁵ Le devoir d'accompagnement devient un « devoir de solidarité ». Rapport législatif enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2009, n° 1445 : « Il s'agit non seulement d'un devoir de solidarité, mais d'une expérience qui participe de la vie, une expérience, qui de l'avis de ceux qui l'ont faite, rend plus humains. (...) La société dans son ensemble doit donc s'impliquer dans ce devoir d'humanité » le rapport préconisant d'y voir « un acte de solidarité humaine et sociale. Il procède d'un devoir d'humanité, de non-abandon des plus vulnérables, et de notre responsabilité à leur égard ».

⁷⁴⁶ Voir en ce sens L. Cimar, *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, Médecine et Droit, n° 115, juillet-août 2012, pp. 99-105.

⁷⁴⁷ Légalement depuis la loi du 9 juin 1999, mais les soins palliatifs en tant que tels sont apparus théoriquement et mis en pratiques dans les années 80. Ajoutons enfin que le questionnement sur les doses administrées est une question récente compte tenu de la judiciarisation du rapport malade-médecin. Ces derniers, et ce jusqu'à une période récente n'avaient reçu que peu de formation en matière de traitement anti-douleur ; en 1992, 61% des cancérologues et 78% des généralistes déclaraient ne pas avoir reçu de formation spécifique en matière de traitement de la douleur : Enquête nationale sur la douleur cancéreuse auprès de 600 généralistes et 300 cancérologues en janvier 1992, Actualité de la maladie douloureuse, cité in H. Delbecque, *Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie*, Ministère des Affaires Sociales de la Santé et de la Ville, Documentation Française, Paris, 1994, pp. 46-47.) On comptait 91 USP en 2002 auxquelles s'ajoutaient 291 équipes mobiles de soins palliatifs (*Le Quotidien du médecin*, 19 déc. 2002). En 2010, le nombre d'USP est passé à 107 pour la France métropolitaine dont 1176 lits ISP, et 4826 lits LISP ; voir Rapport remis à M. le Président de la République et M. le Premier Ministre, *Etats des lieux du développement des soins palliatifs en France en 2010*, R. Aubry, Comité national de suivi du développement des soins palliatifs, avril 2011.

⁷⁴⁸ C'est en ce sens que la question de l'euthanasie se pose toujours ; l'accompagnement palliatif consiste à administrer des doses de produits qui concourent à abrégier la vie ; voir H. Delbecque, op. cit., *ibid*, p. 47 ce qui constitue un risque de voir qualifier cet acte de volonté de causer la mort, *animus necandi*.

strictement réservée⁷⁴⁹. Ainsi, l'ensemble de cette mission, devenue obligation, a été rendu effective institutionnellement par le biais de sa traduction sous la forme d'un langage à la fois, et premièrement de droit privé, mais également de droit de la santé publique (**Paragraphe.I**). Ils se sont saisis de son encadrement légal⁷⁵⁰. La jurisprudence, d'abord celle de la Cour de cassation, a contribué à définir la pratique palliative au regard des questions de responsabilité, en protégeant les praticiens quant à l'administration de substances potentiellement à risque mortel⁷⁵¹. Une telle procédure médico-légale fut rendue obligatoire par l'identification⁷⁵² d'une période dite de « fin de vie » dans le cheminement vers la mort⁷⁵³.

308.- Les dispositions précisant l'application du droit de la santé en matière de fin de vie énoncent les conditions légales identifiant l'existence même de cette période dans le cheminement à la mort⁷⁵⁴. Notons que c'est ici qu'est précisée la différenciation entre le statut de malade et celui de mourant : une telle distinction est explicitement formulée⁷⁵⁵. L'intention

⁷⁴⁹ Pourtant cette mission d'accompagnement n'est pas l'apanage des services de soins palliatifs, le rapport législatif enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2009, n° 1445, préc. fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi n° 1407 de MM. J. Léonetti, G. Gorce, O. Jardé et M. Vaxès visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie, par M. Bernard Perrut, Député, conduisant à la proposition de loi visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie, dont la première séance s'est tenue le 17 février 2009, rappelant que « L'accompagnement de personnes en fin de vie, même s'il est profondément marqué par le tragique de la proximité de la mort et l'intensité du travail de deuil, n'en reste pas moins un accompagnement parmi d'autres ».

⁷⁵⁰ C'est sous l'impulsion de la recommandation du Conseil de l'Europe sur les droits du mourant, *Discussion par l'Assemblée* le 28 janvier 1976, préc., que la législation française a lentement évolué vers la loi 99-477 du 9 juin 1999 relative à l'organisation institutionnelle des soins palliatifs. C'est à cause, et à la suite de la consécration constitutionnelle du droit à la vie que le législateur a dû intervenir.

⁷⁵¹ C. cass. crim., 2 juillet 1998, *JCP* 1998.10132, note Rassat ; *D.* 1998,457, note Pradel. La Cour énonce que « la seule connaissance du pouvoir mortel d'une substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention d'homicide ».

⁷⁵² La notion semble se cristalliser durant la période allant de la loi du 4 mars 2002 jusqu'à la loi du 22 avril 2005. Voir en ce sens le rapport remis au Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville, par M. de Hennezel : *Fin de vie et accompagnement*, préc.. Ce n'est que la loi du 22 avril 2005 qui la consacra en tant que telle ; elle est depuis régulièrement utilisée ; voir notamment, décret n° 2006-965 du 1er août 2006 – art. 1 JORF 3 août 2006, sur l'attribution d'une chambre individuelle pour le malade en fin de vie ; ou encore, l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010, **de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires**, -art. 7, relative au droit des bénévoles à venir assister les équipes médicales dans l'accompagnement du malade en fin de vie.

⁷⁵³ Voir la qualification de période de « l'entre-deux » chez F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, op.cit. *Ibid.*, p. 5.

⁷⁵⁴ Ce principe est consacré au Titre II de la loi du 4 mars 2002 sous l'intitulé de *Démocratie sanitaire*, en vue de rappeler les propositions de faire de l'accompagnement de la fin de vie une cause nationale, et en amont une cause de solidarité humaine. Voir commentaires sur la loi, sous la dir. D'A. Laude, *Petites affiches*, 13 mars 2002 ; numéro spécial des *Petites affiches*, sous la dir. de M. Cormier et F. Monéger, *RD sanit. soc.* n° spécial, 19 juin 2002 ; sous la dir. de C. Esper, n° spécial *Gaz. Pal.*, *Premières mises en œuvre, premières jurisprudences*, 15-17 déc. 2002.

⁷⁵⁵ Avant d'être mourante, la personne est malade dans le texte de la loi. Ceci révèle le souci de considérer que la maladie est le point de départ de toutes les souffrances, et donc de la nécessité d'encadrer toutes les attentions propre à accompagner. Rappelons que le premier objectif de la loi de 2002 est d'organiser les systèmes de santé, c'est-à-dire de promouvoir une politique de santé relative aux droits des malades.

du législateur entendrait préserver l'interprète professionnel de santé, essentiellement et premièrement, de la confrontation au mourant (**Paragraphe.II.**). Le seul diagnostic de l'irréversibilité du pronostic vital suffirait à faire intervenir l'ensemble des dispositions à la fois légales et réglementaires⁷⁵⁶ qui définissent la fin de vie.

Paragraphe.I. Allongement de la fin de vie et incapacité en toile de fond

309.- L'allongement de la vie est un fait avéré dans l'ensemble des calculs dits *d'espérance de vie*⁷⁵⁷. Cet allongement du temps de vie emportent des conséquences majeures en différents domaines. Ainsi, le vieillissement de la population conduit à devoir créer des structures d'accueil destinées à encadrer la prise en charge à la fois médicale, mais également parfois juridique⁷⁵⁸ des personnes esseulées par la vieillesse et la maladie. Le rapport législatif rendu à l'Assemblée nationale en 2009, au sujet de l'accompagnement des mourants, rappelle que « c'est un acte de solidarité humaine et sociale. Il procède d'un devoir d'humanité, de non-abandon des plus vulnérables, et de notre responsabilité à leur égard »⁷⁵⁹. Les temps de maladie se multipliant, la prise en charge de la vieillesse, qui en est la période de vie privilégiée, se doit d'être encadrée sur le plan légal. Ce sont bien souvent les régimes d'incapacités prévus par la loi, et ordonnés sur le plan juridique, qui engendrent la dépossession des personnes les plus vulnérables de la jouissance des droits et libertés individuelles attachés à la personnalité juridique⁷⁶⁰. En ce domaine, le mourant pourrait être un acteur privilégié.

310.- La distinction entre malade et mourant deviendrait parfaitement opérante dès lors que le législateur considèrerait que le statut de mourant renforce les dispositions propre à protéger

⁷⁵⁶ La loi du 4 mars 2002 a été largement complétée par tout un dispositif réglementaire que l'on retrouve aux art. R. 1110-1 à R. 1113-8 du Code de la santé publique.

⁷⁵⁷ Voir en ce sens le rapport émis par l'OMS, *Statistiques sanitaires mondiales*, Bibliothèque de l'OMS, 2012 ; à titre informatif, le rapport indique que l'espérance de vie d'un homme en France est de 78 ans à la naissance, et de 22 ans de plus à compter de 60 ans ; pour une femme, les statistiques indiquent une espérance de vie de 85 ans à la naissance et de 27 ans de plus à compter de 60 ans ! Ces statistiques invitent à la plus grande vigilance quant aux perspectives de prise en charge de la maladie chez la personne âgée et dont le critère de l'incapacité a priori semble d'autant plus justifié.

⁷⁵⁸ La multiplication d'initiatives privées d'entreprises de mandataires judiciaires en est la preuve ; pour exemple, association Le Prado à Bruges non loin de Bordeaux exerçant à titre privé une action de service public.

⁷⁵⁹ Rapport législatif enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2009, n° 1445, préc.

⁷⁶⁰ Rappelons que si le statut de la personne de confiance issu de la loi du 4 mars 2002 autorise la transmission d'une partie des droits de la personnalité juridique, ce régime ne prévoit en aucun cas une cession totale de ces droits.

le malade. Il pourrait en être ainsi de l'utilisation de la notion de dignité, consacrée par le Conseil en tant que principe à valeur constitutionnelle. Celle-ci est un *leitmotiv*, rappelé tant au Code de la santé publique, qu'au Code de déontologie médicale, que bien évidemment au droit commun sous-jacent du Code civil. La dignité, qui est garantie pour tous les malades, est assortie de dispositions relatives à la douleur lorsqu'elle concerne plus particulièrement le mourant, bien que « la lutte contre la douleur ne se limite pas aux malades en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable »⁷⁶¹. En apparence donc, les difficultés liées à l'état de mourant, faisant de celui-ci une forme d'incapable présumé, de vulnérable à protéger en priorité, devraient lui offrir un maximum de garanties. Or, c'est de ces garanties que pourrait provenir le danger des atteintes quant à sa liberté.

311.- C'est en raison de l'insuffisance de l'encadrement légal que des dérives sont constatées, au regard de la volonté de protéger la *personne-malade-mourante*. Ceci ne doit pas être compris au sens de la nécessité de préciser le texte légal relativement à la personne de confiance, dont le rôle devrait se cantonner à l'établissement de santé public, sans qu'elle ne puisse interagir donc avec la gestion plus globale des droits de la personnalité juridique. Il conviendrait tout au plus de renvoyer, sur ce point, au droit commun du mandat, en vue de ne pas laisser planer ici un doute quant aux prérogatives de la personne de confiance⁷⁶², et peut être, au mieux, ordonner une mesure de placement sous sauvegarde de justice dès lors que la personne de confiance entre en jeu, afin de parer toute tentation de dépassement des prérogatives de gestion, comme celle du patrimoine par exemple.

312.- Il s'agit de tout autre chose. En l'espèce l'allongement de la vie a pour corollaire l'allongement de la fin de la vie, procédant de la prise en charge de plus en plus complète et détaillée des composantes de la santé.

313.- Ce sont donc les mêmes raisons liées à la médicalisation de toute la vie, de plus en plus subdivisée en matières spécialisées, qui impliquent une prise en charge à plusieurs étages⁷⁶³ : médicale, sociale, psychologique, et en amont juridico-légale en tant que garantie

⁷⁶¹ M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit., *ibid*, p. 541.

⁷⁶² Il conviendra tout de même de revenir sur son rôle notamment quant à son intégration au processus décisionnaire.

⁷⁶³ La médicalisation de la vie a engendré une totalisation de la vie sous ses aspects physiques et physiologiques. La conséquence paroxysmique fut atteinte dans l'acharnement thérapeutique dont toute la législation *bioéthique* dépend. C'est en réponse à l'acharnement thérapeutique que la communauté médicale s'est progressivement mobilisée en ses différents domaines de compétences. Voir M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op.

de la juste application de ces différentes composantes. Car, c'est au moyen de l'appréciation du droit applicable par les autorités administratives et judiciaires compétentes, que la personne en fin de vie pourrait faire valoir ses droits essentiels et *premiers* en tant que *personne*.

314.- Au-delà même de son état de mourant, c'est à la notion de *personne* qu'il conviendrait en effet de renvoyer, la *personne* étant la notion de droit privé sous-jacente aux composantes réelles et existentielles qui s'actualisent en sujet de droit récipiendaire d'attributs polymorphes de genre, jusqu'à être un « sujet de soins »⁷⁶⁴ ; malade d'abord, puis mourant en étant en l'espèce les attributs génériques les plus symptomatiques de ce nominalisme désappropriant de l'être⁷⁶⁵.

315.- Comprendons donc que c'est en saisissant l'allongement de la fin de vie que le droit consacrerait la notion de dignité afin de garantir la préservation de ce qui en reste. Tout dispositif légal en faveur de la vie aurait pour objectif de permettre à la *personne* mourante, « déracinée »⁷⁶⁶, de recourir à une prise en charge la plus complète possible, de toutes les composantes de son *être*, de tous les attributs de droit restituant la jouissance de la personnalité juridique⁷⁶⁷. Respect du corps humain⁷⁶⁸, droit du malade aux soins⁷⁶⁹, ce dernier

cit., *ibid*, p. 539. En ce sens nous reprendrons l'expression de Karine Vasquez qui rappelle que « l'hôpital est conçu pour la vie, non pour la mort. » : K. Vasquez, *Mourir à l'hôpital*, Rapport de recherche DESS droit de la santé, ss. dir. J.-M. Clément, Univ. Montesquieu Bordeaux IV, 1997-1998, p. 11. L'acharnement thérapeutique est bien le combat de la vie contre la mort. En ce sens il apparaît difficile pour le corps médical, et surtout le corps des médecins, de renoncer à une quête de victoires successives contre la dégénérescence de la vie.

⁷⁶⁴ M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit.

⁷⁶⁵ CCNE, avis sur *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, n° 63, préc. ; le comité entend dénoncer une trop grande immixtion des protocoles médicaux de telle sorte que « les progrès réalisés ces dernières décennies en matière d'hygiène de vie et ceux des techniques médicales conduisent à un allongement remarquable de la durée de la vie. » Ainsi, a cet allongement de la vie correspond un allongement de la fin de vie : « en même temps, on assiste à un certain effacement des frontières entre la mort et la vie et, d'une certaine manière, à une désappropriation par le mourant de sa propre mort. »

⁷⁶⁶ J.-M. de Forges, R. Drago, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, L'administration nouvelle, Paris, 1975, p. 232.

⁷⁶⁷ Cette prise en charge maximum correspond au droit d'accès aux soins reconnus en tant que droit constitutionnel.

⁷⁶⁸ Il s'agit donc de rappeler l'existence des dispositions *fondamentales* de l'art. 16-1, issues de la première loi *bioéthique* du 29 juillet 1994 portant dès lors la notion de dignité dans le rang des droits à valeur constitutionnel. Cela constitue un *juste retour* pour la notion de dignité, car ainsi conceptualisée, le droit à la dignité renvoie ainsi à cette dignité de Polynice, celle qui ne préjuge en rien des comportements et qui se prolonge jusque dans la mort ; l'art. 16-1-1 du code civil consacre ce *jus perennis* de la dignité du corps par delà la mort. Il s'est agit de convertir un droit ontologique de la personne en modalités du sujet de droit au regard des potentialités de ses *étants*.

⁷⁶⁹ Cette affirmation, pour évidente qu'elle paraisse, correspond aujourd'hui à une quasi crise du renforcement des droits du patient. S. Elshoud, *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, op. cit. *ibid*, p. 51, affirme que l'essentiel des « droits du malade se rattachent au respect de la personne humaine. »

correspondant plus spécifiquement au droit de consentir ou non aux soins⁷⁷⁰ dans la terminologie du droit médical appliqué à la situation du malade-mourant. Ces dispositions seraient autant d'attributs du sujet en fin de vie, en vue d'augmenter le seuil de tolérance à jouir d'une pleine prise en charge de son état, en vertu de l'application de la loi *bioéthique* en vigueur, même si elle peut paraître insuffisante. Pour cela, rappelons que le législateur du 4 mars 2002 a introduit **le principe d'égalité**, à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique, ainsi que son pendant, **le principe de non-discrimination**, à l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique. Cela signifie qu'afin de justifier le droit créance du choix libre, il fallait rappeler que celui-ci repose sur une double obligation : fournir une information claire, ainsi que recueillir le consentement à la suite de l'information. L'article 3 de la loi du 22 avril 2005 est devenu l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, et traduit désormais ce rappel aux *droits fondamentaux* de la personne ; fondamentaux en ce sens qu'ainsi formulés, ils puisent à la source constitutionnelle du droit à l'égal accès aux soins, conformément aux dispositions du 11^{ème} alinéa du Préambule de 1946. Dès lors l'incapacité présumée est une justification évidente des protocoles d'accompagnement.

Paragraphe.II. Les protocoles d'accompagnement de l'incapable présumé

316.- La notion de prise en charge nécessite l'intervention de l'ensemble du corps médical, sous la surveillance des autorités judiciaire⁷⁷¹ et ou administrative⁷⁷². Car voilà la

⁷⁷⁰ La spécificité du droit au consentement s'est vue marquée par les lois *bioéthiques* de 2002 et 2005, introduisant la possibilité du refus de recevoir un soin au Code de la santé publique ainsi qu'au Code de déontologie médicale ; ceci correspond à la consécration de **l'autonomie participative de la volonté du malade**.

⁷⁷¹ Contre toute atteinte de personne à personne, ou de sujet de droit privé à sujet de droit privé. C'est le cas par exemple des dispositions de l'art. 16-2 du Code civil sur les atteintes au corps non justifiées par les causes de l'art. 16-3 du Code civil. Mais c'est aussi, et sans écarter les précédentes, le cas des dispositions du Code pénal lorsque la situation d'une atteinte grave à la personne nécessite de considérer la dite atteinte au regard d'un délit ou d'un crime. Voir en ce sens C. cass. crim. du 19 février 1997, *Gaz. Pal.* I, Chro. I, 4^o, préc.

⁷⁷² Lorsque le juge administratif invoqué, l'est à raison des statuts de *personnes* publiques à la fois du malade-mourant et du corps médical. Il en est ainsi lorsqu'une faute est relevée dans l'exercice normal de l'art médical, voir même lorsqu'il n'y a pas de faute à l'origine du préjudice, mais que l'acte en lui-même a causé un préjudice. Voir en ce sens, CE sect. 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242, *RFDA* 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai, sur l'exigence d'une pratique de la médecine préventive en l'espèce, « dans les règles de l'art. ». Le critère de la faute lourde relevé en l'espèce évoluera par la suite afin d'ouvrir à une réparation du préjudice né de la responsabilité sans faute ; cependant ce qui importe c'est de noter l'exigence de relever si l'acte examinateur, ou thérapeutique a été accompli conformément aux dispositions médico-légales. Voir également CE sect. 20 mars 1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulouse c. Consorts Oulié*, in *RDP* 1991, chron. Y. Gaudemet, sur l'exigence de précautions dans l'assistance du malade.

contrepartie de l'exigence de la prise en charge : elle implique l'encadrement strict des pratiques médicales, et dès lors une certaine arithmétique de celles-ci, contre l'indéfini de l'être, au sens philosophique et spirituel du terme.

317.- La prise en charge obéit à un ensemble de protocoles, relevant tous de l'application stricte à la fois du Code de déontologie médicale, mais également de l'ensemble du *corpus* légal et jurisprudentiel acquis en matière d'accompagnement des mourants. L'éclatement apparent des droits du malade-mourant, le caractère *allusif* de ceux-ci jusqu'en 2002, ne serait en réalité qu'une illusion d'optique tant la notion de *personne*, incarnant ces droits, suffirait à elle seule à recouvrir les *droits premiers* du mourant, dans le seul mouvement d'un *devoir être* métaphysique et éthique. Les modalités et dispositions, en apparence éparses, seraient autant de spécificités normatives et positives, à caractère subsidiaire et applicable, par hypothèse, dans le cas d'une imprécision du droit général⁷⁷³. Ils devraient servir tout au plus à faciliter l'interprétation du juge, lorsque celui-ci est confronté à un droit *subjectif* dont il pourrait douter de la pertinence à être invoqué dans telle ou telle situation⁷⁷⁴.

318.- Au surplus, il ne s'agirait pas uniquement de l'attitude spontanée des personnels soignants, conformément à leur éthique du travail, ou encore leur éthique personnelle projetée dans leur éthique du travail, mais également du comportement des patients et de leur famille, conjointement et ou séparément. En effet, leurs requêtes, leurs attentes, leurs exigences, parfois guidées par leurs seules peurs et angoisses face à la mort, pourraient les conduire à influencer sur les décisions des personnels soignants⁷⁷⁵. Ces derniers sont les *connaissants* en la

⁷⁷³ Alors même que l'adage rappelle que la loi spéciale déroge à la loi générale, nous entendons affirmer que la loi naturelle, celle dont Saint Thomas d'Aquin fait état, ne saurait être mise en relation à cet adage, celle-ci dérogeant en toute occasion dès lors que s'imposerait la nécessité de préserver l'intérêt supérieur de l'être de la personne. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 127 sur la Loi d'Antigone.

⁷⁷⁴ Il pourrait en être ainsi d'une atteinte à la dignité invoquée à raison du non respect présumé de l'intimité physique de celle-ci ; ce serait le cas d'une personne qui soutiendrait que le fait pour un personnel soignant de pénétrer dans sa chambre alors qu'elle est nue en sortant de la salle de bain, constitue une atteinte à sa dignité ; le juge devrait interroger le droit : l'exhibitionnisme, lorsqu'il n'est pas du fait de celui qui s'y expose est le fait d'un voyeurisme tombant sous le coup de la loi pénale ; au surplus, la jurisprudence Nobel de 1985 consacrant la chambre au même titre que le domicile privé, entendrait reconnaître une violation de domicile s'il est démontré que le personnel soignant a pénétré sans prévenir auquel cas il aurait pu être au courant d'une telle situation et peut-être retarder son entrée ; cependant, le juge se devrait aussi d'examiner les droits spécifiques dus au respect de la dignité de la personne et savoir si les circonstances n'exigeaient pas que le personnel soignant ne pénètre au sein de la chambre. Ceci aurait pour conséquence de devoir écarter la dite atteinte au motif, par exemple de l'intérêt supérieur d'accomplir un acte médical en vue du respect des principes de l'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

⁷⁷⁵ La place grandissante reconnue et accordée à la famille constitue un enjeu majeur quant au respect des libertés individuelles du mourant..

matière ; pourtant le caractère humain de l'interprétation, quand bien même celle-ci se doit d'être éclairée à la lumière du texte, ne pourrait éviter certains débordements de nature subjective, reconnaissant allègrement une forme de « triomphe » de la vérité médicale⁷⁷⁶, ce qui serait relatif à la protection des personnels soignants, notamment quant à la possible mise en cause de leur responsabilité.

319.- La voix de la famille pourrait interférer, légalement, avec celle de celui-ci dès lors qu'elle estimerait que le mourant n'est plus capable de discernement, lorsqu'il exige la cessation de tout traitement qu'il considère comme *acharnement thérapeutique*. Ceci est ainsi soutenu par la loi, et le seul intitulé de l'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique tendrait à légitimer une telle hypothèse, sous couvert de protéger le mourant de lui-même. Dès que les appréciations conjointes du personnel médical et de la famille vont dans le sens des conclusions d'une déclaration d'incapacité, le malade se retrouverait confronté à ce que l'on nommera, avec quelque audace, être un **excès de zèle de prise en charge**.

320.- De fait, cette incapacité demeure spéculative sur le plan juridique, car non avérée autrement que par l'appréciation de personnes qui ne sont pas nécessairement informés des modalités d'application du régime de déclaration d'incapacité, et non plus responsables sur le plan judiciaire. **Car, en réalité, la personne malade-mourante, ou un de ses ayant droit ayant intérêt à défendre ses droits, pourraient, si ce n'est se devraient, de requérir le contrôle du juge judiciaire quant au respect des droits de la personnalité de la personne-malade-mourante.** De plus, voyons en quoi la loi fait en sorte que la famille n'ait pas à être systématiquement mise au courant de la situation médicale du malade⁷⁷⁷, ce qui pourrait constituer une atteinte. En effet, une interprétation maladroite et *a contrario* de l'article L. 1110-4 alinéa 9 du Code de la santé publique, par les professionnels de santé et une famille omniprésente, pourrait conduire à estimer le degré de gravité extensivement, jusqu'à conclure à une forme de levée effective du secret médical, une fois de plus opposable devant le juge

⁷⁷⁶ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit. p. 338.

⁷⁷⁷ Conformément aux dispositions relatives au respect du secret médical ; c'est le sens de l'art. L. 1110-4 al. 9, révisé par la loi n° 2011-940 du 10 août 2011 art. 2, qui prévoit que « en cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'art. L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations. »

judiciaire⁷⁷⁸. Mais opposable quand ? Le plus souvent trop tard, le mourant ayant subi l'atteinte, puis s'étant éteint.

321.- De telles épreuves sont souvent légion eu égard aux situations ou un jugement de capacité doit être effectué au regard de l'état de santé général de la *personne-malade-mourante* dans l'urgence. Ceci oblige donc à devoir désigner des contours clarifiés au sujet de la réalité de l'état d'incapacité du mourant. Car, il serait tout à fait impropre tant de nier sa vulnérabilité, que d'en faire une cause de toutes les justifications possibles.

Section.II. Incapacité légale et incapacité réelle de la *personne-malade-mourante* au regard de sa situation d'hospitalisée

322.- L'incapacité est dite de « l'état d'une personne privée par la loi de la jouissance ou de l'exercice de certains droits. »⁷⁷⁹. La loi en vigueur ne peut être que celle relevant du droit privé du Code civil⁷⁸⁰, alors même que la procédure visant à prononcer l'incapacité d'une personne peut être également d'initiative publique, dans le cas d'une hospitalisation d'office⁷⁸¹. Le mourant, en tant qu'incapable présumé, pourrait être jugé comme ne parvenant pas à opérer un jugement suffisamment clair, et en ce sens répondre à certains critères pouvant le conduire, pour son bien, à faire l'objet d'une telle procédure ; l'idée de la mort est si difficile à supporter chez la plupart des hommes qu'elle serait, à elle seule, un facteur d'incapacité de discernement, d'abolition totale ou partielle des facultés cognitives.

⁷⁷⁸ Conformément aux dispositions de l'art. L. 1110-4 du Code de la santé publique lui-même qui dispose que « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. » ; ainsi que reformulé dans l'art. 226-13 du Code pénal sans qu'une telle disposition de soit spécifiquement destinée aux professionnels de santé : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. ». Notons pour finir que le code pénal de 1810 (art. 378) apporta pour la première fois une consécration légale au secret en citant au premier rang des personnes qui y étaient astreintes les médecins et les professionnels de santé

⁷⁷⁹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, pp. 297-298.

⁷⁸⁰ Art. 414 s. - art. 515 du Code civil.

⁷⁸¹ L'hospitalisation sans consentement est une mesure d'exception, puisque le patient doit normalement être associé à la démarche thérapeutique, excluant toute possibilité d'internement arbitraire eu égard au respect du droit au consentement à être pris en charge, mais également à la liberté d'aller et venir. Voir en ce sens CE. 3 décembre 2003, *Centre hospitalier de Caen*, AJDA 2004, p. 614 ; en l'espèce le juge du Conseil d'Etat statue en précisant qu'un tiers à la famille ne peut requérir une hospitalisation d'office.

323.- A ce propos, les dispositions du droit interne prévoient des conditions strictes, et la requête manuscrite par tiers fait partie de celles-ci : il n'est plus question en France d'hospitalisation sans consentement tel qu'il était possible depuis la loi du 27 juin 1990⁷⁸². Il s'agit désormais de l'admission en soins sans consentement, depuis la loi du 5 juillet 2011⁷⁸³, dont les dispositions sont reprises dans les articles L.3211-1 à L.3215-4 du Code de la santé publique. Ces références du droit interne sont soutenues en la matière par les dispositions de l'article 5 de la CEDH qui dispose que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:[...], s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond. » L'hospitalisation d'office ne peut ainsi relever que de motifs de santé mentale, pouvant mettre en danger tant la personne contre elle-même, que la personne vis-à-vis de la société des hommes, et cela relève en ça d'une justification d'ordre public⁷⁸⁴. Et si le fait d'être mourant ne constitue pas un danger à lui seul, sauf cas de maladie contagieuse, retenons que ce sont les conséquences d'un tel état qui pourrait, dans l'ordre psychologique des choses, susciter la volonté de ceux qui en sont témoins, les plus proches, de solliciter un placement, sur le fondement du vœu apparent de protection, et notamment peut-être sur la base de la dignité, une fois de plus comme cause de toutes les requêtes, ici en vertu du fait que ce serait à l'hôpital qu'il serait plus aisé de mourir dignement.

324.- Quoiqu'il en soit, ce n'est qu'à partir d'une décision de justice que la personne serait réellement jugée incapable (**Paragraphe.I.**). Toutefois, le corps médical s'arrogerait la possibilité de juger des conditions d'incapacité de fait de la *personne*-mourante pour lui appliquer un régime spécial d'accompagnement (**Paragraphe.II.**). C'est en s'appuyant sur le droit applicable que de tels protocoles seraient légitimés en vue de protéger le mourant d'une mauvaise mort (**Paragraphe.III.**).

⁷⁸² Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, *relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.*

⁷⁸³ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, préc.

⁷⁸⁴ Notons qu'une telle hypothèse peut paraître éloignée du propos sur le mourant peut se justifier dès lors que la santé mentale du mourant serait jugée déficiente au point de requérir une hospitalisation d'office de celui-ci en vue de lui garantir les conditions nécessaires à la satisfaction de son droit à la dignité

Paragraphe.I. Pratique de la décision de justice d'incapacité

325.- Dès lors qu'une personne est reconnue incapable par une décision de justice⁷⁸⁵, cette dernière acquiert force de chose jugée, et toute personne agissant à l'égard, et pour le compte de la personne mise sous protection, se doit de le faire conformément au régime mis en place⁷⁸⁶. La tutelle est dite dative aux termes de l'article 496 du Code civil. C'est le juge des tutelles du TGI local qui est chargé de se prononcer en la matière, conformément aux dispositions de l'article 416 du Code civil⁷⁸⁷. L'article 430 du Code civil précise que « la demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers. Elle peut être ouverte par un jugement du juge de tutelle à la suite d'une action en justice. ». Ajoutons enfin que l'action en incapacité est subordonnée à la constatation de l'état mental déficient par un médecin spécialiste conformément à l'article 1218 du Code de procédure civile⁷⁸⁸. Quoiqu'il en soit, et malgré la généralité du problème, la procédure de mise sous régime d'incapacité est en apparence stricte, en ce sens qu'elle permettrait de prémunir celui qui en serait la cible de tout abus relativement à une appréciation trop extensive de l'état de faiblesse qui pourrait en justifier la requête.

326.- En tout état de cause, une quelconque entorse à cela aurait pour conséquence directe la mise en cause de la responsabilité de celui ayant commis le forfait⁷⁸⁹. Ainsi, une telle

⁷⁸⁵ Voir C. cass. 1^{er} civ. 6 avril 1994, préc.

⁷⁸⁶ Art. 425 – 432 Code civil pour les mesures générales ; puis art. 433-439 du Code civil pour la mesure de sauvegarde de justice ; puis art. 440-476 du Code civil pour curatelle et tutelle, puis art. 477-492 pour le mandat de protection futur, et enfin art. 495-495-9 du Code civil pour la mesure d'accompagnement judiciaire, le **Titre XII du Livre Ier** traitant de **La personne**, se consacrant à *la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle*. La précision de l'exclusivité de la place du majeur sous tutelle dans une régime de gestion du patrimoine indique que *a contrario* les autres régimes impliquent une gestion participative du patrimoine de la part de celui qui en bénéficie. Voir L. Stasi et Ch. Coutant-Lapalus, *Personnes, Incapacités, Famille*, op. cit., pp. 98 s.

⁷⁸⁷ Modifié par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, **portant réforme de la protection juridique des majeurs entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009** : « Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort. »

⁷⁸⁸ Une fois encore, la *voix* du médecin l'emporte, ce qui se justifie par ses connaissances et compétences appliquées ; cependant, lorsque la requête émane d'un membre de la famille, le juge se doit de redoubler de vigilance lorsqu'il s'agira du cas de la *personne-malade-mourante* ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 15 juin 1994, préc.

⁷⁸⁹ En organisant la professionnalisation de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) , la loi de 2007 a mis en place un système de responsabilité civile délictuelle à leur rencontre. Le

hypothèse est aisée à projeter dans le cadre de l'unité hospitalière, là même où de nombreuses personnes en situation de fin de vie sont confrontées à un état de faiblesse⁷⁹⁰. Notons que les mesures de protection garanties par le droit des incapacités ont pour fondements théoriques le droit visant à protéger de manière égale la personne affaiblie, tant sur le plan physique que psychique⁷⁹¹. Les médecins peuvent et doivent signaler au procureur de la République leurs patients qui ont besoin d'être protégés dans les actes de la vie civile⁷⁹². Cela peut être le cas des dispositions de l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique faisant écho à l'article 425 du Code civil, le droit commun de la personne suggérant son application particulière au domaine de la santé publique⁷⁹³.

327.- Le mourant, en tant que concept en cour de création pourrait parfaitement intégrer à son actif les droits inhérents à la jouissance des mesures de protections relatives aux différents régimes d'incapacité. Il serait évidemment nécessaire de protéger celui-ci, d'abord de manière visible, quant à la gestion de son patrimoine ; mais aussi, et certainement de manière plus essentielle au fond, dans la protection de ses intérêts suggérés par la jouissance de ses droits les plus subjectifs. Toutefois, ici encore, et sans plus entrer avant dans cette voie, notons tout de même que la gestion de la vie des incapables serait devenue, elle aussi, de plus en plus dépersonnalisée, s'éloignant progressivement de la protection de ce qui fait la personne, pour se tourner principalement vers une gestion patrimoniale de celle-ci. En apparence, de telles observations n'intéressent pas explicitement la présente étude ; toutefois, elles peuvent tout de même suggérer une des causes faisant que très peu de mourants pourraient choisir d'anticiper leur incapacité en requérant un placement sous régime d'incapacité. Notons qu'en réalité, ceci ne serait pas le fruit du hasard, et en ce sens, la patrimonialisation de la personne suffirait à justifier que soient écartées des gestions devenues systématiques et standardisées. Le

mandataire répond des actes accomplis au nom et pour le compte de la personne qu'il représente, mais aussi et en même temps des actes qu'il commet du fait de sa propre personne, en tant que sujet de droit représentant l'incapable.

⁷⁹⁰ Ceci est désormais un présupposé particulièrement présent dans la rédaction de tout un ensemble normatif spécifique engendrant des droits spéciaux, qui en réalité ne sont que subsidiaires au regard du droit commun des libertés individuelles, et pourtant ont pris le pas sur ce dernier. Ainsi, la faiblesse est le point de départ du *Droit du malade hospitalisé* : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit., p. 497. Ceci ne demande plus de démonstration comme si cela pouvait constituer un *a priori* kantien de bonne conscience en vue de protéger au maximum la personne, d'elle-même, et de son entourage.

⁷⁹¹ C'est l'esprit même de l'art. 414 du Code civil.

⁷⁹² Art. 430 du Code civil. N'étant pas seul à être débiteur de cette obligation, cette dernière peut tout de même être opposée au médecin à raison de sa non satisfaction ; la requête sera opérée soit par la personne elle-même, ce qui semble peu probable, ou encore par un membre de la famille de la *personne-malade-mourante*, ou encore par un personnel soignant.

⁷⁹³ C'est le juge civil qui demeure premièrement compétent, le juge administratif ne pouvant que relever une faute commise dans l'exercice d'une mission de service public et considérer dès lors la responsabilité de l'Etat.

législateur lui-même se justifiant sur ce fondement là permettrait d'introduire de nouvelle modalité de garantie de jouissance des droits de cet incapable temporaire qu'est le mourant ; et ici, le temps n'étant suspendu qu'au seul pronostic vital, il ne s'agirait pas, dans l'opinion commune, de complexifier par des démarches et mesures de nature juridique, une situation déjà suffisamment compliquée en raison des nombreuses causes pouvant justifier de l'appréciation d'une incapacité de fait.

Paragraphe.II. Incapacité de fait et régime spécial *pseudo* juridique

328.- La prise en charge spécifique du mourant serait d'abord le fruit d'une réflexion générale sur les incapacités, permettant aux professionnels de santé de se saisir de la notion de discernement comme d'une notion rationalisable (A.) soumettant ainsi la personne en fin de vie à des exigences protocolaires (B.).

A. Du discernement juridique au discernement médical

329.- La prise en charge spécifique liée à l'incapacité présumée du mourant présuppose dès lors la possibilité de la mise en place de mesures de protections à raison de son état de faiblesse *a priori*. Celles-ci peuvent justifier d'une *incapacité de jouissance* en ce sens que le malade ne pourrait plus apprécier à sa juste valeur tel ou tel droit, mais conserverait un droit de regard dessus, étant entendu que son consentement participatif est requis pour certaines décisions. L'*incapacité d'exercice*, quant à elle, est celle qui frappe la personne « inapte à mettre en œuvre elle-même ou à exercer seule certains droits dont elle demeure titulaire »⁷⁹⁴. Une telle hypothèse est légion lorsque le mourant est reconnu incapable de quelque discernement que ce soit. Ainsi, partant du discernement dont le droit fait état, le corps médical aurait inventé une interprétation médicale (1.), contre tout présupposé reconnaissant le droit subjectif à déterminer ce qui est acceptable (2.). La rareté des actions en protection démontrerait l'acception implicite des mourants quant à leur incapacité de fait (3.).

⁷⁹⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, p. 298.

1. Une approche juridique du discernement

330.- Le discernement est entendu conformément aux critères dégagés par le corps médical, eu égard aux dispositions légales de l'article 414 du Code civil. Ces critères sont déduits *a contrario* de la *facultas deliberanti* du droit romain. La notion est citée à l'article 388-1 du Code civil, sans être définie, ainsi qu'à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, s'agissant des mesures de protection. Il est également cité au Code de la consommation, au Code pénal, au Code de procédure pénale, et enfin au Code de procédure civile, sans jamais être défini. Il est finalement possible de supposer, sans prendre de risque, que, si le discernement semble appartenir à ce qui relève de l'intimité de la pensée de la personne, il devrait renvoyer à l'article 9 du Code civil, ainsi qu'à la jurisprudence relative à la liberté de penser et de disposer de soi de l'article 16 du même texte, mis en corrélation aux dispositions relatives au régime de protection dans le cas du malade-mourant. Et afin de peut-être mieux en dessiner les enjeux théoriques, notons enfin que l'article 16 du Code civil suisse définit la notion de discernement en tant que faculté à agir raisonnablement.

331.- Il n'y a donc point de définition *conséquentialiste*, mais uniquement *causale*. **L'absence de discernement doit être ainsi regardée comme une cause, et non le moyen de justifier une cause.** Or, si le discernement procède de l'émergence d'un droit garantissant les libertés individuelles, de nature privée en leurs sources, la notion n'apparaît définie dans aucun lexique juridique français ; pourtant elle présiderait à l'élaboration d'une raison selon laquelle le sujet de droit exercerait légalement les droits attachés à sa personnalité juridique⁷⁹⁵. Ainsi, loin d'être une simple cause formelle de déclaration d'incapacité, en réalité le discernement serait la source de la capacité à jouir de sa *liberté*, en tant qu'elle serait présumée chez la *personne* de tous, et donc y compris chez le mourant.

⁷⁹⁵ Sa définition est récemment approuvée dans le rapport émanant du Sénat, *Prisons et troubles mentaux, Comment remédier aux dérives du système ?*, Rapport d'information n° 434 (2009-2010) de M. G. Barbier, Mme C. Demontès, MM J.-R. Lecerf et J.-P. Michel, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 5 mai 2010, qui avance que « la notion de discernement ne présenterait aucun caractère médical. Comme l'a indiqué le docteur Gérard Rossinelli, vice-président du syndicat des psychiatres des hôpitaux, ce concept revêt un caractère judiciaire, philosophique ou moral. Dès lors, selon Christiane de Beaurepaire, le discernement n'est pas mesurable et la distinction entre altération et abolition n'a pas de sens. » Cependant, le présent rapport indique que la distinction altération abolition demeure pertinente.

2. Présomption de discernement et protection de l'être

332.- Le discernement résiderait ainsi dans l'ultime reconnaissance d'une présomption légale de l'être à connaître ce qui est acceptable pour lui⁷⁹⁶, présomption de nature ontologique, première à tout droit positif. Le discernement, animé par l'intuition et guidé par l'effort de raison permet de reconnaître ce qui est juste, par *perception précoce*. Il est le moteur de l'entreprise juridique qui, par l'effort du politique de rendre intelligible le juste, doit traduire celui-ci par le droit⁷⁹⁷. Le discernement en devient un commandement éthique en ce sens qu'il est le moyen de ne pas se tromper sur le juste, en tant que critère justifiant le droit, tel qu'on peut le retrouver dans l'exigence coranique⁷⁹⁸, faisant suite à celle chrétienne de Loyola, en tant que cause d'une finalité de l'action de la *personne* qui s'accomplit⁷⁹⁹.

333.- Le discernement, en droit, se distingue de celui à caractère médical, bien qu'il en requiert l'expertise. Si le premier ni ne juge ni ne préjuge les effets du choix, mais ne s'attache qu'à « la capacité à comprendre la situation et les différentes options de traitement. »⁸⁰⁰, présumant de la neutralité du médecin ; le second, quant à lui, s'apparente plus à une évaluation des conséquences possibles du choix, comme autant de causes d'incapacité. En ce sens, le droit devrait inféoder la vision empiriste du médical, ce que proposait Savatier voilà plus de 60 ans. Et c'est *a priori* ce que la procédure de placement sous régime d'incapacité prévoit, en réquerant au préalable une expertise médicale, de santé physique et ou mentale, mais en laissant la libre appréciation, en conscience, à l'autorité

⁷⁹⁶ Présomption retenue par le Conseil d'Etat à l'occasion de deux arrêts majeurs dans sa jurisprudence : CE, 5 janvier 2000, *AP-HP de Paris et Cts Telle*, 2 espèces, *RFDA* 2000, p. 357, concl. D. Chauvaux ; *AJDA* 2000, p. 137, obs. M. Guyomar et P. Collin ; *RD sanit. soc.* 2000, p. 357, note L. Dubouis ; M.-L. Moquet-Anger, *Chronique de jurisprudence, Méd. & Dr.* 2000, n° 43, p. 12 ; *AJDA* 2000, p. 180, chron. M. Collin ; *JCP* 2000, II, 19272, note J. Moreau ; *Gaz. Pal.* 28-29 juin 2000, p. 21 ; *D.* 2000, inf. rap. p. 28 ; *Petites affiches* 25 février 2000, p. 15, note C. Clément. ; voir également CE. 27 Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart*, préc. sur l'assimilation par le CE de la notion de droit privé de *perte de chance*. Voir en ce sens sur la perte de chance d'une *fin de vie meilleure et moins douloureuse* C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, *Gaz. Pal.* note C. Collin, *L'offre d'indemnisation dérisoire d'une perte de chance de fin de vie meilleure et moins douloureuse équivaut à une absence d'offre*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 26-28.

⁷⁹⁷ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Eléments de philosophie politique*, op. cit., *ibid.* Plus encore qu'un seul effort de raison, le discernement semble graviter autour de l'*astre spirituel* de la pensée humaine. Toute autre entreprise de définition de celui-ci conduirait à conclure que le discernement serait « l'intuition évidente » associée à la « déduction nécessaire de Descartes, ou pire encore l'intuition vérifiable des empiristes anglais qui exigent une expérimentation propre à confirmer la vision de l'intuition sous peine de caducité de celle-ci. Ignace de Loyola professait que toute décision humaine est le lieu d'une rencontre avec Dieu et que le discernement serait l'aptitude à reconnaître l'action de Dieu dans la vie de tous les jours.

⁷⁹⁸ Il s'agit de la 25^{ème} sourate du corân, intitulée *Al Furqân, Le discernement*.

⁷⁹⁹ Voir en ce sens l'Homme universel chez J.-M. Trigeaud, *La théologie de l'« 'entre nous » ou les clés d'un politisme religieux*, Revue de la BPC, Thème, IV/ 2012, 3 mai 2012, www.philosophiedudroit.org.

⁸⁰⁰ D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli éd., SA Berne, 2006, p. 37.

judiciaire compétente. Il s'agirait donc pour cette dernière, au-delà des simples compte rendus médicaux, d'apprécier une *personne*, dans ce qu'elle a de plus singulier quant à sa capacité à évaluer ses intérêts. Car, ceux-ci relevant de ce qui ne peut appartenir qu'à elle, *a fortiori* dans le cadre de la fin de vie où, en réalité tout ce qui est vécu l'est soit comme un trésor, soit comme une peine, ne saurait tomber sous le coup d'un quelconque jugement définitif et *a priori*, répondant à des critères matériels.

334.- C'est en ce sens que l'exigence d'une expression de l'unité singulière de la *personne*, à la lumière de l'universalité de l'*être*, serait en mesure de conférer une garantie suffisante quant à la manifestation des possibilités de l'esprit de celle-ci à juger *du bien et du mauvais*, dès lors qu'une telle perspective serait vouée à considérer les arcanes fondamentales de l'*être*, au travers d'un langage de droit positif. Celles-ci sont en effet traduisibles par l'expérience juridique qui demeure sous **le contrôle du juge**⁸⁰¹. C'est en appréciant d'abord herméneutiquement, puis en dépassant les causes phénoménologiques des motifs de celui qui se présente à lui, en se fondant sur des données certes empiriques, mais relativisées au regard d'un jugement singulier, qu'il serait possible, **pour le juge**, de rendre effective toute capacité de **discernement** propre à faire perdurer l'*être*. Toutefois, et ce ne peut être pas un hasard, ce serait en raison des causes pré citées, celles qui ont progressivement conduit le mourant à se trouver légitimement incapable présumé, que celui-ci viendrait à son tour, certainement par peur d'être seul responsable de son destin, à se rendre complice de cet état de faiblesse incapacitant.

3. Complicité du mourant dans la reconnaissance de sa faiblesse

335.- Dès lors que l'incapacité est judiciairement prononcée, c'est en réalité, par hypothèse, que la personne protégée est dans un état qui le nécessite : son discernement étant soit altéré, soit aboli⁸⁰². Parfois, le mourant, sans être au bout de sa vie, se doit d'être en quelque sorte relayé, en tant que *personne*, pour sa propre sauvegarde dans la manifestation

⁸⁰¹ Voir nos développements en ce sens sur le rôle du juge dans le contrôle du respect de la jouissance de la personnalité juridique. Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ., 12 mars 1975, *Bull. civ.* I, n° 108, quant au fondement de l'appréciation souveraine du juge relativement au conseil de famille ; plus récemment, voir, C. cass. 1^{ère} civ. 23 mars 1994, *JCP* 1995. II. 22439, note Paillet ; *RTD civ.* 1994. 567, obs. Hauser.

⁸⁰² L'art. 122-1 du code pénal définit le discernement selon qu'il soit **aboli**, alinéa premier, ou **altéré**, alinéa second ayant pour conséquence soit de rendre irresponsable le premier, soit d'atténuer les causes de responsabilité du second. Voir en ce sens et en complément la loi du 27 juin 1990, préc.

de ses droits. Ce sont ces hypothèses qui pourraient avoir pour conséquences l'abus de faiblesse du patient mourant dans son incapacité à décider, car le recours aux mesures de protection judiciaires ne sont pas systématiques, bien que la loi oblige toute personne qui a connaissance d'une situation d'abolition ou d'altération du discernement de la personne malade d'en référer au procureur de la République⁸⁰³, qui prend alors les mesures adéquates.

336.- Si cette supposition extrême ne peut constituer un exemple faisant force de principe, notons tout de même qu'elle peut conduire tout droit vers une autre hypothèse paraissant tout aussi essentielle de soulever. En effet, les cas de mises sous mesures de protection ne sont pas réellement fréquents tant les situations de fin de vie conduisent à admettre, par un certain fatalisme, que l'état du mourant est si dégradé, que sa personnalité juridique l'est également, jusqu'à consentir, dans la lassitude, à une forme de délégation sous jacente. Il semblerait de plus qu'il soit communément admis que les derniers instants de vie ne puissent se concentrer sur des questions essentielles, telles que les aspirations profondément inspirées spirituellement. Or ce ne serait qu'une réalité extérieurement appréciée, et c'est certainement en culpabilisant de confronter les vivants à leur mortalité que les mourants se refuseraient à leur faire partager leurs aspirations, et ainsi tronqueraient volontontairement leur réalité ; ceci aurait pour conséquence immédiate de troquer une forme de liberté au profit d'une dépendance, celle de celui qui n'a plus d'intérêt ni pour les autres ni pour lui-même. En ce sens, le mourant se rendrait complice de son propre abandon aux mains de tous les empirismes et de tous les déterminismes triomphant, qu'ils soient médicaux ou juridiques. Et en ce sens, rien ne pourrait s'opposer à l'incapacitation du mourant, puisqu'il aurait lui-même, en quelque sorte implicitement, mais explicitement dans son comportement, requis une telle attitude.

337.- Les mourants, rongés par les tourments que la souffrance opère sur les individus ne parviennent pas, le plus souvent, à considérer l'apaisement autrement que par l'intervention artificielle médicamenteuse⁸⁰⁴. Et le droit de la santé s'est définitivement tourné vers le soulagement allant en ce sens, revendiquant l'accès systématique aux soins palliatifs, conformément au droit d'accès aux traitements anti-douleurs⁸⁰⁵, comme si cela suffisait à faire taire les aspirations relevant d'un autre ordre. Or, si le mourant ne s'insurge pas, il paraît peu

⁸⁰³ Art. L. 3211-6 du Code de la santé publique.

⁸⁰⁴ Celle-ci est systématisée et dès lors normalisée.

⁸⁰⁵ Art. L. 1110-10 du Code de la santé publique.

probable que qui que ce soit d'autre le fasse pour lui, et en ce sens, si le maximum d'observance protocolaire qui lui est accordé, et auquel il se rend complice, est de nature médicamenteuse, alors l'effet soporifique escompté suffira.

B. Exigences protocolaires et *pseudo droit*

338.- La personne en fin de vie est soumise à des exigences protocolaires, dans un perpétuel rappel à la loi, par exemple au travers du devoir d'information du médecin⁸⁰⁶.

339.- L'exigence de protéger la personne est formulée *a minima*, ce qui n'est pas forcément un mal, sous un droit spécialement *bioéthique*, ou *biodroit*. **En suggérant le caractère vital de tous les droits propre à défendre les intérêts du mourant, la loi inviterait déjà, en lui conférant une forme d'irréfutabilité, à le rendre indispensable.** Il en est ainsi, par exemple du concept de la *personne de confiance* de l'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique, dont les dispositions exposent les modalités de protection de la *personne-malade-mourante*, sans en référer au juge. Il s'agit d'un protocole déclaratif, en ce sens que rien n'est réellement dit quand aux modalités d'application de celui-ci, comme si, toutefois, sa présence seule devait suffir à permettre de désigner l'existence d'une garantie réelle. En réalité, ce serait un aubaine, la loi apparaissant ici se protéger elle-même plutôt que le sujet visé, dans la mesure où elle prend la volonté comme élément déterminant de l'autonomie de la volonté du mourant, bien plus que la personne elle-même au nom de sa liberté la plus absolue. C'est en inconditionnant la liberté que la loi en permet une *nouvelle* jouissance ; c'est en disant qu'elle est autonome qu'elle en limiterait le caractère absolu, en l'absolutisant. Cette approche considère la *personne* comme le deuxième terme, après la notion qui ainsi la définit. **Autrement dit, le mourant ne serait parfaitement protégé que parce que la loi dit qu'il l'est, et comment il doit l'être.** Ceci, en généralisant quelque peu les termes, mais sans qu'il ne puisse en être autrement, procèderait d'un idéalisme néo-kantien, empiriste, déterministe et constructiviste, re-crèant la personne en fonction de critères archétypiques, de nature à la fois politique et économique.

⁸⁰⁶ Voir en ce sens, sur le conditionnement total de la volonté, S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, op. cit., p. 160-161 ; voir encore sur les rapports entre le politique et le juste, J.-M. Trigeaud, *Éléments de philosophie politique*, op. cit.

340.- Le médecin est lui-même en quelque sorte enfermé dans un protocole déshumanisant. Ce faisceau d'éléments caricaturant l'*être* en un devoir-être⁸⁰⁷, fait d'une multitude d'impératifs, aurait pour conséquence de mettre des obstacles dans la communication directe entre mourant et personnel soignant. Non pas que la déshumanisation serait totale et accomplie, mais qu'elle serait latente, comme un moyen de protection, contre une trop forte empathie. **La relation deviendrait structurée sur une codification *bioéthique*, un contrat moral reposant sur la crainte de l'abaissement de l'épée de Damoclès que représente la faute médicale, au *minimum*. La judiciarisation de la pratique médicale serait en ce sens de plus en plus poussée.**

341.- La connaissance des praticiens médicaux en la matière leur permettrait de se prémunir du « danger » de la responsabilité. C'est ainsi que le corps médical tout entier se positionnerait *a priori* de toute faute quant à l'incapacité, en considérant une *incapacité présumée du mourant* à apprécier à sa juste valeur sa situation, de telle sorte qu'en vue de ne point commettre d'erreur dans l'appréciation de l'administration des soins⁸⁰⁸, le personnel soignant opèrerait un jugement *a priori* sur l'incapacité du mourant. Ceci correspondrait à une forme de « paternalisme médical »⁸⁰⁹ qui écarterait la personne de son statut premièrement de droit privé, pour lui substituer un statut d'individu médical, scientifique⁸¹⁰, justifié pourtant par le rejet du dit *paternalisme*, en affirmant l'autonomie de sa volonté, car participant au processus décisionnel⁸¹¹. Toutefois, il est ici déjà possible de pressentir la reaktivité de cette autonomie déclarée.

342.- Le médecin reste celui qui décide, en fonction de l'avis de la personne. Cette dernière donne son avis reaktivement aux informations délivrées ; cela signifie bien que son autonomie est conditionnée à ce que le médecin pourra lui dire. Or, de toute évidence, la sensibilité personnelle du médecin ne saurait être écartée, en ce sens que de l'un à l'autre, les solutions proposées pourraient être différentes.

⁸⁰⁷ Et non un devoir être d'être, ce qui exige une plus haute considération métaphysiquement fondée de l'*être*.

⁸⁰⁸ Erreur née de l'erreur en quelque sorte du mourant dans la juste appréciation de sa situation.

⁸⁰⁹ Il apparaît que cette expression utilisée notamment par B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., p. 217, renvoie implicitement au concept de *pater familias* analogiquement au rôle du médecin de protéger le patient qui est sous sa garde.

⁸¹⁰ Il n'est plus question que de terminologies renvoyant à la personne humaine, en tant que concept générique afin de justifier toutes les appellations euphémiques de malade, mourant, etc. Cette spécification des droits de la *personne* semble éloigner celle-ci et par là des droits communs premiers qui lui sont ontologiquement attribués.

⁸¹¹ L'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique semble pourtant affirmer la reconquête de son autonomie par le malade invitant celui-ci à participer aux décisions thérapeutiques qui le concernent.

343.- Ainsi, il y a lieu, selon l'attitude suivie jusqu'ici dans la présente recherche, de dire qu'en réalité, il serait plus judicieux d'écouter d'abord la requête de la personne, puis d'adapter celle-ci à une thérapeutique, tout en préservant la concertation de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, et ce afin de respecter aussi les impératifs techniques et médicaux, mais aussi déontologiques.

344.- Car, disposer du choix en fonction de critères pré définis n'est point bénéficier d'une liberté, mais tout au moins d'une capacité limitée aux modalités des impératifs proposés, de conditions. C'est cela l'autonomie de la volonté⁸¹², véritable asservissement de l'*être de la personne* au devoir-être moral normé. Une telle hypothèse ne pourrait être écartée tant le vœu de bien faire est poussé jusqu'à l'exigence pratique, toute à la fois éthique et théorique, reposant sur de solides sources de nature légale, juridique et jurisprudentielle, mais également doctrinales et *quasi* doctrinales⁸¹³.

Conclusion du Titre.I

345.- Ainsi, le concept de mourant naîtrait des différentes sources du droit ; objet de prédilection d'une éthique du vivant, il serait justifié sur un plan théorique, par ses prédispositions à être un sujet de droit spécifique, en raison de ses particularismes médicaux physiques et psychiques. Il se justifierait également comme objet pratique de philosophie du droit, dans la mesure où la contingence de l'existence à laquelle mettrait un terme la mort, ne saurait être ignorée d'une réflexion se situant entre *réalisme* et *idéalisme*. Et les conséquences en matière de droit positif, nous l'avons dit, sont parfaitement visibles. En ce sens, le prendre isolément du sujet de droit *commun* serait parfaitement justifié afin de lui donner un statut spécifique, de nature à le protéger plus solidement que ne pourrait le suggérer la généralité du droit des personnes. Dès lors, il serait **nécessaire** de dégager un concept de *personne-mourante*. De plus ceci se justifierait également sur le fondement de la faiblesse de celle-ci.

⁸¹² Les propositions de soins sont souvent binaires ou ternaires, et quoi qu'il en soit sont préétablies. Cela se comprend dans la mesure où la personne est *a priori* ignorante des sources médicamenteuses disponible attendu que la prise en charge est quasi uniquement sous cette forme, toutefois, la liste a toujours un effet constricteur sur la psychologie humaine.

⁸¹³ Il importera de voir en quoi les avis du C.C.N.E peuvent en une certaine mesure influencer sur les comportements des personnels soignant. Mais plus encore, au plus proche des pratiques médicales, il s'agira de relever l'existence, en deçà même des comités d'éthique régionaux ou encore locaux, de cellules de réflexion de nature éthique.

346.- En effet, la vulnérabilité intrinsèque à la maladie serait *a fortiori* renforcée chez le mourant qui se trouverait être en ce sens un malade spécial, dont les *causes existentielles* seraient tellement mises à mal qu'il nécessiterait d'être pris en charge plus que ne le pourrait être le malade. Et en ce sens, le concept de mourant ressortirait d'autant plus du paysage des droits du sujet, *la vulnérabilité constituant un des critères distincts de juridicité de la notion de mourant*. Car, créé de toute pièce, celui-ci se serait lentement imposé dans le décor des politiques publiques de santé, pour se positionner comme objet préféré de toute une réflexion morale, relative aux conditions d'existence de l'être humain. C'est en ce sens que la *technologisation* de celui-ci, venant accroître les raisons de participer à une entreprise normative, le concept de mourant a dû faire l'objet d'une législation spécifique, à l'image de son statut, afin de lui garantir la promesse de « belle mort ».

Titre.II.Légaliser la « belle mort »

347.- La modernisation de l'approche de la mort a rendu nécessaire que le droit, sous tous ses aspects, s'empare de la question. C'est même en raison de l'apparence d'un droit épars que le législateur a cru bon de devoir intervenir. Et malgré la généralité du propos, disons-le, ces initiatives se sont montrées elles-mêmes quelque peu hétéronomes, dans la mesure où il n'existerait pas aujourd'hui encore réellement de cohérence entre les différents textes de lois. Leurs provenances distinctes seraient à l'origine d'une *summa divisio* de la *personne*. Car, si la nécessité de reconnaître l'utilité d'un droit mixte, entre droit privé et droit public faisant émerger un statut maximal de garantie pour le mourant est indéniable (**Chapitre.I.**), il est tout aussi évident que les sources privatistes les plus élémentaires du droit commun de la *personne* sous tendraient une certaine unicité dans la démarche. Or il en serait tout autrement dès lors que le législateur interviendrait par opportunisme politique, faisant reposer les enjeux sur des questions de consensus, dans une matière où la contingence du droit ne pourrait qu'être attentatoire à l'*être* lui-même. Car c'est dans la normativisation de l'accueil du mourant que devrait reposer la garantie maximale, là où il apparaîtra qu'en réalité la multiplicité des acteurs tendrait à dissoudre progressivement l'unicité de la *personne* elle-même (**Chapitre.II.**). C'est en ce sens que la mise en place de l'accompagnement paraît poser des difficultés de fond, dans la mesure où le droit à l'assistance dans les gestes du quotidien de la fin de vie n'offrirait de cohérence qu'apparente, masquant en réalité des dissensions profondes, suggérées notamment par les désaccords d'*opinion* entre partisans et opposants à l'initiative euthanasique (**Chapitre.III.**)

Chapitre.I. *Ars boni et aequi*, ou la quête de protection du mourant par-delà la *summa divisio*

348.- Les relations entre droit privé et droit public sont éminemment complexes, et supposeraient un travail de recherche abouti. Toutefois, si la discussion est séculaire, elle ne saurait nous dispenser de faire un état sommaire des sous-jacents communs, de ce qui fait que le sujet observé doit l'être au nom d'une cause plus élevée, unificatrice, et ce afin de permettre une meilleure lisibilité des développements que suggèrent le traitement d'un statut spécifique *de mourant*, d'abord, **en apparence, entre droit privé et droit public (Section.I.)**. Sur cette base il s'agira alors d'y refléter la consécration de la prise en charge du mourant, sous les traits de la juridicisation du rapport à la maladie et à la mort, allant ainsi, **en pratique, au-delà de la *summa divisio* (Section.II.)**. Toutefois, l'envers du décor procéderait de ce mouvement, qui, à force de fragiliser le mourant attenterait à la jouissance de sa personnalité juridique en lui confisquant progressivement sa pleine capacité (**Section.III.**)

Section.I. La production du mourant, *entre droit privé et droit public*

349.- Il s'agira ici de développer un aspect essentiel, dans le prolongement logique de l'état d'esprit jusqu'alors suivi dans la présente étude, en tant que point central de notre approche. En effet, dès lors que le mourant entre à l'hôpital, il tomberait sous le sens commun que celui-ci y soit d'abord regardé en temps qu'usager d'un service public. Pourtant nous ne pourrions nous résoudre à entendre traiter l'approche de la situation du mourant à l'hôpital sous le seul angle du droit public, et même du droit administratif, ou encore celui du droit de la santé publique appliqué au domaine hospitalier. Des premiers pas de la jurisprudence administrative jusqu'à l'avènement d'un droit administratif, s'écoula le temps suffisant pour qu'émerge la notion de malade, procédant de la notion de *personne* (**Paragraphe.I.**). Les principes fondateurs du droit positif de la santé, entre droit privé et droit public, donnant corps à la *personne-mourante*, seraient à même de dépasser l'apparente *summa divisio* à condition d'en saisir les sources communes (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. La chose commune, ou *res communa* appliquée aux droit privé et droit public

350.- Ainsi, nous présupposons du raisonnement permettant de faire remonter les sources du droit public à celles du droit privé. Rappelons succinctement tout de même, et malgré la généralité de la question suggérée, qu'à l'occasion d'un arrêt Blanco, rendu en 1873 sur les fondations du balbutiant droit administratif⁸¹⁴, le Tribunal des conflits préconisa de pouvoir reconnaître la faute de l'agent dans l'exercice de sa fonction, en tant que fonctionnaire agissant pour le compte d'un service public de l'Etat. Ainsi, se fondant sur la théorie de la responsabilité reposant sur l'exégèse de l'article 1382 du Code civil, le juge du Tribunal des conflits⁸¹⁵ a fait émerger la responsabilité publique et administrative de l'Etat, par le fait dommageable de celui qui a agit pour son compte⁸¹⁶. C'est en posant un regard critique de philosophie de la politique que se révélerait l'objectif de la juridiction administrative, qui serait alors de consacrer les conceptions politico-constitutionnalistes le plus généralement humanistes, d'un humanisme idéaliste des Lumières, voulant faire supporter à l'Etat la responsabilité de sa puissance souveraine dans la préservation des droits fondamentaux proclamés ; et ces principes là seraient sous-jacents à la règle de droit privé⁸¹⁷. Ceci serait

⁸¹⁴ TC. 8 février 1873, Blanco, Rec. 1^{er} suppl 61, concl. David, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David. Voir GAJA, n° 1.

⁸¹⁵Rappelons que la présidence du Tribunal des conflits est assumée par le ministre garde des sceaux ; cependant, dans la pratique, le plus souvent, la présidence est assurée par un vice-président élu par le Tribunal parmi ses membres, la fonction du ministre étant limitée à départager le Tribunal en cas de difficulté à obtenir une majorité. Voir en ce sens : F. Chouvel, T. Lambert et D. Péliissier, *Les cas de partage au TC et la répartition des compétences*, RDP 1983, p. 1313 ; G. Jèze, *La présidence du TC*, RDP 1908, p. 257. La politisation du droit public est ainsi évidente.

⁸¹⁶ L'arrêt Blanco permet de systématiser le principe de la liaison de la compétence et du fond. Il existe un lien direct entre l'application de règles autonomes, exorbitantes du droit privé, et la compétence de la juridiction administrative.

⁸¹⁷ Pour plus d'éléments de réflexion, il s'agira de renvoyer vers J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome I, op. cit., p. 61, sur la **philosophie politique de Hobbes** démontrant que l'homme de l'état social cesse d'être un individu *auteur* pour n'être qu'une personne « fictive et artificielle », un *acteur* agissant en vertu d'une permission de l'autorité. Voir en ce sens la théorie de la **volonté générale** chez Rousseau en tant que fondement d'un droit public de la collectivité étatique : E. Bloch, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Crit. Pol., Paris, 1976, n. 11, pp. 69 s., cité in *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome I, op. cit., *ibid.* ; dans le même sens et pour aller plus loin sur la **philosophie politique moderne**, F. Tinland, *La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau*, préc., pp. 52-66. Sur l'**opposition vie privée-individualité et vie publique-sociétale**, voir B. Beignier, *Vie privée et vie publique*, Arch. Phil. Droit., n° 41, 1997, pp. 163-180. ; en complétant cette approche par celle de la justice qui découle de cette **dichotomie privée/public de la personne** relativement à la justice, D. Cohen, *Justice publique et justice privée*, préc., pp. 149-161. Sur les **éthiques publiques de la démocratie** justifiées au regard des dispositions constitutionnelles, C. Audard, *Éthique publique et démocratie*, préc., 1997, pp. 65-81.

visible lorsque notamment la juridiction civile s'appuie sur certaines notions qui lui appartiennent nativement, car relevant d'abord de la protection d'une *personne* singulière, avant d'être celle de la personne de tous, entendue collectivement, comme dans un droit administratif ne regardant plus la personne que s'accomplissant par une relation de ressemblance égalitaire, aplatisant toutes les aspérités faisant la singularité de chacun ; ce que seul le droit privé pourrait considérer. Ainsi en serait-il de la dignité, lorsqu'elle servirait à consacrer la valeur supérieure, *de principe*, d'une obligation⁸¹⁸. Toutefois, en s'appuyant sur la cause la plus générale, d'ordre public, le juge administratif a su parvenir à pénétrer les droits individuels, en leur conférant un caractère général, alors même qu'ils portaient en eux ce qui s'oppose à toute globalisation, à savoir l'universalité irréductible de l'*être*.

351.- Sans céder à la tentation de s'égarer, il s'agirait pourtant de relever que ce propos, en apparence accessoire, renvoie directement au traitement de la situation du mourant à l'hôpital, celui-ci considéré, *ab origine*, le plus souvent, en deçà de son existence singulière. En ce sens, comprenons que le droit public ne parviendrait pas, par hypothèse, à rendre réellement effectifs les *droits premiers* de la *personne*, et qu'il limiterait ainsi les droits du mourant qui en dépendent, conformément à l'esprit jusqu'alors suivi, à de simples déclarations *ad litteram*, et d'ordre général.

352.- Reconnaissons donc que l'émergence du droit public présuppose l'existence de fondements théoriques puisant à la source du droit privé. Ceci se justifierait par la source ontologique des *droits premiers* de l'*être* individuel, de la *personne*⁸¹⁹ dont le droit public n'ignore pas la singularité, bien que ne semblant *la* regarder que sous un rapport collectif, et le plus général. Avant d'être regardée comme abstraction administrative, publiquement déterminée par un programme de politique de santé, la *personne*, sans être encore mourante, est dépositaire d'une fonction ontologique qui détermine son existence⁸²⁰. C'est sa

Enfin, sur le **sous-jacent existentiel actualisant l'être** en tant que devoir-être avant la fonction administrative du politique, ou comment sortir le langage des sources de la *caverne*, J.-M. Trigeaud, *La personne*, Arch. Phil. Droit., préc.

⁸¹⁸ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation dégageant le principe de sauvegarde de la dignité dans le devoir d'information incombant au médecin.

⁸¹⁹ J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., ou encore du même auteur, *Droits premiers*, op. cit.

⁸²⁰ La conception de la *personne* fonction, et non outil, prendrait racine dans la philosophie réaliste des Idées de Platon appliquée à l'axiologisme raisonné de Aristote. Cette taxinomie appliquée à l'ontologie de l'*être intégral*, non recouvert des présentifications de la loi des signes particuliers, serait cet onto-axiologisme d'une philosophie contemporaine réaliste et personnaliste. Voir en ce sens, A. Rosmini, *Philosophie de la politique*, op. cit. ; ou encore, J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit., pp. 23 s.

manifestation, puis son actualisation sous un aspect axiologique, que le droit doit garantir, en usant d'un langage positif, *ouvert*, tel que le droit des libertés individuelles le permet. Puis enfin, reposant sur ces présupposés de nature juridique et méta-juridique en premier, c'est tout un droit public qui pourrait se construire prétoriennement, par le raisonnement du juge administratif⁸²¹.

353.- Ce dernier emprunterait, *a priori*⁸²², au syllogisme aristotélicien qui l'obligerait tout d'abord à énoncer la règle de droit privé sous-jacente, permettant d'identifier **une règle commune et universelle à la personne**. C'est l'objet de toute une jurisprudence dégagant les droits fondamentaux et droits de l'homme de la personne humaine. Cette conception du raisonnement du juge administratif permet d'ailleurs de regarder la position de tout le droit public de la santé, qui *oppose* en réalité deux termes en apparence étrangers l'un pour l'autre, celui de *personne* puis celui de *malade/mourant* (la distinction n'existant pas réellement dans les textes, la confusion opérant un brassage des deux). C'est par la suite, en opérant l'analogie des termes apparents au terme sous-jacent, commun, que le juge les rend convergents, en choisissant les critères d'une telle convergence. C'est en s'appuyant sur les objets de droit privé sous-jacent, tels que la *dignité, l'intégrité, etc*⁸²³, que le juge parvient à dévoiler la **res communa**.

354.- Ce n'est que par la suite qu'il se devrait de mettre en perspective l'existence d'un sujet de droit privé qui pourrait, sous certains aspects, n'être regardé que restrictivement, relativement aux fondements physiologiques collectifs, le révélant personnage public, ou **sujet de res publica**. C'est alors qu'enfin, il pourrait parvenir à relativiser l'applicabilité d'un droit sous-jacent à l'être à un mode d'expression limitatif et fonctionnaliste : le droit

⁸²¹ Voir sur le raisonnement binaire du juge en droit administratif, A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 91 s. ; l'auteur rappelle que le juge administratif est soumis à l'obligation du contrôle *a priori* quant à l'irrecevabilité de la requête qui lui est soumise, puis ensuite à l'étude de son bien-fondé. Notons que le premier contrôle considère négativement la chose pour l'admettre dès lors par exception.

⁸²² Conformément à ce qui ressort d'une observation objective des trois temps du raisonnement du juge administratif et non de l'approche en deux temps ou binaire selon A. Caudio. (voir A. Caudio, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français, op. cit.*) Cette distinction ternaire semble poser problème aux administrativistes qui la considèrent comme caduque en tant que l'examen de l'irrecevabilité ne peut être assimilé à un examen du fond, et que celui-ci est la seconde étape à condition du respect de la première conformément à la position traditionnelle de Chapus (voir notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, préc., chap. 3, pp. 83 s.) Voir en ce sens, R. Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Sirey, Paris, 1934, p. 9 ; ou encore, D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, Paris, 2008, p. 128 s.

⁸²³ Voir la jurisprudence du juge du Conseil d'Etat, notamment, CE Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, préc., notamment et en complément *Dignité humaine et juge administratif*, Intervention de Jean-Marc Sauvé lors des Rencontres européennes de Strasbourg - Colloque organisé à l'occasion du 90ème anniversaire de la création du Tribunal administratif de Strasbourg, vendredi 27 novembre 2009

administratif⁸²⁴. Pour être objet identique, ou, *chose commune*, mourant, entendu en tant que sujet de droit privé, et indistinctement de droit public, doit donc reposer sur sa conceptualisation procédant de sources communes.

Paragraphe.II. Les sources communes des droits du mourant

355.- Droit privé et droit public seraient intimement liés, aux sources du droit, dans leurs *natures* respectives, contrairement à la *summa divisio* traditionnellement admise, et, il y a peut-être quelque audace à s'insurger contre un vocabulaire aussi communément utilisé et hautement cautionné. Par-delà les clivages, et dans le seul intérêt de démontrer que cette hypothèse s'applique au moins au concept de mourant, il est inutile de s'attarder plus en détails quant à l'existence de ces liens sous-jacents. Toutefois ceux-ci justifieraient la supposition selon laquelle **l'ensemble du corpus légal traitant du statut du mourant à l'hôpital relèverait d'un droit mixte**, et donc unique, permettant de garantir le respect de ses droits les plus fondamentaux, de ses *droits premiers*, tant et si bien que le juge judiciaire et le juge administratif se renverraient régulièrement l'un l'autre la tâche de définir les modalités accordées aux *personnes-malades-mourantes*.

356.- Premièrement de nature publique, car appréhendant le mourant en tant qu'usager d'un service public⁸²⁵, le droit public dont le contentieux relève de la juridiction administrative, trouve ses sources dans le caractère individuel, plus encore singulier, de la *personne*. **Secondement, de nature privée**, et il s'agit là certainement d'une hypothèse novatrice en la matière, car procédant d'une observation analytique des droits du mourant.

357.- S'il convient d'admettre que des cellules de médecine libérale se retrouvent au sein des hôpitaux publics⁸²⁶, rien ne laisse, en apparence, présupposer l'existence d'un droit privé relevant de la *personne* du mourant. Cette dernière ne serait plus ici autrement entendue que

⁸²⁴ Voir en ce sens notre mémoire de recherche pour l'obtention du Master II Droit et sciences politiques, option philosophie juridico-politique, *La gestion administrative de la mort*, Bordeaux, 2005-2006.

⁸²⁵ Cf. voir sur ce point, CE, sect., 21 févr. 1936, *S.A. Les Armateurs Français*, Rec. p. 226 ; V.J.-M. de Forges et F. Seuvic, 2^e éd. 1983, *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle ». En complément voir, M. Dupont, C. Esper, C. Paire, *Droit hospitalier*, op. cit., pp. 522-523.

⁸²⁶ Relevant de l'application du droit privé selon les articles L. 6154-1 à L. 6154-7 du Code de la santé publique ; voir J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 196 s.

comme un usager de service public⁸²⁷, le professionnel de santé la prenant en charge agissant pour le compte de l'Etat, en tant qu'agent de service public⁸²⁸. C'est l'assimilation de l'un par l'autre qui confondrait les termes.

358.- La *personne-malade-mourante* d'abord regardée comme un usager de service public car elle est tout ce que l'Etat protège, en ce sens que ses qualités sont énoncées selon le principe d'égalité dans les traitements quant aux libertés individuelles, à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, et au droit fondamental à la protection de la santé. Cependant, une telle égalité ne peut être que générale, tant et si bien que les applications que le juge y trouve peuvent se justifier *in concreto*, alors qu'il semble dangereux de les globaliser au plus grand nombre⁸²⁹.

359.- Retenons donc que si la *personne-malade-mourante* est un usager de service public, ce statut semble ambigu, en raison des *entrées* de droit privé que *les principes* d'égalité sous entendent ; ces derniers reposent en réalité sur leur existence sous-jacente de droit privé. C'est en ce sens que, en simplifiant pour le moment la question, le médecin pourrait voir mettre en cause sa responsabilité personnelle, pour certaines fautes commises à raison ou non de sa fonction⁸³⁰ ; une telle hypothèse étant présumée possible quant au mourant également⁸³¹.

⁸²⁷ Le principe de l'égal accès aux soins dont il est question au Préambule de 1946 est rappelé par le Conseil d'Etat qui en a d'abord consacré l'égalité entre usagers des services publics fondement même de la qualité de citoyen (CE, Ass. 1^{er} avril 1938, *Soc. L'alcool dénaturé de Coubert*, p. 337, RDP 1939, p. 487, concl. R. Latournerie : discriminations illégales en matière de prix de vente des alcools) ; voir R. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 585 s.

⁸²⁸ Voir en ce sens le caractère de droit public du Code de déontologie médicale qui régit l'activité pratique des médecins appliquée à la loi juridique. Le Code de déontologie médicale actuelle résulte du décret du 6 septembre 1995 et fait suite à une suite sans interruption depuis 1941. Il est d'application générale, concernant autant les établissements de santé privé que ceux du public. Notons que c'est la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière qui va innover en créant les établissements de santé ne les définissant pas, mais en précisant les missions. Voir en ce sens, J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 66-67. Ce code particulier en raison de son caractère réglementaire comporte tous les devoirs généraux du médecin, ceux envers les patients comme ceux dans les rapports entre eux. Il a vocation à être sous le contrôle du juge administratif considérant que, formellement, le Code de déontologie médicale est pris par décret en Conseil d'Etat. En tant qu'acte réglementaire, le Code est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou d'une exception d'illégalité, et l'action commence toujours devant le conseil de l'Ordre, la juridiction ordinaire ; voir J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, *ibid*, pp. 59 et 198-199.

⁸²⁹ C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel relativise le principe en requérant qu'il s'agisse d'une égalité proportionnelle : Décision 18 décembre 1998, *Financement de la séc. Sociale pour 1999*, p. 315, Cahiers Cons. constit. 1999, n° 6, p. 9, JCP 1999, I, n° 128, chron. J. Petit.

⁸³⁰ Voir en ce sens, F. Terré, *La responsabilité civile et pénale du médecin*, Académies des Sciences Morales et Politiques, Séance du lundi 25 juin 2007.

⁸³¹ Bien que tiraillée entre droit privé et droit public, la personne hospitalisée est toujours sous le coup de l'application de la loi du droit commun privé et peut être tenue responsable de ses actes à condition d'être reconnue capable. Cela pose une fois encore la question de l'incapacité de fait et des conséquences d'actes délictuels en cas d'incapacité non constatée judiciairement ; une requalification *a posteriori* semblant impossible.

Ainsi, le droit privé serait parfaitement applicable au sein même de l'unité hospitalière puisqu'il serait, tout comme le droit public, le droit sur lequel le mourant pourrait faire reposer l'ensemble des garanties qu'il invoquerait quant à la sauvegarde de ses libertés individuelles.

360.- Ce dernier serait en réalité, premièrement une personne physique, et sans qu'il ne puisse lui y être porté atteinte, bien qu'évoluant au sein d'une gestion administrative faisant de lui un membre de la collectivité⁸³², par la seule consécration de son statut de patient⁸³³. Ceci serait une permanence de son état d'être, dans les yeux éveillés des fondements élémentaires du droit. La *personne-sujet de droit de la santé* jouirait avant tout de droits relevant de sa personnalité juridique. Le droit privé opèrerait en réalité une persistance sans pour autant porter atteinte relativement à l'application d'un droit public qui lui demeurerait inféodé. Il s'agirait donc, dans une perspective parfaitement idéaliste, afin de ne laisser qu'une infime marge de manœuvre à l'imprévisibilité, qui entache déjà durement la relation thérapeutique, de dessiner le plus lisiblement qu'il soit les critères de juridicité du rapport au mourant.

Section.II. La consécration de la juridicisation du rapport au mourant

361.- Il existe une législation insistante en matière de santé, puisant aux sources de tous horizons : le droit national, se subdivisant en droit privé et droit public, mais aussi la CEDH, l'OMS, *etc*⁸³⁴. Son élaboration et sa formulation sont engagées dans une entreprise emprunte d'une grande technicité quant aux détails réglant les enjeux déterminants de la station qualifiante, juridique et légale, de *personne-malade-mourante*. La quête d'un droit uniforme applicable au mourant engendrerait une extrême juridicisation⁸³⁵ de son statut, mais plus encore, de sa relation à l'entité hospitalière (**Paragraphe.I**). Par conséquent, dès lors qu'un

⁸³² Voir en ce sens B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, *ibid*, pp. 601 s. Il n'existerait en réalité aucun statut défini. La démocratie sanitaire de la loi du 4 mars 2002 aurait pour effet de nier l'individualité en préconisant la collectivité. Le concept même de démocratie tendant à nier l'individu, peu à peu des né-corporatismes sont obligés de se former afin de rendre grâce à la nécessité pour la personne de s'autonomiser du reste de la société tout en participant à la vie de celle-ci.

⁸³³ Voir en ce sens les difficultés soulevées par la recherche d'un statut juridique uniforme applicable au patient : B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, *op. cit. passim*.

⁸³⁴ Voir en ce sens S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, *op. cit.*, comme première base de réflexion quant à la multiplicité des sources et les probabilités des conséquences dommageables quant à la *personne*.

⁸³⁵ *Juridicisation* dans le langage de M. Baum notamment ; M. Baum, *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, *op. cit. passim*.

droit, que l'on présume pratique en son existence traduite dans les services de soins, produirait une mixité de nature juridico-légale dans les rapports que patients et personnels soignants noueraient par son moyen, il conviendrait alors de distinguer plusieurs étapes dans sa création. Si l'émergence d'un droit de comité nous invite à considérer les termes des avis des différents comités d'éthique comme pouvant inspirer les auteurs de la loi⁸³⁶, il s'agira de préciser que ces sources théoriques ne suffisent pas à conclure les textes (**Paragraphe.II.**). Le cadre législatif en la matière est parfaitement évolutif en ce sens que les lois *bioéthiques* des premiers jours du *biodroit* se sont vite retrouvées être insuffisantes, compte tenu notamment de leurs lacunes théoriques au regard des exigences techniques et humaines⁸³⁷. Il sera nécessaire de dégager une structure architecturale d'ensemble, générale et commune à tout ce que l'on nomme droit de la santé, afin de révéler la normativisation de l'extinction progressive des droits de la personnalité du mourant, par anticipation, avant sa mort, comme garantie (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. A la recherche d'un droit uniforme du mourant

362.- Si un droit mixte est un droit emprunt des différents arcanes du droit, il s'agit dès lors d'en décrire l'anatomie commune. Et nous suggérons d'ors et déjà ce qui peut se faire de plus mauvais au moyen du droit, à savoir la division volontaire, par négation d'une chose partie intégrante d'une totalité ; et cet écueil, des plus graves, serait le fondement même de toute une production normative *bioéthique à la recherche d'un droit uniforme*. C'est donc en niant le *biodroit*, non pas en pratique, puisqu'il existe, mais quant à sa capacité à rendre effective une réalité essentielle, que nous découvrons derrière les superpositions de définitions retrouvées dans la pléthore de rapports, avis, circulaires, directives, *etc*, l'existence d'un droit commun de la santé. Celui-ci n'est autre que le droit commun de la *personne*, appliqué à celle-ci lorsqu'elle est malade, ce qui ne devrait *a priori* ne pas avoir à être précisé par la loi en tant que statut spécifique de la *personne*, puisque cette dernière ne se voit pas affectée en son essence première par ce qui n'est qu'une modalité de son actualisation. **Être malade, ce n'est**

⁸³⁶ Voir en ce sens notamment, C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, éd. Lacassagne, Paris, 1996, pp. 139 et 207 quand à la distinction sur laquelle il conviendra en substance de revenir entre « comités proclamateurs » et « comités régulateurs ».

⁸³⁷ Le *biodroit* dont est-il besoin de rappeler la viduité théorique et philosophique, car ne reposant que sur un empirisme scientifique de sciences humaines et médicales, incompatibles en leurs méthodes d'investigations, mais politiquement compatibles dans un enjeu de quête de pouvoir démocratique et sanitaire.

rien de plus qu'être une personne. Se concentrer sur son seul état de malade, pour la protéger, et voilà le comble du refus dans la division, véritable « méconnaissance de l'homme »⁸³⁸, rappelle, une fois de plus, le *pseudos* de Platon qui, de tous les sophismes est celui du pire euphémisme de négation, désignant la partie pour le tout, en invoquant qu'elle est le tout en vue de justifier le droit de la qualifier pour la protéger. C'est en désignant la maladie comme cause d'appauvrissement de la personne, que celle-ci deviendrait légitimement mourante, car voilà le pire état à protéger. Ceci serait l'entreprise d'uniformisation de la personne à la seule apparence de mourant.

363.- Dans une perspective de philosophie appliquée au droit, il s'agirait donc de percevoir l'éloignement qui se produirait dans la relation que la *personne* peut élaborer à elle-même. En ce sens, comprenons qu'une description détaillée du statut de malade-mourant, demeurant cependant floue, aurait pour conséquence d'engendrer une confusion de sens. C'est en réalité à partir des conséquences que seraient tirées des causes, et ainsi de la souffrance par exemple, le droit du mourant créerait une obligation de ne point faire souffrir. Sauf qu'il n'y aurait d'autre perspective que d'objectiviser cette obligation en lui faisant correspondre une certaine uniformité dès lors transposable d'un usager à l'autre.

364.- Dans une autre perspective pratique, de l'obligation de soin à l'obligation de ne point porter atteinte à l'intégrité du mourant par l'obligation de soin, la frontière se serait atténuée ; à mesure que le temps des innovations technologiques s'est écoulé. Le droit de la santé a progressivement glissé d'un droit dont « le personnage central était le médecin, chef de service »⁸³⁹, à un droit dont « l'usager de service public hospitalier »⁸⁴⁰ est devenu le malade, titulaire de droits subjectifs, par la reconnaissance de l'existence de la personne humaine derrière toutes les qualifications superposées. Pourtant, malgré toute une politique de santé requalifiant celui qui est hospitalisé selon la terminologie providentielle du droit de la santé publique, reconnaissons que le mourant est avant tout une *personne privée*, alors même qu'elle est à l'hôpital, ce qui ne devrait pas surprendre.

365.- Sa première pellicule de protection relèverait, avant même d'être celle de l'usager de service public, de l'application de ses droits élémentaires, droit des libertés individuelles en

⁸³⁸ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 166.

⁸³⁹ J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., p. 10

⁸⁴⁰ *Ibid.*

tant que sujet de droit, indépendamment d'une quelconque contextualisation ayant force d'imposer des règles de droits supplémentaires. Toutefois, en pratique, de fortes réticences s'opposeraient à l'immédiateté de la *personne*, et plus particulièrement en matière administrative.

366.- La notion de *personne* serait très souvent matérialisée, sur-représentée, à moult reprises citée, mais demeurerait le plus fréquemment une terminologie, bien plus qu'une évocation d'un sens profond et philosophiquement fondé sur un présupposé métaphysique⁸⁴¹. Il conviendra, sans s'en remettre à des réactions passionnelles, de démontrer une telle approche, somme toute relativement novatrice en la matière. **Précisons pour le moment, et de manière plus immédiate en vue de percevoir un peu mieux encore ce qu'est le droit du mourant dans sa perspective négative, qu'en vertu de l'application d'un droit public de la santé, l'usager de service public ne serait plus réellement lié par les effets d'un contrat, dont il s'agira au surplus de tenter d'en dessiner les contours lorsqu'il prend corps au sein de l'hôpital.** Car, « dans un contexte hospitalier où la transparence connaît les limites de la solidarité des personnels médicaux »⁸⁴², c'est sur le fondement plutôt d'un droit statutaire, ou organisationnel, que le juge a dû se fonder pour permettre de donner une matière à l'existence d'une responsabilité dont le malade serait le bénéficiaire⁸⁴³.

367.- Ceci signifie bien que, si en matière civile, systématiquement le mourant ne saurait être ignoré dans la commission d'un dommage, car la proximité de son statut est intrinsèque à la proximité encore soutenue des droits de la *personne*, en revanche, en matière administrative, et bien que la *res communa* soit visible, à savoir la *personne*, celle-ci serait bien moins évidente à faire apparaître, dans la mesure où les logiques institutionnelles et politiques, justifiées sur le fondement de l'ordre public, primeraient le plus souvent sur la

⁸⁴¹ Le mot *personne* serait quelque peu dévoyé jusqu'à en être galvaudé tant il est aujourd'hui utilisé pour qualifier tout ce qui n'est pas la *personne* entendue en termes éthiques et métaphysiques ; voir en ce sens J. -M. Trigeaud, l'ensemble d'une œuvre consacrée à cette *personne*, *persona*. Les terminologies consacrant les concepts de personne humaine, personne physique, personne malade, personne mourante, *etc*, sont aussi flous que ne l'est la seule notion de *personne* pour le droit positif, ce dernier étant résistant à toute incursion dans le domaine du langage des sources.

⁸⁴² M. Gros, *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, 2^{ème} éd., L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2010, p. 286.

⁸⁴³ Cf. voir sur ce point notamment, CE, 4 octobre 1968, *Mlle Doukakis*, *Rec. CE*, p. 903, *D.*, 1968.J, p. 712, concl. Morisot ; *JCP* 1968.II.15668, note R. Savatier, *AJDA* 1969, p. 369, note J. Moreau ; CE, Sect., 23 février 1979, *Tolub*, *Rec. CE*, p. 80, *AJDA*, déc. 1979, p. 31 concl. Bacquet ; CE, Sect. 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, *Rec. P.* 12 ; *AJDA* 1991, p. 479, note X. Prétot ; *RDSS* 1991, p. 269, concl. Hubert. Notons qu'en l'espèce nous avons pu trouver les différents commentaires relatifs à ces décisions émanant du Conseil d'Etat dans des revus provenant tant du droit public que du droit privé. Ceci rappelle une fois de plus à quel point la personne mourante se trouve exposée à la mixité de son statut, entre droit privé et droit public.

personne singulière. Le mourant serait en ce sens dès lors soumis à un régime juridique préétabli, impliquant droits et obligations prévus au cœur des textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service concerné. C'est le régime juridique unique de *droit du malade* qui servirait de droit uniforme au mourant, en y ajoutant les touches légales spécifiques le concernant, toutes de nature *bioéthique*.

368.- La recherche *en la matière*, fondatrice d'un *biodroit* d'abord de comité, avant de devenir loi *bioéthique*, suffirait désormais dès lors à l'uniformisation de la production normative, judiciarisant les relations jusqu'ici théoriques entre droit privé et droit public.

Paragraphe.II. L'émergence d'un « droit » de comité

369.- Il conviendra de s'attarder plus en détail par la suite sur le rôle primordial que joue le CCNE dans le maintien du lien entre le corps juridico-légal et celui des praticiens de santé, dès lors qu'il s'agira de comprendre l'émergence de la norme générique du droit de la santé.

370.- Au quotidien, dans la vie courante des services médicaux des hôpitaux, le CCNE ne serait pas visiblement présent, pas même par le biais de ses *textes* et avis. Car dans la pratique inspirée des professionnels de santé, c'est la connaissance médicale, le souci du *bien faire* et du *bien être* du malade qui les conduirait dans leur démarche. Il ne faudrait pas ignorer les efforts consentis par les professionnels de santé en faveur d'une démarche théorique de réflexion quant à leur pratique quotidienne, même si parfois elle serait éloignée des soucis de l'éthique de la dignité la plus philosophiquement fondée sur sa source métaphysique de l'être, dans l'accomplissement de la fin de la vie d'être humain. Ainsi, cet effort se traduirait par l'émergence dans les services, au plus prêt de la pratique, et en concertation avec l'ensemble le plus représentatif des acteurs du monde soignant, de comités de réflexion, de bilan⁸⁴⁴ (A.). Cette *bioéthique* pratique servirait de premier élément de réflexion à l'élaboration d'une

⁸⁴⁴ Ces *comités informels* souffrent d'un manque de reconnaissance institutionnelle en raison de leur non existence aux yeux de la loi. Or, rappelons que le Conseil de l'Europe invitait dès 1976 les Etats à créer des groupes de réflexion, et que depuis, la France a scellé l'existence du Comité Consultatif National d'Ethique, et a invité les structures régionales et départementales à suivre ce mouvement. Or, s'il existe de nombreuses commissions, de nombreux comités et autres groupes de tous horizons destinés à opérer une réflexion sur la matière éthique, l'institutionnalisation des comités locaux, est parfaitement absente. Et malgré l'avis n° 13 du CCNE en date du 7 novembre 1988, il n'y a aujourd'hui encore aucune trace de ces comités aux textes de loi. Tout au moins ils peuvent apparaître en filigrane dans l'avis n° 108 du CCNE sur les soins palliatifs et leur financement.

bioéthique évolutive, faisant se mouvoir les textes de loi au grès des définitions des comités (B.). Le *dictat* de la procédure⁸⁴⁵, envahirait alors plus encore une relation patient/personnel soignant déjà bien affectée par le travail d'un *pseudo* législateur (C.).

A. Une *bioéthique* de raison pratique

371.- En pratique, les premiers comités d'éthique se sont réunis au niveau international, et sont apparus au lendemain de la seconde guerre mondiale, pour répondre aux « scandales des essais médicaux dans les camps nazis et élaborer des règles en matière d'expérimentation médicale. »⁸⁴⁶. C'est donc, en suivant les recommandations émanant de l'ordre international que l'Etat français va créer en 1983 le Comité Consultatif National d'Ethique⁸⁴⁷.

372.- Pour le reste, c'est à dire l'*essentiellement* proche du mourant, c'est dans les salles de réunions parfois improvisées au sein des services hospitaliers que se nouent les plus petits comités de réflexion. Ils traduisent les interprétations opérées durant la semaine, face aux choix réalisés dans la hâte de l'urgence⁸⁴⁸ d'un arrêt cardiaque⁸⁴⁹. Ces comités sont les lieux de confessions, d'aveux des personnes qui font en quelque sorte vivre et mourir ceux qui sont condamnés par l'irréversibilité de leur état de santé.

373.- Admettons ainsi comme postulat de départ, l'éloignement le plus extrême entre l'*idéal théorique* d'une application du droit du mourant garantie par le contrôle des autorités judiciaire et administrative, et les *interprétations* de ceux qui n'ont, en réalité, qu'une connaissance superficielle et partielle de ce droit. La plupart du temps, infirmières et aides soignantes, qui sont les premières au contact du mourant, n'ont d'approche juridico-légale que celle relatée par les propos partiels et partiiaux, au mieux d'un formateur qui le plus souvent

⁸⁴⁵ « La personne malade est désormais considérée comme un sujet de droit majeur et autonome » dont le consentement est requis avant toute intervention ; voir en ce sens J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., p. 12.

⁸⁴⁶ M. H. Bernard-Douchez, *La déontologie médicale*, in *De la bioéthique au biodroit*, op. cit., *ibid*, p. 97., voir aussi S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp. 44 s.

⁸⁴⁷ Décret n° 83-132 du 23 février 1983, préc.

⁸⁴⁸ Cette notion d'urgence est récurrente en droit, cependant elle n'est pas réellement définie ; voir en ce sens P. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, Paris, 1998, n° 9 s. ; ou encore, pour une approche de droit public, les publicistes étant peut-être plus habitués à utiliser la notion, voir A. Houlou, *La qualification juridique des états de crise*, GP 1^{er} mai 1998, Doct. p. 7.

⁸⁴⁹ Les questions sont moins éthiques que techniques, procédant d'un empirisme de la relation au patient et posant des questions telles que : fallait-il réanimer ou non ?

n'est pas un juriste, ou au pire, d'un chef de service. Pour celui-ci, le droit du mourant évoque surtout sa protection propre⁸⁵⁰, plus que celle du malade, immunisation d'une possible mise en cause de sa responsabilité sur les plans civil, pénal et *administratif*, en réalité en premier, déontologique.

374.- Dès lors, l'initiative la plus honnête et sincère de ces comités de réflexion renfermerait en réalité bien souvent un éloignement progressif et certain des dispositions des premiers temps de la mise à disposition du texte légal. Les premières interprétations, au plus proches des attentes des patients malades, praticiens et législateurs, laisseraient place à des interprétations en interne, circonstanciées. L'interprétation du droit applicable se ferait à la lumière de principes d'interprétation théorique bien éloignés de ceux que le juriste peut connaître. Ici le « droit » de comité se retrouverait progressivement dans l'état d'un chaos juridique au sens où il n'obéirait, dans sa remise en ordre, qu'aux injonctions des trompettes annonçant la loi nouvelle.

375.- Pour résoudre les problèmes nouveaux, les comités locaux feraient lentement remonter les informations vers le *Comité central d'éthique nationale* qui serait alors tenté d'élaborer une réflexion renouvelée sur des cas spécifiques, et de faire émerger une réflexion toute aussi spécifique⁸⁵¹, engageant le législateur à réagir promptement face à une lacune⁸⁵². Cette dernière correspondrait tout au moins à une absence de dispositions techniques, reposant sur une approche éthique/empiriste, et tout au plus, à une nécessité de toujours superposer

⁸⁵⁰ Car si le droit de la santé publique a opéré un glissement du droit du médecin au droit du malade selon J. Moreau, et D. Truchet, cela n'a pas eu grande incidence dans le rapport que le médecin estime avoir avec le malade, se plaçant en position dominante. Il donne le devoir d'information contre lequel le malade pourra lui opposer son insuffisance, mais en contre partie de quoi il dessine les contours de sa responsabilité. Pourtant force est de constater que la victimologie a tout de même eu une incidence sur les assurances exorbitantes que sont aujourd'hui obligés de prendre certains praticiens, anesthésistes notamment.

⁸⁵¹ Voir les développements sur l'émergence des comités cliniques et autres groupes de réflexion dont le pouvoir décisionnel n'est jamais soumis au contrôle judiciaire alors que les actes accomplis peuvent quant à eux engager des procédures en responsabilité.

⁸⁵² Les travaux préparatoires à la loi du 22 avril 2005 avaient été déposés à l'Assemblée Nationale le 26 octobre 2004 par M. Léonetti, soit moins d'un an avant l'entrée en vigueur de la dite loi. Notons que de tels projets sont le fruit de la réunion de différents travaux de commissions, comités d'études, rapports d'expertise et d'évaluation n'ayant aucune force juridique. Enfin, il existe une forme de suivi dans le travail effectué puisqu'il existe des rapports de suivi sous forme d'évaluation ; voir en ce sens le Rapport d'information fait au non de la mission d'évaluation de la loi 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, n° 1287, Tome I, déposé et enregistré, à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008. Ainsi, d'une réflexion de comité dont il fut un membre actif, en passant par la loi qui porte son nom, jusqu'à la mission d'évaluation de la dite loi, le même M ; Léonetti est présent à chaque phase de l'émergence des droits du mourant. Cela sous entend une forme de législation d'intérêt politique où la recherche, la copie issue de la rédaction des recherches et l'examen de la copie appartiennent à la même personne. . .

plus encore de distinctions, dès lors que les premières distinctions ont entrepris le découpage de la *personne-malade-mourante* en composantes existentielles.

376.- *Le concept fermé de mourant* ne pourrait qu'inciter le *législateur des comités* à en donner maints détails, le cadre législatif en la matière évoluant au grès des imperfections effectives de l'application de la loi, insuffisamment complète, nativement obsolète, nécessitant l'intervention toujours nouvelle du législateur. Car, c'est en raison de l'incapacité à réguler par la loi, et l'insuffisance de l'interprétation, peut-être en sa qualité, dans les services hospitaliers, que le législateur se trouve contraint de venir préciser avec force détails, les nouvelles procédures à appliquer en vue de respecter encore plus les droits du malade.

B. Un cadre législatif évolutif

377.- Il existe donc d'une part la loi⁸⁵³, dans son ensemble, théorique et pourtant en ses termes s'approchant le plus possible des exigences de décrire au mieux les nécessités du respect du protocole juridico-médical, et d'autre part, l'interprétation de cette loi, par des services représentés par des agents mal formés voir pas formés du tout à ses exigences dans son application. Ainsi, le fossé se creusant à mesure que les interprétations du droit s'éloignent de l'essence originelle de l'esprit de la loi⁸⁵⁴, la nécessité de faire évoluer le cadre légal se fait jour. Car, face à l'insuffisance dans leurs interprétations, les personnels soignants se retrouvent à commettre des erreurs, dans leur propre ignorance, car dans l'ignorance des textes de loi, et de leurs interprétations possibles⁸⁵⁵. Ainsi, là où règne l'incertitude dans l'application de la loi pourra toujours s'immiscer la condamnation d'un juge qui saura faire

⁸⁵³ A un ensemble déjà très disparate de lois d'organisation du système de santé, depuis 1941 et l'avènement du premier Code de déontologie médicale, la législation sociale s'est vue adjoindre une pléthore de lois dites bioéthiques, ou *quasi* bioéthiques ; c'est ce qui a fait le biodroit et qui ne regarde non pas le droit de la personne, mais les interprétations de politiques publiques de santé des notions recouvrant les libertés individuelles et les droits de la personnalité.

⁸⁵⁴ Le sujet de droit est devenu « sujet de soins » selon l'expression de J.-P. Baud, par un effet de négation des droits sous-jacent de la *personne*, droits qui reposent dans les droits de la personnalité juridique. Il ne s'agit pas de nier l'existence ni la nécessité d'un *corpus* de droit public, indispensable en raison du caractère collectif et de service public d'une telle relation. L'Etat, sans être providentiel donne la garantie que l'établissement de santé offre et assure à la personne des soins appropriés dans le respect de sa dignité ; cependant, il doit se limiter à ce seul rôle d'observateur, laissant au juge le soin de contrôler le bon déroulement interprétatif de la règle qui demeure impersonnelle et abstraite. Pourtant il apparaît qu'en présence de ce de cette pléthore d'interventions se déclinant sous la forme de circulaires, décrets, rapports et autre missions d'évaluation, le droit public, ou *pseudo* droit public des comités, entend régir de plus en plus insidieusement les droits de la personne mourante. Il la nomme usant ainsi du vocabulaire de droit privé et multipliant les références à la *personne*, la *personne humaine*, la *personne en fin de vie*, etc.

⁸⁵⁵ La formation des médecins n'incluant que très peu de droit et de cours d'éthique appréhendée juridiquement.

émerger la dite erreur, et ce même lorsque celle-ci n'aura ni recouvert la faute, ni la commission de l'acte pénal. C'est en ce sens que le rapport au mourant, avant tout malade aurait connu la nécessaire normativisation de son existence au sein de l'unité hospitalière (1.), et ce dans un mouvement de normalisation de l'éthique applicable (2.).

1. La normativisation du rapport au malade

378.- Afin d'explicitier le caractère juridique de la santé⁸⁵⁶, qui permet de percevoir le mourant comme un de ses objets, il conviendrait d'admettre un double critère. En effet, la relation qui se noue emporte obligations et devoirs réciproques des *acteurs*⁸⁵⁷ (1.1.). C'est alors sur ces fondements que pourraient s'élaborer des politiques publiques de santé suivant les recommandations du CCNE (1.2.).

1.1. Première approche des obligations et devoirs, sur les fondations du droit de la santé

379.- La réciprocité des droits inhérents à l'engagement, pour le moment, implicitement *contractuel*⁸⁵⁸ ne pourrait être considérée en dehors d'un lien de nature juridique. Ainsi, si le médecin obéit à des règles de nature déontologique, l'autorité juridique du Code de déontologie ne suffirait pas en la matière. De plus, si nous admettons qu'afin d'établir un lien de nature juridique, ni la responsabilité du praticien, ni celle de l'établissement ne peuvent suffire, il s'agirait d'explicitier en quoi la place du patient, *a priori* juridiquement passive, voir même neutre, relèverait d'un droit qui lui est propre. Admettons dès lors le lien unissant l'autorité juridique des droits professionnels aux droits du mourant⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Ce qu'il convient de nommer les critères de *juridicité* du droit de la santé.

⁸⁵⁷ Il est peu fréquent d'admettre que le patient ait des obligations ; envisagé comme un client il convient de le satisfaire d'autant plus lorsqu'il est mourant. Voir en ce sens J. Moreau, D. Truchet, *Droits de la santé publique*, op. cit., *ibid*, pp. 196 s.

⁸⁵⁸ Emportant de fait des conséquences de nature juridique, rappelons-le comme acquis, et ce consacré par l'administration des soins en tant qu'obligation de résultat ou tout au moins de moyen.

⁸⁵⁹ C'est la loi du 31 décembre 1970 qui va consacrer le caractère public de la relation de soins qu'elle soit dans le cadre du droit de l'hôpital ou de celui des établissements privés. Voir en ce sens, J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., p. 92. Notons pour exemple que l'art. L. 6113-2 du Code de la santé publique enjoint tant les établissements de santé public, que ceux du secteur privé développer « une politique d'évaluation des pratiques professionnelles, des modalités d'organisation des soins et de toute action concourant à une prise en charge globale du malade afin notamment d'en garantir la qualité et l'efficience. »

380.- Les rapports que nouent patients et praticiens reposent sur un tissu historique très divers, ayant fait passer les droits du malade d'une lecture *a contrario* des devoirs du médecin, tel que le définissait la déontologie médicale et plus indirectement une jurisprudence sanctionnant les manquements⁸⁶⁰, à une approche objective du mourant, légalement désigné.

381.- Considérons que le devoir du médecin fut longtemps tel que celui du prêtre, d'accompagner jusqu'au dernier souffle, sans pour autant devoir apaiser les souffrances au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Ainsi, d'un droit coutumier et uniquement jurisprudentiel, le malade serait devenu sujet de droit par « une stratification progressive des règles »⁸⁶¹. Les premières règles furent codifiées au Code de déontologie médicale à partir de 1941⁸⁶². Les normes d'un droit qui deviendra médical, ou droit de la santé (publique), vont intégrer progressivement les exigences liées aux droits de l'assurance maladie. Cette deuxième phase, entamée dès 1971, permet dès lors, par la conclusion de conventions nationales, d'allier les revendications de plusieurs syndicats représentatifs des médecins libéraux ainsi que d'autres professionnels de santé avec les caisses nationales compétentes en matière d'assurance maladie. L'Etat entreprend dès lors un mouvement législatif visant à faire émerger un droit de la santé, ainsi qu'un droit de la sécurité sociale, conjointement à une codification de droits liés à la santé publique. C'est ainsi que le droit des malades fait basculer la personne malade dans le champ de celui de sujet de droits, mixtes, privé/public, de la santé.

1.2. L'abandon progressif du *droit de la santé* au profit du *biodroit*

382.- Le législateur se serait progressivement dépossédé du *droit de la santé*, élaborant le dialogue entre le corps médical et la sécurité sociale, le déléguant aux *partenaires sociaux*. Ainsi, le droit de la santé aurait opéré un glissement de fond, vers une rationalisation économique de la place du patient, gérée administrativement au sein de l'unité hospitalière⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, préc.

⁸⁶¹ J. Moreau, D. Truchet, *Droit de la santé publique*, pp. 196 s. Retrouvons ici une chronologie des droits ayant été accordés par le législateur aux rapports liant patients et praticiens, dans le domaine des relations strictement médicale, mais également en ce qui concerne les droits relevant des conventions régissant l'exercice de la profession de médecin à titre libéral..

⁸⁶² Le premier Code de déontologie médicale français date du 15 décembre 1941 ; voir en ce sens S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp. 55 s.

⁸⁶³ Voir pour une approche par le corps médical lui-même, L. Audouin, *Du patient au client, l'art de fidéliser la clientèle médicale*, Masson éd., Broché, Paris, 2006.

La législation regardant en premier lieu un sujet de droit, en tant que patient, puis de malade, permettait de préserver ses droits, en invoquant ceux-ci en matière de *personne*⁸⁶⁴.

383.- Au commencement d'une consécration du patient, la jurisprudence *Mercier* s'appuie sur l'inexistence d'un droit spécial, et elle constitue à elle seule un principe général du droit. Il n'existait donc qu'un droit commun de la *personne* en vue de garantir les droits de tous, y compris celui des malades qu'il n'était alors nul besoin de considérer ainsi différemment. Sans plus entrer avant dans cette voie, notons tout de même qu'une telle interprétation contemporaine, qui vise la *personne* comme malade, ou encore pauvre, ou bien issue d'une minorité visible, serait marquée par le souci de protéger par l'effet d'une discrimination positive. Or aucune discrimination peut être *positive*, au sens de bénéfique, en ce sens que la discrimination est déjà en elle-même une négation⁸⁶⁵. C'est en se remettant à l'élaboration d'une relation *intuitu personae*, basée sur le rapport strictement conjoint entre médecin et patient, que les garanties s'éloigneraient d'un essentiel relevant d'une lecture ontologique de la *personne* en état de fin de vie.

384.- Les politiques de santé procèderaient ainsi d'un néo nominalisme sceptique en ce qu'il considère que si l'on ne nomme pas la *personne* en tant que malade, le respect dû à celle-ci ne serait pas suffisant. Il s'agirait d'une forme de *pré*-jugement de valeur sur les qualités intrinsèques de chacun des professionnels de santé à juger de cet autre qui ne lui ressemble pas. Cette attitude avilissante serait celle que l'on retrouve dans les motifs du paternalisme médical⁸⁶⁶. Ainsi pouvons-nous comprendre l'élaboration d'un droit non plus uniquement ni administratif, ni civil de la santé du mourant, mais bien plus d'une gestion administrative de la mort. Ici, droit public et droit civil présupposeraient l'existence d'un sous-jacent politique opérant un engagement de type moral. Il ne s'agirait plus d'un sous-

⁸⁶⁴ La nécessité de la garantie apparaîtrait dans l'arrêt C. cass. Req., 8 janvier 1942, *Teyssier*, DC. 1942. J. 63 ; *Gaz. Pal.* 1942-1, p. 177.

⁸⁶⁵ Elle est la *discriminatio* latine : le fait de nommer la chose pour réfuter l'autre qui en est son contraire ou son opposé et qui quoi qu'il en soit n'appartient pas au même groupe ainsi consacré ; ou encore la discrimination *diaboleîn* grec qui est la division en catégories de ceux qui sont et ce qui ne sont pas de la communauté identifiée, et que l'on retrouve chez Schmitt dans sa théorie politique de l'ennemi nécessaire. Voir en ce sens sur la discrimination, J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit.

⁸⁶⁶ Déjà entendu chez J.M. Mantz, *Autonomie du patient et paternalisme médical. Le point de vue du réanimateur*, in *A la recherche des contours de l'autonomie et du champ de la liberté dans la relation médecin-malade*, Colloque *Dignité Humaine-Perte de dignité*, Centre Sèvres Paris, Association Européenne des Centres d'éthique médicale, 1995, p. 5.

jacent procédant d'un *droit premier*, ouvert en ce qui est éternellement universel, mais d'un droit politique, fermé aux exigences de la cité⁸⁶⁷.

385.- Les influences de la loi sont polymorphes, inter-disciplinaire et proviennent de l'expression de groupes de pensée. Les comités d'éthiques, plus ou moins inféodés au CCNE, élaboreraient ainsi une éthique normative et nominaliste⁸⁶⁸. Ce glissement d'un droit positif du sujet de droit vers le droit de l'usager de service public⁸⁶⁹ procéderait d'une mutation sémantique des termes qualifiant les protagonistes faisant le droit de la santé. Le risque serait de voir émerger un droit institutionnel, depuis des organes privés de délégation de service public, ayant reçu des prérogatives de puissance publique⁸⁷⁰. C'est ce transfert de pouvoir qui permettrait de justifier qu'ils créent la loi. Il semble concerner le CCNE qui, sans être un service public, élabore les travaux préparatoires des politiques publiques de santé, sous la tutelle du ministère⁸⁷¹. Appliquées à la santé, et plus particulièrement aux droits de la santé du mourant, le paradoxe entre *l'objectivisation rationalisante* et le caractère quasiment exclusivement subjectif des prétentions de la *personne-malade-mourante*, semble opposer une résistance ne provenant d'aucune volonté, mais bien plus d'un *état d'être* pré existant à toute volonté, et qui caractérise ce qu'est la *personne* dans sa relation au politique : un enfant vis à vis de son père⁸⁷². L'Etat se déresponsabiliserait ainsi progressivement, pour remettre les missions de santé publique entre les mains d'initiatives privées, tout en restant non loin, afin de laisser ces nouvelles *autorités* être protégées par la garantie des pouvoirs régaliens de l'Etat⁸⁷³. Notons que ceci ne paraît pas surprenant compte tenu de la réforme dite RGPP ;

⁸⁶⁷ Traditionnellement le terme politique trouve ses racines étymologiques et sémantiques dans le terme grec de *polis*. Celui-ci signifie l'enceinte, à savoir le mur qui entoure la cité. La politique ainsi entendue est donc le cadre institutionnel construit et mené par les représentants de l'Etat au sens du *status* latin, à savoir le meilleur état d'être collectivement appréhendé et relevant de l'être ultime et premier.

⁸⁶⁸ Voir C. Byk, G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., pp. 133 s. sur « La responsabilité du fait des normes suggérées ».

⁸⁶⁹ Personnage politique plus souvent nommé citoyen.

⁸⁷⁰ C'est le mouvement de délégation, procédant d'une forme de déconcentration des services de l'Etat instaurée par la réforme dite RGPP sur la modernisation de l'Etat.

⁸⁷¹ C'est ce que prévoient les statuts fondateurs du CCNE : décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, art. 1.

⁸⁷² Voir en ce sens sur l'Etat régulateur, Ch. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., pp. 67 s.

⁸⁷³ Ainsi en est-il des professions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui, depuis la loi du 5 janvier 2007 préc., sont sous le coup d'une forme de mission de service publique, qui leur est en réalité concédée, au titre d'une forme de concession de service public ; ils peuvent voir mettre en cause la responsabilité de l'Etat qui agira en action récursoire contre eux. Ceci procède d'une inversion des rôles, la personne agent de service public, ou tout au moins agissant pour le compte de l'Etat au titre d'un service public étant la première dont la responsabilité était visée ; elle opérerait par la suite une action récursoire contre l'Etat dont elle dépendait au titre de sa fonction.

celle-ci consiste en l'élaboration en trois phases d'une politique destinée à « Diminuer la dépense publique tout en renforçant l'efficacité et la qualité de l'action publique »⁸⁷⁴.

386.- On retrouverait donc, là, la déconcentration des autorités étatiques de santé, conformément au transfert de certaines prérogatives publiques à des entreprises, voir des associations privées, sous l'impulsion de l'esprit qui anime aujourd'hui la réforme RGPP⁸⁷⁵. N'en est-il pas ainsi désormais de tous ces comités fondés sur le même modèle que le CCNE ?⁸⁷⁶ Globalement, c'est le système qui prévaut en Suisse quant à l'accompagnement du mourant en fin de vie : ce sont des associations, personne morale de droit privé, qui assistent les personnes dans leur suicide⁸⁷⁷. L'éthique, qui intéresse toutes ces formations, au nom de la réintroduction d'une politique moralisée, serait d'abord le fondement du droit ; mais parfois elle en serait la justification.

2. L'émergence d'une normativisation évolutive de l' « éthique »

387.- Disons le, jusqu'aux abords des années 60, la question *bioéthique*, ou à tout le moins encore *éthique* en matière médicale, se concentrait dans le seul Code de déontologie médicale. Le patient mourant s'en remettait, en quelque sorte en pleine confiance, aux compétences présumées du personnel soignant. Le champ des connaissances médicales ne pouvait

⁸⁷⁴ Les trois phases correspondent à autant d'intervention de comités correspondant eux-même à des déconcentration d'autorités étatiques ; c'est comme sur le modèle de fonctionnement de tout comité ou commission chargée d'évaluation que la Réforme RGPP reposera sur : un pilotage assuré au plus haut niveau de l'Etat : un Conseil de la modernisation des politiques publiques réunissant l'ensemble des ministres autour du Président de la République sera chargé d'arrêter les décisions à la fin du processus de révision ; une révision exhaustive : elle portera sur l'ensemble des ministères, l'ensemble des dépenses de l'Etat ; des objectifs particulièrement ambitieux puisqu'il s'agit d'aboutir à des réformes structurelles modifiant profondément les modes d'intervention de l'Etat. Des équipes d'audit composées de membres des corps d'inspection de l'administration et d'auditeurs et consultants externes) sont constituées pour examiner les politiques publiques relevant exclusivement de l'Etat réparties en 14 domaines. Ceci correspond à une rationalisation extrême des politiques publiques.

⁸⁷⁵ Notons qu'en 1997, B. Legros, Les « droits » du malade en fin de vie, op. cit., *ibid*, pp. 413-414 préconisait d'éviter de faire entrer des autorités extérieures dans le champ du médico-juridique, et ce dans la prise de décision notamment quant aux traitements thérapeutique de la fin de vie. Elle parlait alors de comités cliniques et entendait dénoncer le risque de dérives partant de comités consultatifs et facultatifs, allant jusqu'à former une autorité autonome encadrée légalement par les garanties assumées par l'Etat en sa neutralité et son objectivité. Voir G. Mémeteau, sous TGI de Paris, Réf., 6 mai 1987, *Coudert c. Mme Coudert*. ; TGI de Paris, Réf., 19 mai 1987, *Mme Coudert c. Coudert*, JCP.1988.II.21130.

⁸⁷⁶ Voir en ce sens notamment Ch. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., pp. 124 et s. sur les mouvements législatifs faisant suite à la création du CCNE, et notamment la loi n° 13 du 20 décembre 1988

⁸⁷⁷ Voir notamment D. Manai-Werli, *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Bâle, 1999 ; ou encore du même auteur, *Les droits du patients face à la biomédecine*, op. cit. ; ou encore, P. Hazan, *La chambre du dernier voyage*, Journal Libération, 16 octobre 2002, sur l'association *Dignitas* organisant le suicide assisté à Zurich.

impliquer les questionnements liés à la maîtrise de l'existence. Ainsi l'éthique n'était propre qu'à garantir le secret professionnel⁸⁷⁸, ou encore à interdire tout dépassement « humain » dans les rapports avec le patient⁸⁷⁹. Le passage vers la responsabilité juridique ne sous-entendait pas encore l'existence d'une éthique juridique⁸⁸⁰. La relation était simple et il n'y avait de question juridique que lorsqu'il y avait un préjudice né d'une faute.

388.- Les premiers changements deviennent tangibles pourtant bien avant, dans la jurisprudence de la Haute Cour civile, présupposant les premières lois *bioéthiques* (2.1.) qui laisseront place à une législation sans cesse imparfaite, obligée de se renouveler tant sa phénoménologie de l'existence la rend éphémère en ses conceptions (2.2.).

2.1. L'invitation jurisprudentielle à faire la loi *bioéthique*

389.- Les premiers changements furent ceux qui scellèrent les premières notions d'obligations⁸⁸¹. La jurisprudence de la Haute Cour civile consacra par la suite la distinction entre une obligation de résultat et une simple obligation de moyens⁸⁸², afin de préciser les champs d'application d'une responsabilité, liée à l'émergence de la notion de satisfaction associée aux progrès de la médecine. Celle-ci reposait alors sur une conception de la pratique médicale en tant qu'elle devait apporter une satisfaction morale et physique d'un mieux être, un *résultat adéquat* permettant de remettre en *état initial*, celui d'avant la maladie. Procédant d'une théorie du bien-être et du bonheur, le juge engageait alors le pas dans une phase nouvelle de reconnaissance de l'autonomie de la volonté des malades, de telle sorte qu'il soit reconnu une forme de *volontarisme victimologique*. De cette victimologie, le législateur va

⁸⁷⁸ L'éthique est essentiellement déontologique dans le langage du droit jusque dans les années soixante et les mouvements néo humaniste existentialiste revendiquant le bien être ; il s'agit de ce mouvement de pensée eudémoniste et junsnaturaliste réintroduisant une forme de pensée métaphysique, néo-spirite, ayant influencé tous les courants de la période *new age*.

⁸⁷⁹ Les premières évocations d'une éthique que certains vont très tôt qualifier de *bioéthique* peuvent être identifiées dans le droit au respect de la dignité considérée comme droit des peuples à disposer d'eux-même, ainsi formulé dans le Préambule de 1946 faisant écho à la philosophie des Lumières de la constitution de 1791 qui répondait elle-même à la DDHC de 1789. Puis dans les textes internationaux, la DUDH de 1948.

⁸⁸⁰ Avant la jurisprudence *Mercier* la relation médecin malade n'impliquait pas de dimension psychique si ce n'est dans la seule exigence qui est de reconnaître un dépassement d'une déontologie médicale reposant sur les seuls engagements du serment d'Hippocrate.

⁸⁸¹ La jurisprudence *Mercier* va introduire des obligations réciproques, ce qui conduit à reconnaître le caractère contractuel d'une telle relation ; ces obligations peuvent avoir un aspect moral dès lors qu'il s'agit de faire don de sa santé, en gage de confiance ; cependant il n'est pas question de préciser l'aspect psychique tant cela constitue un sous-jacent évident.

⁸⁸² Distinction sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième partie traitant des obligations et des causes de responsabilités.

saisir l'occasion de répondre aux attentes liées aux exigences de son temps qu'il n'entendait plus laisser aux seuls tribunaux.

390.- Les « lois bioéthiques » intègrent un mouvement législatif entamé dès 1967. Ces lois à caractère *bioéthique* ont pour objectif de réguler les comportements médicaux eu égard aux prétentions nouvelles des patients, à raison des possibilités de maîtriser certaines composantes de l'existence de la vie humaine⁸⁸³. Ainsi la loi du 26 décembre 1967⁸⁸⁴, relative à la régulation des naissances, entame un long processus législatif, dont il est impossible de présumer l'issue. En effet, les premières lois offrant une perspective relative au respect du malade, et de beaucoup plus loi au mourant n'entreront en vigueur qu'à compter de 1994. Ainsi, à la loi du 1^{er} juillet 1994⁸⁸⁵ relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé⁸⁸⁶ furent adjointes les lois du 29 juillet 1994⁸⁸⁷, d'une part, relative au respect du corps humain, et d'autre part, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal⁸⁸⁸. Le respect de la personne malade est désormais un souci déclaré du politique, et le législateur entend remédier aux attentes des usagers en état de maladie avancée, ainsi que leurs parents et proches accompagnateurs.

391.- Il faudra attendre la loi du 4 mars 2002⁸⁸⁹, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, pour voir les droits du malade en fin de vie⁸⁹⁰ commencer à être considérés en tant que tels. Notons que c'est la législation du 22 avril 2005⁸⁹¹ qui innovera considérablement, entamant un basculement sémantique du mourant *de facto* vers le malade en fin de vie. La correction politique du langage entend édulcorer les mots, afin d'assouplir, d'adoucir dès leur formulation, les souffrances liées à cet état d'être.

⁸⁸³ Voir en ce sens les questions saisies par C. Labrusse-Riou et J.-L. Baudouin, *Produire l'homme : de quel droit ?*, op. cit., p. 15, la vie humaine devenant progressivement un « objet d'appropriation et d'exploitation normalisée, parce-que scientifiquement normalisable ».

⁸⁸⁴ Loi n°67-1176 du 26 décembre 1967.

⁸⁸⁵ Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994.

⁸⁸⁶ Com. J. Frayssinet et Ph Pedrot in *JCP* 1994.I.3810.

⁸⁸⁷ Lois n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁸⁸⁸ Com. Ch. Byk in *JCP* 1994.I.3788 ; G. Mémeteau in *D.* 1994, chron. p. 355; G. Raymond in *JCP* 1994.I.3796; D. Thouvenin in *RTDC* 1994, p. 717 ; M. Véron in *Dr penal*, chron. 65 et 67; "Bio-éthique", *Petites aff.*, n° special 149, 14 déc. 1994.

⁸⁸⁹ Loi du 4 mars 2002.

⁸⁹⁰ Comm. : n° sp. *RDSS* 4-2002 ; n° sp. *Gaz. Pal.*, 1^{er} mai 2002 et n° sp. 15-17 déc. 2002 ; n° sp. 122 *Petites aff.*, 19 juin 2002.

⁸⁹¹ Loi du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie.

392.- Par conséquent, droits et devoirs des praticiens et des patients entreraient en mutation, le CCNE n'étant pas étranger quant aux sources de celle-ci. Notons en ce sens que la loi du 22 avril 2005, conjuguée à celle du 4 mars 2002, a réalisé un réel glissement de l'éthique vers le droit, faisant entrer la place du mourant dans l'univers du *biodroit*. Si aux commencements du droit médical la législation concernait en priorité les devoirs des médecins, l'évolution législative a progressivement concerné les droits des patients, puis des malades, pour se diriger tout droit vers ceux de la personne humaine⁸⁹². Les glissements de langage indiqueraient le malaise qui règne dans le domaine du droit positif, afin de nommer ce que l'on entend par droits du mourant⁸⁹³. D'un droit ayant occulté l'éthique, la *bioéthique* aurait tenté de faire revenir l'éthique vers le droit, en créant en réalité un *biodroit* qui nie l'éthique.

393.- C'est alors la globalisation du droit de la personne humaine qui permettrait d'embrasser les droits de celle-ci, jusque dans ces instants de mort, faisant évoluer l'éthique de la personne vers celle de la personne *choséifiée*. Il ne s'agirait plus de protéger la *personne* en premier, mais les phénomènes juridiques qui la désignent, et qui la feraient ainsi exister.

2.2. Phénoménologie de la vie et renouvellement de la globalisation du discours

394.- Cette approche phénoménologique de la vie permettrait une normalisation des règles éthiques, dépassant dès lors les contingences de droit privé et de droit public. La règle de *biodroit* entendrait *re-écrire* le sous-jacent pré-existant, celui qui est inscrit aux fondements des *droits premiers* de la *personne*, dans une démarche rationalisant et choséifiant l'ontologique, en ne le considérant qu'à l'image de la dimension ontique du réel. Elle permettrait de soustraire à l'abstrait du *droit premier* une succession de définitions, permettant ainsi de garantir des droits nommément identifiables, tels que le droit du respect au corps humain, ou encore le droit du malade aux soins. Ces droits impliquent des composantes positives.

395.- Ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'accès aux soins, le législateur entendrait préciser l'application du droit jusqu'au paramètres du consentement, les modalités de son

⁸⁹² L'expression même de personne humaine suffit à traduire ce malaise tant il paraît évident de s'intéresser aux droits de la *personne* en ce qu'elle porte d'humain en elle. Peut-il en être autrement ?

⁸⁹³ L'intitulé de la loi de 2005 ne fait référence qu'à *la fin de vie*, et non à la *personne* en fin de vie !

expression, *etc.* **Cette normalisation des droits du mourant correspondrait à un mouvement de codification.** L'éthique se ferait positive, au même titre que le droit qui suppose l'agencer, outrepassant son rôle qui est de faire dire la règle sous-jacente, et non de la faire, tout court. Le *biodroit* serait donc le fruit d'une éthique évolutive qui aurait créé ses propres racines dans les fondements théoriques d'une pensée *totalisante*, schmittienne⁸⁹⁴, et dont le droit serait à la fois l'instrument et la source.

396.- La norme serait donc sans cesse obligée de se renouveler, en raison de son incapacité à trouver l'*unité*, non point dans son expression qui, fort de tous les sophismes, se justifie unique et accomplie en chaque occurrence législative, mais plutôt en son origine principielle en quelque sorte, puisqu'elle aurait créé la *source* elle-même, dans un positivisme de la *personne* qualifiée sous tous ses aspects extérieurs. Les droits subjectifs de la personne seraient ainsi devenus objet d'extériorité en ce sens que la dignité, et plus largement toutes les composantes de la vie privée entendue comme *généricisme* du *sub jectum* de la *personne*⁸⁹⁵, seraient sujet à être définis *objectivement*, comme éléments fondateurs non plus de la *personne* elle-même dans ce qu'elle a de plus essentiel, mais de la société dans ce qu'elle a de plus général. C'est l'appropriation de ces notions par des entités extérieures au droit qui a permis une telle évolution *des notions* de l'*éthique*, définitivement transformée en *bioéthique*.

B. Le rôle du CCNE, créateur ou créatif des normes du vivant... et du mourant...

397.- Le Comité Consultatif National d'Éthique a été créé en 1983⁸⁹⁶ sur décret présidentiel. Ce comité, bien qu'indépendant et de nature *quasi-privée*⁸⁹⁷, serait en quelque

⁸⁹⁴ La pensée de Schmitt renvoie, dans sa philosophie politique, à la pensée de Hauriou. Celui-ci contredit le positivisme de Duguit qui conduit à rechercher une conception totalisante de la chose publique absorbant tous les droits individuels au point de les réduire à de simples fonctions et ce au service d'une idée générale de l'État. Au positivisme de Duguit, Hauriou répond par une théorie des institutions, l'État étant « l'institution des institutions ». Au positivisme fonctionnaliste de Duguit, Hauriou répond par le positivisme institutionnaliste absorbant l'individu dans la communauté sociale. Schmitt reprendra en ça l'autorité théorique de Hauriou en une théorie du droit antilibérale et sociale nationaliste au nom de la communauté au dessus de l'individu-fonction. Voir notamment J.-M. Trigeaud, *L'argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne*, conf. Colloque international du 150e anniversaire de la naissance de Léon Duguit : « *Autour de Léon Duguit* », Université Montesquieu Bordeaux IV, 29 mai 2009, sous la dir. prof. F. Melleray, Bruxelles, Bruylant éd., 2011, p. 311-331. Ou encore, E. Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et Société, 1995, n° 30-31, www.reds.msh-paris.fr.

⁸⁹⁵ Sur le généricisme de *l'être-personne*, voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., *ibid*, pp. 329-330 ou encore pour une approche de la notion de personnage politique, voir du même auteur, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome I, op. cit., p. 61 note 130.

⁸⁹⁶ Décret n° 83-132 du 23 février 1983, préc.

sorte politiquement rattaché, en tant que *cabinet d'études préliminaires à la loi*, auprès du ministère en charge de la recherche et du ministère chargé de la santé. Notons sans plus tarder que l'indépendance du comité serait remise en cause quant aux personnes désignées, avant d'être remise en cause quant aux modes de désignation eux-même (1.). Toutefois, si les parties aux comités semblent entretenir une certaine intimité avec l'appareil politique du pays, aucune disposition n'oblige ni le législateur, ni l'exécutif le cas échéant, à suivre les productions du comité (2.). Toutefois, l'influence de l'esprit du comité serait bien réelle (3.), les termes relatifs au champ du vaste domaine des droits du mourants se retrouvant dans les composantes de la loi (4.). Désormais, il existerait un *biodroit* de comité, *officiellement* reconnu (5.).

1. Bref aperçu sur désignations et désignés

398.- Il ne s'agirait pas d'effectuer une étude spécifique du comité, toutefois, c'est en relevant certains aspects propres à son rôle, ainsi qu'aux modalités de désignation de ses membres qu'il serait possible d'observer des traits caractéristiques d'une politisation de la normativisation de l'existence du mourant. Et s'il serait parfaitement audacieux d'affirmer que l'impartialité du comité ne correspond pas réellement aux attentes d'une authentique recherche de nature scientifique, objective dans sa démarche, il s'agirait alors d'étayer une pareille hypothèse, pour en dénoncer la réalité, aux sources dès lors d'une négation de la *vérité*.

399.- Le fait est, que le seul exemple de la désignation des cinq membres faisant autorité en matière philosophique et spirituelle, par le Président de la République, permettrait de suggérer un doute quant à la réelle indépendance de ces membres là. D'une part, car *faire autorité* est tout à fait discutable, compte tenu de l'existence recluse de certains personnages hautement inspirés en matière spirituelle, et ne désirant pas s'exposer, comme ceux qui, *a priori*, se voient nommer ; le regain de la soif de reconnaissance et de glorification dans l'accomplissement d'une tâche à caractère étatique n'y serait pas totalement étrangère, et

⁸⁹⁷ La Loi du 6 août 2004, préc. Ainsi l'art. L. 1412-2 du Code de la santé publique prévoit que : « Le comité est une autorité indépendante qui comprend, outre son président nommé par le Président de la République pour une durée de deux ans renouvelable, trente-neuf membres nommés pour une durée de quatre ans renouvelable une fois » ; puis s'en suit la liste des différents domaines dont doivent faire partie les membres et leurs modes de désignation.

suffirait à justifier des interventions consensuelles de nature à lisser un discours. D'autre part, peut-on être assuré que le Président, bien évidemment pas seul, soit réellement au fait des questions philosophiques et spirituelles, lorsque lui-même n'a pas développé les qualités requises à défendre un tel idéal dans son programme politique. La politique publique de santé appartenant au programme politique global, il est fort à parier que le choix des membres corresponde plus à la défense d'intérêts se rattachant à cet idéal idéologique. Cependant, la participation d'autorités religieuses et spirituelles suffit à être saluée tant ces aspects de la pensée et des affects des malades et des mourants, en particuliers, sont minutieusement ignorés par tout un corps médical⁸⁹⁸, absolument étranger à toutes ces questions⁸⁹⁹.

400.- L'article premier alinéa 2 du décret fondateur précise en outre que « le comité a pour mission de donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière. »⁹⁰⁰. De plus, il convient d'ajouter que les autorités compétentes à saisir le comité sont toutes à la fois le « président de l'Assemblée Nationale, le président du Sénat, un membre du Gouvernement, un établissement public ou une fondation reconnue d'utilité publique ayant pour activité principale la recherche ou le développement technologique, un établissement d'enseignement supérieur. » « Il peut également se saisir de questions posées par des personnes ou groupements autres que ceux [ci] »⁹⁰¹. Son président étant nommé pour deux ans par décret du Président de la République, il conviendra dès à présent de noter les aspects politiquement impliqués d'une telle institution, sous la dépendance du corps exécutif.

401.- C'est donc à la lisière du renouveau de l'éthique en droit, que l'initiative présidentielle a permis de retrouver une interrogation, semblant jusqu'alors perdue, relativement aux méthodes de perception scientifique de l'existence. Toutefois, quand bien même les personnes impliquées dans une telle entreprise seraient réellement associées à une politique publique de

⁸⁹⁸ Voir T. Châtel, *Place de la « souffrance spirituelle » dans l'accompagnement des mourants en France : doctrines et pratiques laïques actuelles*, op. cit., p.70, l'approche spirituelle plus que religieuse semblant tout à fait secondaire.

⁸⁹⁹ Il faut voir tout de même la thèse de doctorat de J. Faucher réalisée sur le sujet traitant de *L'émergence du sujet éthique dans la création du Comité Consultatif National d'Éthique et son premier Avis*, op. cit, portant le débat de la *bioéthique* au *biothéologique* ; il existe de plus des îlots de *biospiritualité* en considérant un établissement de santé confessionnel public, tel que la Maison de Santé Protestante de Bagatelle à Talence; bien que soumis à un devoir de réserve en matière religieuse, l'atmosphère d'un tel établissement peut parfois laisser à croire qu'une pensée spirituelle traverse la raison de ceux qui accomplissent les gestes de la vie.

⁹⁰⁰ Art. 1 al. 2 du décret n° 83-132 du 23 février 1983, préc

⁹⁰¹ Art. 2 du décret n° 83-132 du 23 février 1983, préc.

santé, qu'elles en soient à la source ou engagées à des fins interprétatives, l'apport principal du comité a été de réintroduire une terminologie de nature morale, suggérant une interrogation aux perspectives de nature philosophique.

2. Imposer le débat *bioéthique* par la terminologie

402.- Il n'existe aucun texte qui oblige le corps législatif à suivre les avis du CCNE⁹⁰². En effet, les documents d'études rendus par le comité sont autant de pensées pluridisciplinaires et interdisciplinaires agencées de telles sortes qu'elles puissent suggérer les avancées réalisées conjointement dans la matière scientifique médicale, et celles des sciences humaines, ayant pour fil conducteur le domaine éthique. Seulement, le CCNE est intégré au Code de la santé publique quant à son statut, ainsi que quant à sa mission⁹⁰³. Dès lors, sa place suggère qu'il puisse être à la confluence des domaines de sciences humaines, juridique et médical.

403.- Ainsi, par exemple, c'est le CCNE qui a suggéré l'introduction du terme *bioéthique*, et ce en opérant la contraction des différents domaines principaux concernés. Il s'agirait donc de considérer que le CCNE a engagé une démarche d'initiation à la réflexion éthique, allant jusqu'à faire participer le citoyen, en ce sens que ses avis sont rendus publics, mais aussi en organisant des journées de réflexion ouvertes au grand public, afin de donner un sens interactif à l'engagement, pour un plus haut respect des notions telles que la dignité, ou encore les garanties du respect de la protection de l'intégrité de l'être humain face à la nanotechnologie⁹⁰⁴, par exemple. Pour autant, bien que les textes n'aient aucune force obligatoire, il convient d'affirmer que leur portée serait bien réelle, et effective dans l'ordre médical, ce dernier conférant une certaine force exécutoire aux termes employés.

404.- Ceci se retrouve d'autant plus présent dans les comités d'éthique régionaux qui, dépourvu de base légale, et dès lors appuyant leur reconnaissance institutionnelle semblent

⁹⁰² Voir sur une position contestant le rôle créateur du CCNE, H. Nys, *Droit médical et droit de la santé : de la coexistence à la symbiose ?*, *RILS*, 49, 1 : 1-18., n° spécial *La législation sanitaire à l'aube du XXIe siècle*, Genève, OMS, 1998, XVII-289 p.

⁹⁰³ L. 1412-1 à L. 1412-6 du Code de la santé publique.

⁹⁰⁴ La miniaturisation de l'être perçu atomistiquement recèle des enjeux cruciaux abordés dans un Avis n° 96, *Questions éthiques posées par les nanosciences, les nanotechnologies et la santé*, janvier 2007.

avoir une influence aussi forte que leur proximité à la pratique ne le permette.⁹⁰⁵ Voilà pourquoi, afin de comprendre comment l'impact d'une réflexion peut engendrer un comportement normé, alors même que la dite norme n'a point obtenu de reconnaissance dans l'ordre de la règle de droit, il convient de s'intéresser aux liens tissés entre les intervenants concernés par la production normative, qu'elle soit *effective* dans l'ordre juridique des choses, ou encore *spéculative* dans l'ordre juridique, mais à caractère effectif dans l'ordre de la pratique, eu égard aux notions et à leur portée normative en elle-même, en quelque sorte indépendamment de leur contexte.

405.- En apparence, le CCNE procéderait à une simple réflexion qui présupposerait acquis les termes de *déontologie*, d'*éthique* et de *droit*. Si, nous l'avons dit, le Comité ne peut rien affirmer de façon péremptoire en matière d'opposabilité de droit en ces domaines respectifs, les uns pris indépendamment des autres, il semblerait qu'il puisse en revanche induire un amalgame entre ceux-ci, en répondant à des questions relevant d'une relation sous-jacente effective de ceux-ci.

406.- Au regard de la médecine contemporaine, ces termes serviraient « d'instrument de régulation »⁹⁰⁶. Il convient donc de comprendre que si le droit est la norme, il devrait l'être indépendamment de la norme médicale, et même il serait possible de prendre le risque d'affirmer, qu'en réalité, il l'inféode. Celle-ci, quant à elle, est inféodée à la technologie dont elle dépend, relevant des différents savoirs qui la composent. Pour devenir effective, applicable et pratique, elle doit obéir à des règles de comportement qui sont édictées par le code de déontologie. Les questions de droit sont résolues devant les tribunaux de droit commun privé, civil ou pénal. Les questions de pratiques médicales sont quant à elles soumises à l'ordre national des médecins, qui en réfère au Conseil d'Etat, qui est garant de la juste application du code de déontologie. On voit donc que les matières sont en apparences compartimentées. Toutefois, les assimilations de langages communs à différentes sciences permettraient d'imposer des approches consensuelles. Car si l'éthique philosophique n'a pas exactement la même définition que celle du langage médical, la *bioéthique* serait justement la science destinée à niveler les langages, en associant des rapports sémantiques communs, de

⁹⁰⁵ B. Feuillet le Mintier, I. Sera, R. Charignon, M-L. Moquet-Anger, S. le Bris, L. Luther, P. Pedrot, *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*. Paris, P.U.F, Coll. droit & justice, 1999 :

« S'agissant des Comités Régionaux d'éthique, il apparaît que les normes dégagées, bien que dépourvues de force obligatoire, exercent néanmoins une influence incontestable dans la pratique médicale. ».

⁹⁰⁶ *Ibid*, p. 6.

telle sorte qu'ils puissent s'imposer, ou tout au moins influencer dans le domaine de la production normative.

3. L'effectivité de l'influence *spirituelle* du comité

407.- Le Comité, grâce à sa composition polymorphe, pourrait se permettre de donner une réalisation effective de la synthèse des différentes entrées de sa réflexion. Ainsi, c'est à partir des notions *sus* visées, ayant un lien sous-jacent entre elles, que seul le comité pourrait en faire apparaître les rapports intrinsèques communs, au moyen d'un langage qui les exprime par une « finalité similaire et [...] des frontières ténues. »⁹⁰⁷ .

408.- Le rôle apparent du CCNE serait d'inspirer le législateur dans sa mission d'encadrer les pratiques médicales par la norme, mais aussi et plus directement la pratique, de manière concrète, en dirigeant les praticiens vers les techniques permettant un respect conjoint des différentes sources des responsabilités de leur profession. Pourtant il nous est apparu que la place du CCNE serait tout à fait centrale dans le processus décisionnel des praticiens⁹⁰⁸. Il apparaît que les avis du CCNE seraient autant de matrices préparant la mise en application des pratiques médicales ; mais plus encore il semblerait que les avis du comité permettraient de légitimer les actes pratiqués, en avance sur leur admission légale⁹⁰⁹. Ainsi pourrions-nous ici introduire cette idée en se référant aux possibilités d'accompagnement à la mort, prenant les apparences de pratiques euthanasiques, fussent-elles passives⁹¹⁰. Le renoncement à accompagner par l'administration de soins, sinon appelé refus de tout *acharnement thérapeutique*⁹¹¹, serait avant tout une innovation du comité.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ Diriger en pratique n'est pas expressément apparent dans la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 qui introduit au Code de la santé publique un art L. 1412-1 qui dispose que « le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. ». La formulation est vague et laisse penser que chacun, praticien ou simple citoyen, peut s'appuyer sur les recommandations du comité de telle sorte que faute de dispositions légales, ou encore de jurisprudence traitant d'une question, il ne puisse tout de même lui être opposée l'expression d'une opinion sans fondement.

⁹⁰⁹ La valeur normative est apparente en tant qu'a priori à la loi. Les recommandations visent à inspirer le législateur qui bien souvent à repris à son compte les éléments relevés ; quand législateur et membre du comité n'étaient pas les mêmes (voir le rôle de M. Léonetti.) De plus ajoutons que la recommandation en tant que telle est un concept émanant du droit administratif général et dont la valeur est suggérée en matière de santé relativement à celles énoncées par la HAS (Haute Autorité de Santé).

⁹¹⁰ Légalisées depuis la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, « Laisser mourir sans faire mourir ».

⁹¹¹ Devenu obstination déraisonnable depuis la loi du 22 avril 2005. Voir en ce sens les avis n°63, n°65, n°87 notamment où le comité prend clairement position contre tout acharnement thérapeutique, considérant et

409.- Il ferait suite à des années d'acharnement contre la mort, où les thérapies avaient pour objectif de maintenir la vie coûte que coûte, le plus souvent contre la volonté même du patient⁹¹². A l'écoute de leurs requêtes, ainsi que de celles des praticiens, le comité a pu élaborer une réflexion faisant une priorité de la lutte contre *l'acharnement thérapeutique*. Cela devenait de plus en plus pressant tant les réponses contre celui-ci suggéraient, en de nombreuses occasions, leur exact contraire, à savoir provoquer la mort par anticipation thérapeutique excessive, ou encore par omission de soins. Si de nombreux cas sont très certainement demeurés dans le secret, d'autres ont défrayés la chronique et imposé, dans le début des années 90, le débat sur ce que l'on nomma alors l'euthanasie⁹¹³.

410.- C'est le CCNE qui s'est saisi de la question, pour rejeter dans un premier temps, sur un plan théorique, l'euthanasie distinguée entre passivité ou activité⁹¹⁴. Cependant, pour faire face au problème de la souffrance devenue insupportable dans les cas considérés comme irréversibles, le comité s'est clairement positionné en faveur de l'abandon de tout *acharnement thérapeutique*, permettant par là même de légitimer les refus de soins des patients, euthanasie passive déguisée⁹¹⁵.

4. Tentations d'introduction au *corpus* légal

411.- Ces considérations introduites au *corpus* légal ont permis de ne pas faire entrer directement l'euthanasie dans le champ de la loi française, tout en permettant une *entre-*ouverture avec une marge d'appréciation réservée par la loi quant aux situations ou un

concedant pourtant la reconnaissance que le refus de tout acharnement thérapeutique « peut précipiter l'instant de mort ». Le comité reconnaît donc entrouvrir la porte vers une marge d'appréciation interprétative permettant aux praticiens de considérer les limites légales comme pouvant être élastiques.

⁹¹² Le Comité semble même avoir été créé en vue de lutter contre ce type de pratiques médicales. Le tout performant apparaissant être le symptôme des années 70-80 ayant conduit à une pratique mécanique de la médecine, niant le rapport sensible à la personne.

⁹¹³ Le premier avis du CCNE portant sur la question de l'euthanasie s'opposait à toute forme d'anticipation de la mort ; voir Avis n° 26, Avis concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs, 24 juin 1991. Le comité est en revanche favorable à l'introduction d'une forme adoucie d'euthanasie, pour la première fois dans l'avis n° 63, Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie, 27 janvier 2000.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ Ce qui en l'espèce apparaît être la preuve indiscutable de l'effectivité *quasi* normative sur les pratiques médicales, de telle sorte que le législateur dut consacrer ces protocoles sur le plan légal par la loi du 22 avril 2005 qui rend grâce aux praticiens en réintroduisant un concept fondateur du droit de la responsabilité, l'autonomie de la volonté, du patient. C'est là le parachèvement de la démocratie sanitaire de la loi du 4 mars 2002.

traitement pourrait devenir une *obstination déraisonnable*⁹¹⁶. Ainsi, le comité invite à établir une réflexion, collégiale⁹¹⁷, au sein des services, d'où la création de comités d'éthique régionaux et locaux⁹¹⁸ au niveau préparatoire de la réflexion, et l'introduction légale de procédures collégiales de décision au niveau exécutoire de la pratique⁹¹⁹.

412.- Cependant, le comité voyant parfois ses termes repris par le législateur, inviterait tout autant les praticiens à apprécier d'eux-mêmes les situations dans leurs limites⁹²⁰. Nous ne voulons en aucun cas porter une quelconque accusation ou un quelconque discrédit sur le comité, cependant nous entendons considérer que les avis, n'ayant pas de portée légale, en auraient une spéculative, pouvant avoir un impact considérable sur les esprits des praticiens qui ne seraient pas toujours suffisamment formés aux questions psychologiques, et surtout aux questions *éthiques*⁹²¹. C'est ainsi que nombre d'affaires criminelles au sein des hôpitaux trouveraient racines dans les interprétations abusives de praticiens désemparés face à la souffrance de la fin de vie d'une personne, et ainsi traverseraient la mince frontière séparant l'abandon de *l'acharnement thérapeutique* de l'assistance à la mort. Le passage est celui du statut déontologique au statut pénal⁹²².

⁹¹⁶ L'autonomie de la volonté est ici conditionnée selon des modalités spécifiques à la situation du mourant définies par l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique auxquelles peuvent être ajoutées les tempéraments d'une part des dispositions de l'article L. 1110-10, ainsi que ceux de la jurisprudence du Conseil d'Etat opposant toujours la possibilité du médecin de continuer son obligation de soins CE 16 août 2002, *Feuillatey*, sur lequel nous reviendrons. Enfin, notons que l'article L. 1111-6 pourrait aussi constituer un tempérament moins directe et sur lequel il conviendra de revenir.

⁹¹⁷ La procédure collégiale est une des caractéristiques de la loi de 2005, confirmant la démarche de démocratisation sanitaire de la loi du 4 mars 2002. Voir décret n° 2006-120 du 6 février 2006, ***relatif à la procédure collégiale prévue par la loi du 22 avril 2005***.

⁹¹⁸ Les modalités entreprises par le comité national se retrouvent des les comités locaux. Il apparaît alors un appareil *quasi* politique d'élaboration d'une étude préliminaire aux politiques de santé publique.

⁹¹⁹ Articles L. 1111-4 et L. 1111-13 du code de la santé publique.

⁹²⁰ G. Mémeteau considère à ce sujet qu'il est préférable de « laisser au milieu de la recherche biomédicale le soin d'édifier sa propre règle et son système de contrôle » respectant ainsi le « principe de subsidiarité. » ; C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., *ibid*, p. 57. Cette interprétation semble laisser le comité seul dans l'élaboration d'une règle à caractère juridique en parallèle de la règle de droit, s'inspirant de celle-ci sans en être.

⁹²¹ Au sens d'une éthique première, philosophiquement connotée, la philosophie en tant que seule dimension qui ne ferme pas ses portes à *l'être* qui la porte. L'éthique médicale est effectivement enseignée, mais repose bien plus sur des questions pratiques et déontologiques extérieures à l'homme. Cette éthique là est authentiquement *bioéthique*, et se décline indéfiniment en une multitudes d'approches sémantiques, nominalistes et empiriques. Notons à ce propos la pléthore d'ouvrages à connotation éthique et juridique indisponibles dans les bibliothèques universitaire de droit et présentes dans celles des facultés de médecine.

⁹²² Voir par exemple le cas de Christine Malèvre condamnée à 12 ans de réclusion criminelle : CA ass. de Paris, 15 octobre 2003. Elle est *conditionnable* depuis le 1^{er} janvier 2008...

5. La valeur spécifiquement obligeante des productions du comité

413.- Le rôle du CCNE serait largement sous-estimé si l'on voulait le limiter à son seul apport informatif⁹²³, dû à une réflexion collégiale indépendante, énonçant des recommandations⁹²⁴. Ces dernières ont une valeur aléatoire en raison des différentes interprétations énoncées par les Hautes Cours de droit privé et de droit public. En matière judiciaire il est admis que les recommandations du domaine scientifique sont considérées en tant qu'elles doivent être prise en compte dans le faisceau d'indices permettant d'évaluer la responsabilité du professionnel de santé⁹²⁵. Comprendons *a contrario*, interprétant extensivement cette solution, que le professionnel de santé pourrait, et même devrait, selon la Cour de cassation, s'appuyer sur les recommandations émanant des autorités scientifiques en matière de santé. Si la question est depuis longtemps tranchée en matière judiciaire, ce n'est que récemment que le Conseil d'Etat s'est penché dessus⁹²⁶.

414.- C'est en 2009 que la Haute Cour administrative vient préciser ce qu'elle entend quant à la valeur des recommandations énoncées par les autorités de santé, en l'espèce celles de la Haute Autorité de Santé⁹²⁷. Le Conseil d'Etat consacre sa jurisprudence précédente en rappelant que, si la formulation de la recommandation n'est pas en mode impératif, alors

⁹²³ Voir en ce sens J. Ch. Galloux, *Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?*, in, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 248, in, C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., p. 62.

⁹²⁴ Voir en ce sens C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., pp. 57-65.

⁹²⁵ Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 2-3 février 1994, note Dorsner-Dolivet : tout comme pour l'ancienne déontologie médicale, non pas celle moderne codifiée et entrant dans le champ de la norme juridique, mais celle qui façonnait les usages médicaux et constituait ainsi un règle de droit en tant qu'usage (TGI de Nice 25 septembre 1957, *Gaz. Pal.* 1957, II, 246), les avis du comités doivent être considérés comme une règle autonome dont la normativité n'est pas établie, mais effective dans l'appréciation des décisions émanant de la Haute Cour. G. Mémeteau considérant qu'à ce sujet il est préférable de « laisser au milieu de la recherche biomédicale le soin d'édifier sa propre règle et son système de contrôle » faisant respecter ainsi le « principe de subsidiarité. » démontre que les recommandations du comité ont une valeur normative interne qui prime sur toute autre en raison de son caractère approprié; C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., *ibid*, p. 57.

⁹²⁶ Une ébauche de réponse apparaît dans deux arrêts de 2005 : CE. 12 janvier 2005, X. et CE. 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins, RDSS*, 2006, 53, note D. Cristol. Dans le premier, le Conseil d'Etat confirme la condamnation d'un médecin qui n'avait pas suivi une recommandation émanant de l'ANAES actuel HAS, considérant que la dite recommandation était incluse aux données acquises de la sciences, celles-ci devant être suivies par le professionnel de santé en application de l'art. 32 du Code de déontologie médicale, art. R. 4127-32 du Code de la santé publique. Dans le second, la Haute Cour administrative renvoie à sa jurisprudence sur les circulaires administratives (CE. Sect. 18 décembre 2002, *Duvignères*, Lebon 463, concl. P. Fombeur). Ainsi le juge précise que si la recommandation est formulée sous un impératif, elle est opposable en ce qu'elle pourrait causer un grief dans son non respect. Dans le cas contraire elle ne le serait pas.

⁹²⁷ La HAS est créée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, *relative à l'assurance maladie*. Son rôle est bien plus technique sur un plan médical que celui du Comité Consultatif National d'Ethique. Cependant notons que l'esprit est le même, à savoir cadrer les pratiques médicales dans des définitions relativement dogmatiques des pratiques et des acteurs de la santé.

celle-ci n'a valeur que d'avis qui ne peut donc en aucun cas être opposable dans l'hypothèse de non respect⁹²⁸. Ainsi, si le comité fut au départ l'autorité sanitaire de référence en matière éthique, rendant des avis de simple valeur, la loi du 6 août 2004⁹²⁹ a fait muter les avis en recommandations, de telle sorte que la valeur *quasi* normative de ceux-ci dépendrait de leur seule formulation. Sous tutelle statutaire et budgétaire ministérielle, le comité apparaîtrait être dès lors une institution politique, un appareil de pouvoir déconcentré, un sous-traitant de l'exécutif dans l'élaboration de la loi⁹³⁰, même si cette dernière peut paraître subsidiaire tant les recommandations des comités imprègnent la pratique⁹³¹.

415.- C'est en ce sens que *le droit des comités* serait compris ici comme la production normative des comités. Celle-ci aurait un impact réel sur les droits de la *personne* en ce sens que la spécification des droits du mourant se retrouverait jusque dans l'hypothèse d'une *incapacification* de celui-ci, retrouvée dans la limitation, présumée dans son intérêt, de la jouissance des droits attachés à sa personnalité juridique.

Section.III. Conservation et dissolution des effets des droits de la personnalité juridique du mourant à l'hôpital *la mise à l'épreuve dans le temps*

416.- Nul n'est besoin d'entrer plus en détails quant aux conditions de perte de la jouissance de la personnalité juridique⁹³². Comprenons que celui qui meurt à hôpital se verra appliquer les règles de droit concernées au moment de sa mort⁹³³.

⁹²⁸ CE, 12 octobre 2009, *Sté Laboratoires GlaxoSmithKline Biologicals*, AJDA 2010, p. 1889, note B. Arvis.

⁹²⁹ Loi du 6 août 2004.

⁹³⁰ Gérard Mémeteau parle quant à lui de « législateur de substitution ».

⁹³¹ Voir en ce sens quant à *la subsidiarité de l'intervention législative*, C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., *ibid*, p. 61. G. Mémeteau estime que ce mouvement de subsidiarité de la loi, de telle sorte qu'elle ne formulera les recommandations du comité qu'en cas de nécessité juridico-politique, participe d'un « courant de dérégulation de l'action biomédicale ». Cette dérégulation est assimilable dans l'ordre de la philosophie politique appliquée au domaine concerné en tant que déconcentration des institutions de l'Etat, des pouvoirs de l'Etat ; ce dernier tisse ainsi des ramifications permettant un contrôle de plus en plus détaillé et total sur l'ensemble des activités à caractère médical sur le territoire, l'autorité tutélaire demeurant étatique en l'organe ministériel.

⁹³² Depuis l'abolition de l'esclavage, nul être vivant ne peut être considéré comme une personne sans qu'elle ne jouisse pleinement, ou partiellement de sa personnalité juridique, à savoir des droits objectifs et subjectifs concernés par l'ensemble de la règle de droit applicable de l'Etat dont elle dépend, mais également des droits communautaires et internationaux applicable et en vigueur.

⁹³³ L'art. 2 du Code civil précise l'immédiateté de l'application de la loi dès son entrée en vigueur. Ceci pose le problème de la jouissance de droits reconnus comme fondamentaux pour ceux qui sont dès lors mort en dehors

417.- Le traitement en serait assez différent durant la période dite de l'*ante mortem*. La personne mourante, désormais susceptible de relever d'un ensemble significatif de normes, de telle sorte qu'il soit possible de le désigner derrière un concept, trouverait donc une spécification totale de son statut. Une approche d'abord théorique, puis philosophique révélerait les limites d'une telle conceptualisation ; le statut juridique semblerait insuffisant, en raison d'une approche pluraliste, celle d'une *bioéthique* nécessairement, car originellement pluridisciplinaire, demeurant dans le domaine physique de l'être. En réalité, c'est au genre *personne*, plus large en son domaine d'application, qu'il serait judicieux que le droit positif renvoie la notion limitative de mourant. De fait, celle-ci n'existerait pas à proprement parler, ni dans le langage du législateur, ni dans celui du juge, et tout au plus ne serait perceptible que dans certaines doctrines⁹³⁴.

418.- Il s'agit d'un concept *impolitiquement* correct auquel sont préférés les euphémismes de la mort. Cependant, la période de l'*ante mortem*, caractéristique du concept de mourant, s'étendrait, essentiellement, de l'annonce du caractère irréversible d'une pathologie jusqu'à son issue mortelle. C'est durant cette période que la *personne* serait dite mourante, « contrainte de partir toute à l'heure »⁹³⁵.

419.- Le processus juridique d'anticipation de la dissolution définitive des effets de droits attachés à la jouissance de la personnalité juridique prendrait racine dans cet état de manifestation de l'*être* qui semble marquer le début de la *dégénérescence* de la normalité de la vie. Or, c'est durant cette période de dissolution que la conservation des garanties propres à jouir de sa personnalité juridique semblerait devoir être renforcée. Il y aurait opportunité à renforcer les contours du droit de celui qui le revendique, parce qu'il en serait *a priori* dépositaire, dès qu'il ne pourrait plus en jouir dans les conditions normales d'exécution du dit

du cadre dessinant la dignité. Cette dernière obéirait à une pluralité de définitions, niant ainsi son unité première. Devrions nous affirmer que toutes les personnes décédées avant 2005 l'ont été au mépris de leur dignité ?

⁹³⁴ Voir notamment Recommandation 1418 du Conseil de l'Europe en 1999, ou certains passages chez D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 223.

⁹³⁵ La citation complète étant, « Un mourant qui comptait plus de cent ans de vie Se plaignait à la Mort que précipitamment Elle le contraignait de partir tout à l'heure Sans avoir fait son testament », J. de La Fontaine, *Le Mort et le Mourant*, Fables. Le mourant est celui dont la vie s'éteint et dont il est notoire qu'elle s'éteint. Son appréciation reste vague tant la mort qui ne prévient pas peut se laisser suggérer quelques heures comme quelques mois. L'affaire dite Karen Quilan en est une manifestation parfaite ; voir D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 219.

droit⁹³⁶. La garantie serait maximale⁹³⁷ si le respect du droit commun considéré de manière générale ne pliait pas sous le poids des *bioéthique, biodroit, biomédecine, biothéologie...* spécifiques⁹³⁸. Ainsi, nous affirmons que dans l'intérêt supérieur de la *personne*, devant laquelle aucun droit ne peut prévaloir, le statut légal de mourant devrait demeurer exceptionnel dans la défense des droits de la *personne* hospitalisée, ce qu'il est avant tout.

420.- Ces quelques précisions faites au sujet de ce qui pourrait être la meilleure garantie, il faudra en l'espèce préciser les modalités permettant d'identifier un autre critère effectif de juridicité du statut de mourant. **Il s'agirait des sûretés offertes par le devoir d'information⁹³⁹ de la personne au cours du processus de mortification, ou comment dire à une personne qu'elle va mourir.** Cette question épineuse sur un plan psychologique, est sans aucun doute, par hypothèse, l'élément originel ultime quant au devoir d'informer le malade, en raison du consentement que le mourant doit donner en vue de recevoir ou refuser un traitement pouvant entraîner sa mort.

421.- Démontrons alors que ce devoir, qui repose en droit sur la nécessité de requérir le consentement de la personne, une fois appliqué au domaine médical, causerait une mutation faisant de la nécessité du consentement le soutien d'une présomption *pré établie, ipso facto*, qui serait celle de l'incapacité présumée du malade (**Paragraphe.I**). Incapacité à comprendre l'exactitude de sa situation, car cette dernière résumée à son seul statut de mourant⁹⁴⁰. Il s'agira de dégager de ces conclusions, une première approche relative aux modalités tendant à transmettre, à la personne dite de confiance, certains aspects de jouissance de la personnalité

⁹³⁶ Il s'agit d'une mesure spéciale en vue de protéger la personne d'excès extérieurs. Il en est ainsi de certaines mesures de protection relatives aux personnes incapables ; ainsi parle-t-on de curatelle renforcée : art. 472 du Code civil.

⁹³⁷ Et l'ensemble des droits applicables à la protection de la personne avec, au-delà de son seul statut de mourant qui n'a point d'effet *a priori* en droit.

⁹³⁸ Cette pléthore de *biosciences* suggère la diversité des approches du respect de la vie appliquée. Car rappelons que le préfixe *bio* vient du grec *bios* qui signifie la vie. Ainsi, toutes les matières ayant un *biopréfixe* sont autant de spécifications de leurs applicabilités dans les domaines de la vie. Ceci suggère donc la partialité et l'approche partielle de ces sciences lorsqu'elles envisagent la personne intégrale en n'abordant que certains aspects de la vie. Le problème des sciences de la vie est posé, éthique, droit, médecine, théologie, ayant un langage commun, mais se niant les unes et les autres jusqu'à retrouver le dénominateur limitatif commun qu'est en l'occurrence le *bios*. Avant d'être spéciales et communautarisées, les sciences juridique, médicale, théologique, s'appuyant sur les mêmes objet d'étude, convergeaient dans des enseignements commun et s'harmonisaient intuitivement en la *personne* dès lors que le droit était interrogé relativement à une cause de dommage.

⁹³⁹ Le devoir d'information de la jurisprudence Mercier à nos jours a connu de nombreuses évolutions et a fait muter une obligation de résultat en une obligation de résultat renforcée faisant peser sur le médecin la charge de la preuve depuis un arrêt de la Haute Cour privée le 25 février 1997. C'est à l'occasion d'un arrêt de 1961 que le juge de la Haute Cour énoncera pour la première fois l'obligation sous une forme archaïque: C. cass. civ. 21 février 1961, *Bull. civ. I.* p. 92, l'information doit être « simple, approximative, intelligible et loyale ».

⁹⁴⁰ Toute description limitative engendre la confusion.

juridique, car, depuis la loi de 2002⁹⁴¹, il ne serait plus possible d'en faire autrement (Paragraphe.II.).

Paragraphe.I. La présomption d'incapacité, ou, la perspective d'un fondement de l'obligation du consentement à l'origine du devoir d'information

La conservation des droits

422.- Informer c'est dire à celui qui va recevoir précisément ce qu'il va recevoir, ou bien encore, est susceptible de recevoir. Et il en serait ainsi de la transmission de l'information en matière médicale ; elle constituerait une « belle promesse » dans la mesure où elle contribuerait à conserver les droits du mourant (A.). Pourtant, c'est en reposant sur une lecture idéaliste et sceptique, considérant le mourant comme *a priori* incapable (B.) que la transmission de l'information serait en réalité un système régulant les rapports entretenus avec le médecin (C.).

A. Une belle promesse de conservation des droits,...sans suite

423.- Il existerait, dans l'appréciation du personnel soignant regardant le mourant, une présomption d'incapacité ; celui-ci devrait la supporter dès lors que son état de santé semblerait être affecté psychologiquement et moralement, au-delà du seul physique. C'est en considérant cette présomption comme acquise, qu'il conviendrait de s'interroger quant aux fondements théoriques qu'elle porte en tant que ceux-ci représentent des présupposés philosophiquement fondés. De plus, il est évident que le devoir d'information est devenu d'autant plus nécessaire dans une contexte le considérant comme présumé incapable, ignorant de son propre état. Ainsi, il s'agirait de faire apparaître les fondements théoriques d'une telle conception du mourant, lui promettant pourtant par là de préserver ses droits.

424.- Par un effet de spécification réducteur, l'individualisation des rapports entraîne une dégradation des droits. De tout temps, le médecin a entretenu un rapport parfois

⁹⁴¹ Art. L. 1111-6 du Code de la santé publique introduit par la loi du 4 mars 2002.

confinant jusqu'à l'intimité, se faisant ami du malade, l'accompagnant jusqu'à son dernier souffle. En est-il meilleur exemple que l'auguste médecin du malade imaginaire⁹⁴²? Comprendons que si une telle relation est déontologiquement ordonnée, elle a évolué dans le temps corrélativement à la diversification des rapports humains. Et l'individualisation des rapports a eu pour conséquence d'éloigner l'intimité du malade de son médecin.

425.- Ce qui allait de soi dans l'information a dû être normé, et c'est la loi de 2002 qui a rendu obligatoire le devoir d'informer le malade. Elle a ainsi borné ce qui est devenu une obligation légale, relevant de l'application conjointe du Code de déontologie médicale ainsi que du Code de la santé publique. Cette obligation incombe au médecin⁹⁴³, mais plus largement à toute personne considérée, selon une abondante jurisprudence⁹⁴⁴, comme relevant du personnel de soins, et à même de donner une information au patient sur son état de santé, et sur les modalités de son traitement, ou encore sur les protocoles qui ont été, sont ou seront suivis.

426.- Selon le juge de la Cour de cassation, « cette obligation trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁹⁴⁵. Or, si pendant longtemps cela tombait sous le sens, il semblerait que la

⁹⁴² Chez Molière, le malade imaginaire n'est autre que le patient freudien hypocondriaque dont la confiance de son médecin est aussi patience.

⁹⁴³ Depuis l'arrêt C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, la Cour a précisé que la charge de la preuve que l'information avait été correctement énoncée incombe au médecin. Et c'est sur la définition de l'obligation d'informer telle que définie par la Cour que la Cour elle-même interprète ce devoir moral : voir C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 1997, *Bull.* n° 278 et 20 juin 2000, *Bull.* n° 193. On retrouve les premières traces de ce devoir dans le caractère contractuel de la relation médecin malade consacrée dans l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936. Cette affirmation reposant sur le droit commun des contrats : une étude exhaustive des sources d'interprétation de la jurisprudence serait aussi fastidieuse qu'inutile. Notons seulement que l'obligation d'information irradie l'ensemble du droit, et notamment du droit des contrats. Le vice du consentement pourrait être retenu comme un des moyens de consacrer une obligation d'information comme dans le droit des contrats civils et commerciaux. En ce sens, la relation médecin malade intensifiant son lien commercial, il est admissible d'y trouver une entrée. Notons au surplus qu'il existe un régime spécifique de protection des droits du salarié malade de telle sorte qu'il doit pouvoir conserver sa place au sein de l'entreprise qui l'emploie (une fois de plus une telle disposition relève en réalité du droit commun qui repose sur le Préambule de 1946, l'interdiction de toute discrimination y compris à raison de sa santé). Ce dispositif fut initié par le Conseil de l'Europe qui dans la Directive-cadre 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, largement transcrite en droit national notamment aux articles L. 4111-1 à L. 4152-2 du Code du travail, et visée par la chambre comme source d'interprétation des textes français, fait peser sur l'employeur et le salarié une obligation de sécurité, proclame la nécessité d'une politique de prévention des risques professionnels et édicte un certain nombre de principes et de mesures propres à rendre ceux-ci effectifs. Et il y a là le principe dur respect d'une information suffisante quant aux risques liés à l'accomplissement du travail même. Une telle obligation être considérée comme pesant au sein de l'établissement de santé.

⁹⁴⁴ C'est en effet la jurisprudence de la Cour de cassation qui dégage cette obligation d'information ; cependant elle est d'abord exclusive du corps des médecins. Ce n'est que plus tard que l'art. 5 du décret n° 2002-194 du 11 février 2002, *relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier*, va introduire une telle obligation dans la définition des actes professionnels et les modalités d'exercice de la profession d'infirmier.

⁹⁴⁵ C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, préc., *Bull.* n° 249 Rapport annuel 2001 p.421, préc.

diversification des protocoles de soins, ainsi que la complexification des traitements aient rendu nécessaire que le malade soit plus en détails informé de ce qui le concerne, et ce en vue d'être mieux protégé dans l'acceptation ou le refus de soins, à savoir le droit fondamental à voir respecter l'expression de son consentement éclairé⁹⁴⁶.

427.- Une telle obligation déshumaniserait en conséquence le rapport au malade en rendant celui-ci technique, et s'éloignant des enjeux de l'existence entendue, au sens le plus profond du terme⁹⁴⁷. Pourtant il conviendrait de ne point généraliser une telle observation, car cela dépendrait uniquement des personnes en présences. En revanche, il est nécessaire de comprendre quel est le fondement théorique sur lequel repose une telle conception de la nécessité de borner l'information du malade⁹⁴⁸. Car si le consentement ne peut être remis en cause, sauf cas exceptionnels sur lesquels nous ferons ultérieurement détails⁹⁴⁹, celui-ci dépend nécessairement d'un échange entre le médecin et son patient. Dès lors, le cadre de l'expression des termes de l'information recèle un fondement théorique et philosophique sous-jacents qui nous permettra de supposer les raisons qui ont conduit le législateur à borner une telle information.

⁹⁴⁶ En 2007, la Haute Cour affirmait clairement que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » : C. cass. 1^{ère} civ. 06 décembre 2007, *D.* 2008, p.192, note P. Sargos, *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral* ; *D.* 2008, p.804, note L. Neyret *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels* ; *JCP G*, 2008, I, 125, obs. P. Stoffel-Munck. ; voir consécration en droit public, CE, Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart.*, RFDA 2008, p. 1023, note S. Boussard. ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, préc.

⁹⁴⁷ Il s'agit là de rappeler tout l'enjeu de la distinction entre le discernement sur un plan médical et celui sur un plan juridique. Voir notamment en ce sens D. Manaï, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., pp. 36-43.

⁹⁴⁸ Voir sur le fondement de l'autodétermination, D. Manaï, *ibid*, pp. 31-60. L'auteur rappelle que le juriste considère comme systématiquement illicite « toute intervention sur le corps humain, fût-elle minime et banale, ainsi que tout traitement de données personnelles. » Voir encore l'approche personnaliste volontariste positiviste de D. Blondeau, E. Gragnon, *De l'aptitude à consentir au traitement ou à le refuser : une analyse critique*, Les Cahiers de droit, Université de Laval, 1994, 35, pp. 670-671 : « L'autonomie visait d'abord à faire valoir les préférences du patient et non la seule expertise médicale, puis à défendre certaines valeurs et une certaine idée de la vie bonne et non pas l'autonomie pour elle-même. »

⁹⁴⁹ Et dont l'art. 16-3 du Code civil fait état en autorisant l'attente à l'intégrité de la personne contre son consentement dès lors que celle-ci représente une cause de sauvegarde de la vie.

B. Les fondements théoriques et spéculatifs, ou l'incapacité présumée à l'origine de l'obligation d'informer.

428.- Le fondement théorique de l'information reposerait sur une justification légale implicite de présomption d'incapacité du malade. Il convient pour cela de se référer aux textes rendant obligatoire l'information. Ce sont deux articles du Code de déontologie médicale qui rappellent le principe : l'article 35 du Code de déontologie médicale impose, en effet, au médecin qu'« il doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose » ; l'article 41 du Code de déontologie médicale précise qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement »⁹⁵⁰. Or, une telle règle ne semblerait suffire, et en matière de défaut d'information sur les risques d'une intervention chirurgicale, la Cour de cassation a révisé sa jurisprudence. Les juges de la Haute Cour ont⁹⁵¹ consacré la solution selon laquelle l'absence d'information du patient cause, en elle-même, un préjudice indemnisable, sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Nous notons en ce sens que la Cour se positionnerait quant à un retour du caractère extra-contractuel, de nature civile, au-delà de l'approche exclusivement administrative, dans les rapports noués entre patient, médecins et établissement public de santé.

429.- En vue de rappeler à quel point il est nécessaire de prendre en charge la réparation née de tous les types de défauts en matière d'information, un nouveau dommage moral est reconnu : le préjudice « d'impréparation »⁹⁵². Certains auteurs qualifient déjà cet arrêt comme étant historique, s'inscrivant ainsi dans la lignée de ceux considérés comme fondateurs de la responsabilité médicale, tel l'arrêt *Thouret-Noroy*⁹⁵³,

⁹⁵⁰ Cette disposition faisant bien évidemment écho à l'obligation de droit commun de l'art. 16-3 du Code civil interprétée extensivement dans le domaine public de la déontologie médicale. La constante du droit public en la matière est de dissoudre le droit commun dans une spécification limitative, respectant par là le programme des empiristes juridiques ; voir notamment A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, LGDJ, La pensée juridique, 2004.

⁹⁵¹ C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, note P. Sargos, *Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information*, D. 2010, p.1522.

⁹⁵² *Ibid.* Voir dans le même sens pour une confirmation, C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, D. 2012, p. 1794.

⁹⁵³ Req., 18 juin 1835, DP 1835.1.300, concl. Dupin ; S.1835.1.401, arrêt reconnaissant l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art.

l'arrêt *Mercier*⁹⁵⁴ ou encore l'arrêt *Teyssier*⁹⁵⁵. Ici, la décision d'appel est cassée au visa des articles 16, 16-3 alinéa 2 et 1382 du Code civil. Ces fondements légaux ne sont en rien, en apparence, et en apparence seulement, en lien avec une quelconque responsabilité médicale. Pourtant, la Cour de cassation affirme « qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir et que le non-respect du devoir d'information qui en découle 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 »⁹⁵⁶. Ainsi il devient évident que l'obligation d'informer reposerait non plus sur le droit spécial attaché à l'application du Code de déontologie, mais bien plus encore de l'application du droit commun des personnes, et plus particulièrement des libertés fondamentales.

430.- Dans la réparation du préjudice née du dommage, le malade, ou encore les ayants droit du mort pourraient entendre élargir la notion même de dommage, l'absence de l'information pouvant engendrer en elle-même celui-ci. Ainsi, la responsabilité du médecin serait de plus en plus largement entendue, et ce afin de faire entrer toutes les possibilités de ne point nier l'existence d'un préjudice. Et il est fort à parier que l'insuffisance de l'information équivaudrait à l'absence, l'absence d'une partie de l'information pouvant être assimilée au défaut d'information, un élément d'information absent pouvant rendre caduque toute l'information. Ainsi, bien que la jurisprudence soit évolutive en la matière⁹⁵⁷, ses conditions propres à spécifier l'application des critères légaux permettrait en quelque sorte d'assurer une systématisation de ceux-ci, garantissant une certaine sécurité au mourant, tout comme à n'importe quel récipiendaire d'une information de nature médicale.

⁹⁵⁴ C. cass.civ., 20 mai 1936, *D.*1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Josserand ; *S.* 1937, 1, 321 note Breton ; *J.C.P.* 1936, 1079, arrêt fondant la responsabilité du médecin sur une base contractuelle dont la transgression peut constituer une faute.

⁹⁵⁵ Req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, *DC* 1942.63 ; *Gaz. Pal.* 1942.1.177, arrêt reconnaissant pour la première fois la notion de droits du patient en affirmant le principe du respect du consentement préalable du malade à des examens ou à la mise en place d'une thérapeutique.

⁹⁵⁶ C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

⁹⁵⁷ *Ibid*, ainsi que plus récemment semblant être une confirmation C. cass. 12 juin 2012, préc, malgré C. cass. 26 janvier 2012, préc. conservant le critère contractuel.

C. Systématisation des rapports et des droits.

431.- Dès lors que la volonté du patient serait garantie par une reconnaissance générale du préjudice, il conviendrait de comprendre que le médecin se retrouverait dans une situation où il se devrait de systématiser son rapport, de lui conférer un caractère exclusivement technique⁹⁵⁸. Et une telle attitude ne pourrait, à terme, que se retourner contre le patient car celui-ci, inondé d'informations techniques, se retrouverait éloigné de questions existentielles qui sont les questions principales se posant à celui qui est au crépuscule de sa vie. Dès lors il conviendrait d'admettre qu'un tel protocole, pesant sur le médecin, conférerait à ce dernier une position de domination sur l'ignorance *a priori* du malade.

432.- Or si un tel protocole est devenu nécessaire par le fait de la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, il est à craindre que le consentement du patient qui s'y trouve rattaché ne puisse qu'en être, en définitive, affecté, l'aspect technique ayant, au contraire de son origine informative et libératrice, des conséquences qui seraient de noyer la conscience du patient, le rendant incapable d'exprimer une volonté éclairée. Ainsi, il conviendrait d'admettre que si l'obligation légale d'informer repose sur l'idée selon laquelle le patient est ignorant de toute question le concernant, c'est en raison du fait que le législateur, et désormais le juge, par complaisance à satisfaire la volonté simplifiée propre aux malades-mourants, auraient exagéré le sens même de l'information, en reconnaissant au requérant leur parfaite ignorance du danger encouru.

433.- Or c'est de cette distinction obtenue que les malades se seraient trouvés être désormais reconnu progressivement comme incapable présumés, puis incapables de fait, la décision d'admettre un protocole thérapeutique rendue quasiment obligatoire dès lors que l'information persuasion a été correctement accomplie⁹⁵⁹. Comprendons que c'est par sa requête que le malade aurait souhaité voir reconnaître son incapacité, et ainsi engendrer

⁹⁵⁸ D. Manai expose deux niveaux de stratification de l'information : la première strate est celle de la communication d' « un savoir scientifique que la patient reçoit » ; puis la seconde « est celle où le malade s'approprie cette information en fonction de sa propre histoire. ». Ainsi, le préalable est bien un postulat scientifique, technique et bien souvent hermétique pour le patient malgré les efforts de simplification opérés par les personnels soignants. Voir D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., *ibid*, pp. 80-82.

⁹⁵⁹ Conformément à l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique, le médecin et l'ensemble du personnel soignant doit convaincre le mourant de l'opportunité de mettre en place tel ou tel traitement parfois au mépris de sa volonté, et pourtant en dehors de tout acharnement thérapeutique et conformément au respect de ses droits élémentaires et fondamentaux.

un droit du médecin à décider indirectement de son sort : la notion de consentement s'en trouverait affectée en ce sens que, sans aspect subjectif, celle-ci ne reposerait plus que sur des critères exclusivement positifs, et niant l'aspect psychologique de la *personne*. Et l'ironie du sort est bien que la Cour a reconnu, le 3 juin 2010, l'existence d'un préjudice moral, psychologique, pouvant naître de l'insuffisance, voir pire encore, de l'absence de l'information délivrée par le médecin. Sans généraliser à l'excès un débat plus global, retenons que les voies de la claustration et de l'uniformisation de la volonté des malades semblent désormais bien bornés, et, sous couvert de protéger le malade, législateur et juge couvriraient de mieux en mieux les pratiques médicales de ceux dont la responsabilité pourrait être mise en jeu.

434.- Une telle entreprise ressemble à s'y méprendre à une forme de délégation de la personnalité juridique, tout au moins du consentement de la *personne*.

Paragraphe.II. Une procédure de délégation progressive de la personnalité juridique

Entre conservation et dissolution

435.- Il est évident que tant qu'aucune décision de justice n'a déclaré la personne incapable, à quelque degré que ce soit, l'ensemble des professionnels de santé doivent permettre de conserver les droits du mourant. Cette obligation se justifierait en présupposant la capacité du mourant à pouvoir discerner ce qu'il est à même de connaître (**A.**). Toutefois, l'introduction d'un référent systématique constituerait une atteinte manifeste à l'unité de la volonté du mourant ; la preuve s'en trouverait pour l'exemple considéré de la personne dite de confiance, interlocuteur privilégié avec le corps médical (**B.**).

A. Présomption de capacité cognitive

436.- Au commencement serait le consentement jugé valable, par validation de la capacité de discernement. Nous l'avons dit, il semblerait qu'un mouvement

d'uniformisation des pratiques médicales provienne du vœu conjoint du législateur⁹⁶⁰ ainsi que de la Cour de cassation, mais aussi du Conseil d'Etat, de protéger à la fois les droits du malade, mais aussi les pratiques médicales, et notamment le devoir d'information préalable, obligatoire à toute thérapeutique. Ainsi, une telle uniformisation confère au médecin un rôle avant tout de technicien ; et au malade, un rôle de receveur d'éléments techniques sur sa santé, en faisant de lui l'*ouvrier* exécutant les injonctions du *bien agir* en faveur de sa santé⁹⁶¹.

437.- Une telle hypothèse correspondrait de fait à une délégation des droits attachés à la jouissance de l'expression du consentement éclairé de la personne, en tant que sujet de droit. En effet, consentir est une chose, mais consentir relativement à un choix restreint ne serait plus autre chose qu'une délégation d'une partie de sa volonté à une volonté extérieure⁹⁶². Or, en dehors de tout cas de mise sous régime de protection, la sujet de droit jouit pleinement de ses droits, et ce quand bien même il se trouverait au sein de l'unité hospitalière, et ce bien que son état de santé ait une quelconque influence⁹⁶³.

438.- La maladie, et plus encore l'état de mourant, ne présupposent en rien une diminution de la capacité cognitive. Car la capacité n'est autre que la faculté de connaître. Les conséquences du choix résultant de la capacité à agir n'ont pas à être considérées en l'espèce, dans la mesure où elles ne peuvent être que spéculatives, la personne n'ayant pas agi : cela signifie que le champ des possibles doit rester lettre morte dans une décision de placement sous régime d'incapacité pour cause d'altération ou d'absence de discernement, et *a fortiori*

⁹⁶⁰ Visible quant aux sources soralles perceptibles dans la loi de 2005 ; voir en ce sens G. Mémeteau, La mort dans la loi. *De quelques relations entre la loi du 22 avril 2005 et des règles morales premières*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

⁹⁶¹ C'est ici que repose le concept de démocratie sanitaire. En effet, participer à l'information retranche son fondement reposant sur le consentement derrière un acquis de nature *psycho-sociale*. La démocratie est ce mouvement de participation du peuple aux décisions qui le concerne ; cependant, elle est aussi la décision prise selon des formulations normatives pré établies, empiriques et positives. La démocratie sanitaire est le pilier de la loi du 4 mars 2002 ; elle est invitée à faire en sorte que toute intervention de soin, thérapeutique ou non, soit participative.

⁹⁶² La démocratie est participative. La liberté de la personne est ainsi conditionnée à ce droit positif qui préexiste à l'expression de sa volonté et qui dessine les contours de celle-ci pour lui dire ce que c'est que d'être libre, d'une part, et comment être libre dans son expression, eu égard aux possibilités que lui accorde son état de santé qu'elle doit subir comme une fatalité. C'est en ce sens que la démocratie sanitaire est entendue comme une nécessité en vue de reconnaître les droits individuels des patients ; voir en ce sens P. Pédrot, *Libres propos sur la démocratie sanitaire*, in *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et au système de santé*, ss. dir. A. Laude, Petites affiches, 19 juin 2002, p. 6. L'auteur justifie l'avènement de ce concept comme une « chance » dans la mesure où elle reposerait sur le concept de dignité qui fait autorité dans de nombreux domaines juridiques.

⁹⁶³ Voir en ce sens D. Manai, *Les droits des patients face à la biomédecine*, op. cit., *ibid*, p. 37.

lorsque la décision n'émane pas d'une autorité judiciaire. Ainsi, le discernement doit être présumé rationnel jusqu'à preuve d'une altération de « la faculté d'agir raisonnablement (absence de la faculté de comprendre et d'apprécier correctement une situation et/ou absence de l'aptitude d'agir en fonction de sa volonté et de résister de manière adéquate à la pression exercée sur lui [le patient]) » et ce en fonction de critères dégagés par la loi : « l'âge », « la maladie mentale », « la faiblesse d'esprit », *etc*⁹⁶⁴. Car, sans reconnaissance judiciaire d'une incapacité effective, toute prétention *judiciarisante* du personnel médical relèverait de l'ordre des *chimères*. Pourtant, une exception à ce principe existerait en matière d'application de la protection des droits de la personne se retrouvant dans l'incapacité totale ou partielle, permanente ou momentanée, d'exprimer par elle-même sa volonté. Ainsi en est-il du rôle de la personne de confiance de venir suppléer *l'incapable* durant ces périodes de faiblesse avérée.

B. Première réflexion quant au rôle de la personne de confiance

L'introduction d'un facteur systématique tendant à dissoudre la capacité du mourant bénéficiaire

439.- Le rôle de la personne de confiance⁹⁶⁵, celle-ci considérée le plus souvent comme proche du mourant, est étendu au-delà de la famille positive. C'est conformément à l'application de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique⁹⁶⁶, qui consacre la notion de personne de confiance comme celle représentant la personne sans représenter sa volonté (1.), que le médecin du mourant, comme un proche ou tout autre tiers pourraient devenir un *quasi* mandataire de justice, sur désignation unilatérale émanant du seul mourant (2.)⁹⁶⁷.

1. Le dispositif et ses ressemblances

440.- Considérons que ce dispositif ne fait entrer aucune garantie de représentation certaine au sens de l'esprit de la loi, bien que suggérant une place particulièrement privilégiée dans la

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ Sur lequel nous reviendrons afin d'en détailler les éléments constitutif d'un interventionnisme systématisé, ainsi que de la place au sein de la démarche décisionnelle, au regard d'une approche de philosophie du droit.

⁹⁶⁶ Créé par la loi du 4 mars 2002..

⁹⁶⁷ Il s'agit de revenir sur le rôle de la personne de confiance quant à l'opposabilité de sa voix dans le processus décisionnaire.

fin de vie⁹⁶⁸. La seule sauvegarde de justice des articles 433 à 439 du Code civil, dans les conditions de l'article 491 du Code civil, quant à elle, suffirait dans l'urgence à mettre en place un régime de protection bien plus exigeant, et sans qu'il ne soit nécessaire de faire retarder son effectivité. Les garanties de la sauvegarde de justice étant déjà maximum, et ce en tant que mesure temporaire, vers ou non le placement sous tutelle ou curatelle ; ainsi la personne protégée peut bénéficier de la garantie de l'action en rescision pour lésion, ou encore de l'action en réduction pour excès, quand l'engagement est inopportun, tout en conservant le droit d'accomplir tous les actes de la vie civile, sauf ceux confiés au mandataire spécial, s'il a été nommé. Ces garanties ne sont pas assumées par la personne de confiance⁹⁶⁹.

441.- Cette représentation ne vaut pas délégation partielle de la personnalité, comme dans le régime de protection légal du droit commun, mais uniquement pour les actes de soins, sur simple désignation par le mourant lui-même⁹⁷⁰. Ainsi, et rappelons le une fois de plus, sans aucune garantie judiciaire, un tiers devient celui qui énoncerait le consentement de celui qu'il représente⁹⁷¹. Bien évidemment que cette représentation n'a pas d'incidence positive sur la gestion patrimoniale des droits de la *personne-malade-mourante*, cependant, l'absence de réglementation de celle-ci, et l'absence d'obligation de déclaration de représentation effective de la personne de confiance, auprès du procureur de la République notamment, pourrait avoir des conséquences négatives, en ce sens que nul n'est censé être obligé d'administrer les biens de celui qui dépend de la personne de confiance, dans la poursuite de l'expression de sa volonté⁹⁷².

⁹⁶⁸ Voir G. Rebecq, *Le rôle de la personne de confiance dans la fin de vie*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

⁹⁶⁹ Notons que la sauvegarde résulte d'une déclaration faite par le médecin ; pourrait-on relever un conflit d'intérêt qui naîtrait de la place qu'occupe le médecin en tant que personne de confiance, ou soumis à la personne de confiance, dès lors qu'il déclarerait l'incapacité au procureur de la République qui mandaterait alors une tierce personne aux pouvoirs étendus, et dont le médecin devrait requérir la voix avant l'accomplissement de tous les actes à pratiquer. La personne de confiance représente en ça une simplification pour une courte période, d'absence de discernement, ou de fin de vie.

⁹⁷⁰ L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique.

⁹⁷¹ Il s'agira de revenir sur ces observations et l'opposabilité de la parole de la personne de confiance. Voyons tout de même le rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 8 octobre 2010, *La personne de confiance*, op. cit., *ibid*, p. 6.

⁹⁷² Ainsi si jusqu'à lors il était communément admis de considérer trois strates de protection de la personne jugée incapable, il serait désormais admissible d'intégrer un premier degré en reconnaissant le concept de personne de confiance. L'absence d'obligation opposable de saisir le juge dès l'entrée en fonction de la personne de confiance allège encore la formule déjà la plus légère de la sauvegarde de justice qui ne nécessite de la part du médecin qu'une déclaration au procureur de la République, aux termes de l'art. 425 du Code civil, avec avis conforme d'un psychiatre, conformément à l'art. L. 3211-6 du Code de la santé publique.

442.- Pourtant, le statut de la personne de confiance ressemblerait étrangement à celui du mandataire nommé par anticipation, conformément au régime de la loi du 5 mars 2007⁹⁷³. La solution d'une garantie totale serait dès lors la systématisation de la mutation du régime de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, en régime des articles 477 alinéa 1 du Code civil et 1258 du Code de procédure civile relatifs au régime du mandat de protection future. Une telle solution exigerait alors de garantir la représentation de la *personne-malade-mourante* à la fois dans les actes à caractère médical, mais aussi dans les actes de la vie courante, à condition de devenir incapable, et sans que le corps médical ne puisse agir seul. Cette interprétation semble s'éloigner des recommandations émises par le professeur Mémeteau lorsqu'il préconisait de laisser libre cour à la création d'une norme interne à la pratique de la médecine. Cette position avait été prise aux balbutiements de la vie des comités et dans l'ignorance de la personne de confiance révélée par la loi de 2002 ; elle se justifiait alors en vue de ne point systématiser les protocoles et d'humaniser la pratique médicale en individualisant les prises en charges des mourants⁹⁷⁴. Pourtant, les excès des médecins dans l'administration de la personne mourante, ainsi que l'abandon confirmé de celle-ci par une famille qui ne fréquente plus les hôpitaux, aurait pour conséquence de favoriser une gestion administrative, sans opposabilité.

2. Unilatéralité et représentation tronquée

443.- Or, dans le contexte pré cité de l'uniformisation du rapport médecin-patient, l'entrée du médecin dans le domaine de l'intimité du patient, dans ce qu'il a de plus cher, confère à celui-ci le droit d'être celui qui dit et qui fait, en son nom⁹⁷⁵. Le rapport de confiance serait vicié, en ce sens qu'une seule partie prendrait les décisions à partir de ses propres éléments. Le consentement est en effet l'élément fondamental dégagé par la doctrine de l'autonomie de la volonté. Celui qui s'oblige, qui se rend débiteur d'une obligation conformément, à l'article 1108 du Code civil, doit y avoir préalablement consenti. La prise de décision autonomisée du *médecin-personne de confiance*, en représentation, serait assimilable à la convention unilatérale de droit commun. **L'acte unilatéral, par opposition** à l'acte ou à la convention

⁹⁷³ Ce régime est issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs protégés, justifiée notamment pour les raisons socio-économique de gestion du vieillissement de la population.

⁹⁷⁴ Voir en ce sens C. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., *ibid*, p. 57.

⁹⁷⁵ Le médecin serait celui qui à la fois conseille et décide. Le conflit d'intérêt est évident, et la loi de 2002 paraît parfaitement incohérente en la matière, ou bien parfaitement cohérente pour, sous couvert de protéger le patient de ses propres excès, consacrer l'omnipotence du médecin.

bilatérale ou encore **synallagmatique**, qualifie un engagement dont celui qui le prend, n'attend de quiconque aucune prestation corrélative ; ce serait le cas en l'espèce, dans la mesure où la personne représentée ne pourrait espérer quoi que ce soit, attendu que celui qui s'engagerait pour elle le ferait pour lui-même, et conformément aux critères qu'il a dégagé lui-même. Une telle attitude pourrait engendrer une forme de **consécration de délégation présumée de la volonté** du patient, entre les mains du médecin qui, quant à lui, est présumé savoir le mieux ce qui est bon⁹⁷⁶.

444.- Si cette remarque reste spéculative en ce sens que rares seraient les cas où le médecin se retrouverait désigné en tant que personne de confiance, en revanche, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique semblerait consacrer l'interventionnisme médical, justifié par l'imminence d'un grave danger, comprenons la survenue de la mort. En ce sens, l'*acharnement thérapeutique* n'aurait pas totalement quitté le texte de la loi, et ce en raison, d'une part certainement de la volonté de prémunir le corps médical de toute mise en cause responsable à raison de l'insuffisance des soins apportés en vue de maintenir la vie ; d'autre part et corrélativement, en raison de la croyance du corps médical en la possibilité de toujours devoir préserver la vie, y compris quand il serait peut être préférable d'apprendre à expliquer que celle-ci s'enfuyait et qu'il en était certainement préférable ainsi⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ Et c'est cela qui justifie la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que celle concordante du Conseil d'Etat de considérer que la volonté du patient est accessoire lorsque sa « survie » est menacée. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet : « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient. » ; ou encore CE, ord., 16 août 2002, *Cts Feuillathey*, préc., le juge administratif s'appuyant sur l'art. 16-3 du Code civil ainsi que les dispositions de la loi du 4 mars 2002 alors même qu'elle ne contient aucune exigence lorsque le patient émet un refus. Ici, le critère de l'intégrité physique est considéré en vue de justifier une intervention pour le respect de l'ordre public ; voir en ce sens CAA de Paris plén., 9 juin 1998, *Mme Senanayake et Mme Donyoh*, *D.* 1999, p. 277, note G. Pélissier ; *RD publ.* 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; *Petites affiches* 23 avril 1999, p. 10, note G. Mémeteau. Preuve est une fois de plus faite que le droit public, invoquant l'ordre public, se doit de se référer aux principes de droit privé (art. 16-3 du Code civil en l'espèce) en vue de justifier son approche de la personne usager de service public, car avant tout personne. **Ce droit de la personne lui est sous-jacent.**

⁹⁷⁷ La jurisprudence de la Cour de cassation allant *a fortiori* dans le sens de la loi, l'ayant même précédé : C. cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1984, *D.* 1985, *somm.* p. 368, *obs.* J. Penneau ; ou encore, C. cass. 1^{ère} civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet, préc. : « L'intervention [doit être] imposée soit par une nécessité évidente, soit par un danger immédiat. » Voir encore le Conseil d'Etat en la matière ; CE. Ord. 16 août 2002, *Cts Feuillathey*, *JCP* 2002, II, 10184, note P. Mistretta ; J. Penneau, *Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical*, *Interview*, *D.* 2002, p. 2877. Ou encore la jurisprudence CE. 26 octobre 2001, *Mme Senanayake*, *JCP* 2002, II, 10025, note J. Moreau ; *RD publ.* 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; B. Siau et J.-L. Respaud, *JCP* 2002, éd. E, suppl. *Cah. Dr. entr.* 2002/1, p. 53 ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Duguergue ; *Rev. Gén. Dr. méd.* 2002, n° 8, p. 111, comm. M.-Th. Pain-Masbrenier et K. Duluc ; *JCP* 2001, I, 118, n° 13, *obs.* L. Levoyer ; *JCP* 2001, I, 124, n° 14, *obs.* G. Viney.

445.- La personne de confiance entrerait en jeu dès lors que le mourant serait en état de faiblesse avéré, or c'est bien cette faiblesse que le médecin saisirait pour arriver à convaincre le patient de la pertinence de son intervention, persuasion devenue inutile quand le patient ne peut plus ni s'exprimer ni recevoir d'expression linguistique. Cela signifie que, par un effet de glissement du droit à sa protection, le malade se retrouverait⁹⁷⁸ dans l'obligation, *a priori*, de consentir, à plus forte raison s'il n'est plus celui qui décide. Une telle hypothèse s'oppose totalement au droit de refuser un soin conformément au troisième alinéa de l'article précité⁹⁷⁹, voir de revenir sur son consentement à recevoir un soin⁹⁸⁰. Nous concluons donc à une *dérive de l'obligation de convaincre*⁹⁸¹ en une forme de **délégation a priori** de la personnalité juridique, par l'effet d'une définition excessive des modalités de garantir le consentement de la personne, sous une forme exclusivement technique, en rapport au seul état de santé physique, provenant donc du seul savoir médical, et ayant pour effet de limiter les aspects de l'expression de droits subjectifs sous-jacents.

446.- Le personnel soignant aurait une place prépondérante en la matière, et le médecin en particulier, dans la mesure où il est tout à la fois technicien de la médecine et technicien gestionnaire du budget du service dont il dépend ou dont il est responsable, et enfin technicien administratif lorsqu'il doit conduire son équipe médicale dans l'accompagnement du mourant.

⁹⁷⁸Ceci conformément au texte de l'article L 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique issu de la loi du 3 mars 2002, confirmée par une ordonnance en référé du 16 août 2002, qui rappelle le devoir du médecin qui consiste à tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter de recevoir les soins nécessaires.

⁹⁷⁹ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

⁹⁸⁰ Conformément à l'article R 4127-36 du Code de la santé publique.

⁹⁸¹ Sur quoi nous reviendrons.

Chapitre.II. La prise en charge systématisée de la *personne-malade-mourante*, dès l'entrée à l'hôpital

447.- Entrer à l'hôpital est une démarche douloureuse psychologiquement pour celui dont le destin est inéluctablement scellé à la mort. Pour celui-là, mourir à l'hôpital, c'est connaître sa dernière demeure, et il tombe sous le sens que s'il pouvait choisir, il en préférerait une autre⁹⁸². L'état psychologique de celui qui ne sait pas encore que sa mort surviendra là, serait tout autre, et nous ne nous attacherons dès lors pas à faire de distinction dans notre étude sur les différences entre celui qui sait et celui qui ne sait pas. Il ne nous apparaît pas non plus pertinent, même si nous nous y référerons parfois, par nécessité de l'exemple, de faire de distinction entre le fait que le mourant soit un enfant, un adulte, ou encore un vieillard. Nous ne souhaitons pas entretenir un quelconque angélisme dans notre propos, mais pas non plus exprimer ce qui, en apparence, est le plus injuste dans la maladie du jeune enfant. Ainsi, lorsque l'on parle de la *personne* malade entrant à l'hôpital, il s'agit de la *personne* de tous, notion universellement regardée, et singulièrement applicable, par delà les âges et les conditions sociales.

448.- La prise en charge de la personne hospitalisée se fait dès son entrée dans le sein même de l'unité de soins. L'accueil est administratif, au sein d'un service public. Que cela soit dans le cadre d'une urgence, ou encore après un rendez-vous planifié à l'avance, la *personne* malade sera d'abord enregistrée comme usager de service public. Cette approche administrative est destinée à relativiser le statut du malade en fonction des critères de distinction qui le caractérisent d'un autre patient. Il s'agit là de comprendre l'idée de divisibilité de la personne sur laquelle se fonde toute l'intuition de la conceptualisation du mourant.

⁹⁸² Notons d'hors et déjà que l'art. R. 1112-63 du Code de la santé publique (au sujet des conditions de sortie de l'établissement de santé) énonce le droit à être transporté à son domicile lorsque la personne est en fin de vie et que lui ou sa famille en exprime le désir. Notons que cette disposition n'est assortie d'aucune condition ce qui présuppose l'applicabilité du droit commun en la matière. Toutefois les cas seraient rares ; du fait de l'insuffisance d'information, de formation, et des souhaits exprimés tant par les mourants que par leurs familles. En revanche, les personnels soignants seraient moins farouches lorsqu'il s'agirait de libérer une place en raison de l'absence de rentabilité d'un mourant.

449.- C'est à partir de cet enregistrement que la personne deviendrait un malade. Son univers est celui du soin, de l'application de protocoles de soins inféodés au respect des *droits* qui les suggèrent. La place du personnel soignant deviendrait dès lors déterminante dans le respect de ses droits, car le rapport que le mourant va nouer avec la société des hommes muterait en relation exclusive à ce personnel soignant. Ainsi, c'est dans ce microcosme, limitant les possibilités d'échanges, que l'intégralité du droit va s'appliquer. Comprenons que, *a priori*, un tel environnement aurait tendance à restreindre les cas de problématiques juridiques ; pourtant il conviendra d'admettre que quelque situation qui puisse être admissible à l'extérieur pourra l'être à l'intérieur⁹⁸³ (**Section.I.**). La place du personnel soignant serait néanmoins spécifique en ce sens que le premier rapport qui est noué avec le patient se baserait et tournerait autour de son statut de malade, scellé à son état de santé, saisi par le droit public de la santé⁹⁸⁴. Il existerait un préconçu de droits applicables, relativement au *sujet-de-droit-malade*, du seul fait de son statut de malade, et dont la personne de confiance serait l'innovation protectrice (**Section.II.**).

Section.I. L'accueil du malade : le temps des promesses

Une procédure normée en tant que garantie des droits du malade

450.- L'entrée à l'hôpital est une procédure avant tout administrative⁹⁸⁵. Dès lors que le sujet de droit se présente à l'accueil de l'hôpital où il va entrer en tant que malade, son statut de personne, entendue dans la généralité du droit, basculerait dans le droit restreint d'usager de service public. Une telle conception est destinée, nous l'avons dit, à garantir l'exacte égalité dans l'accès aux soins pour chaque personne, un statut dépersonnalisant permettant *a priori* de respecter chacun de la même manière. C'est, dira-t-on d'ors et déjà sans plus entrer en avant dans cette voie pour le moment, l'objet même de l'esprit d'un contrat hospitalier ne

⁹⁸³ Notons tout de même l'interrogation de R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, *op. cit.*, n° 737, qui rappelle que « le critère de la clause exorbitante [du droit commun] est le seul à pouvoir donner un caractère administratif à tout contrat. » Appliqué à la situation du mourant hospitalisé, le déclin de ce critère semble trouver un renouveau dans un droit spécial, bioéthique, *a priori* exorbitant du droit commun. C'est au sujet de sa applicabilité principale que la réflexion de R. Chapus semble trouver à s'appliquer compte tenu d'un droit privé qui lui est premier et qui ne peut céder à la subsidiarité de l'exception particularisante.

⁹⁸⁴ Si le droit de la santé est appelé droit de la santé publique (voir notamment J. Moreau et D. Truchet, *Le droit de la santé publique*, *op. cit.*), il est public en son *état de droit*. En effet, il est à la croisée des droits public, droit privé, droit constitutionnel et droit pénal, assorti du droit des comités. Pourtant c'est le droit public du Code de la santé publique qui prédomine.

⁹⁸⁵ Art. L. 6141-1 du Code de la santé publique.

se fondant pas sur une relation *intuitu personae* de droit privé⁹⁸⁶, mais plutôt sur les critères exorbitant du droit commun, fondateurs du droit administratif⁹⁸⁷. La relation ne pourrait cependant exister que conformément au droit commun des contrats qui impose que le consentement⁹⁸⁸ du patient ait été obtenu en vue d'être hospitalisé⁹⁸⁹. Il ne faudrait pas occulter, et nous le développerons ultérieurement, l'aspect arithmétique d'une telle démarche, commandée par des politiques de gestion des soins, gestion qui fait dès lors de la personne un individu désincarné, un objet de droit plus qu'un sujet⁹⁹⁰. Or si une telle hypothèse pourrait se justifier dans l'égal accès aux soins⁹⁹¹, elle ne pourrait qu'être dépassée dans l'application effective des droits garantissant cet égal accès. Et d'un statut d'usager de service public, le malade pourrait très rapidement « redevenir » ce qu'il est et demeure toujours jusqu'à sa mort, à savoir un sujet de droit, une *personne première*⁹⁹².

451.- Ainsi, la *normativisation* de l'entrée à l'hôpital serait nécessaire (**Paragraphe.I.**). Elle serait exprimée par une gestion administrative de la *personne* considérée comme patient malade, soumis à l'épreuve du diagnostic d'une mort prochaine (**Paragraphe.II.**). Elle serait certes nécessaire et salvatrice pour une simplification des rapports de l'unité hospitalière étatique noués avec le sujet de droit, mais ne pourrait suffire comme garantie maximale, et il conviendrait de remettre en ordre théorique le lien sous-jacent qu'elle entretient avec le droit privé dont elle dépend.

⁹⁸⁶ La responsabilité du praticien ne pouvant être engagée administrativement, *a priori*.

⁹⁸⁷ Le lien de subordination entre le praticien et l'établissement de santé servant alors de critère distinctif des parties à la convention de soins hospitaliers, permettant d'identifier le cocontractant du patient. Ainsi, il s'agit de l'établissement de santé, le praticien agissant pour le compte de celui-ci ; le patient ne pouvant, *a priori*, n'agir que contre le dit établissement.

⁹⁸⁸ En tant que condition nécessaire mais pas suffisante ; voir L. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, préc. Le consentement demeure exclusivement attaché à l'obligation d'information délivrée par le médecin et prévue au droit du Code de la déontologie médicale (art. 35), ainsi qu'en rappel au Code de la santé publique (notamment quant au respect de sa dignité, art. L. 1110-2).

⁹⁸⁹ Si le régime applicable au contrat de soins hospitaliers n'existe pas réellement, il s'agira alors de relever qu'un tel contrat obéit en réalité au droit commun, anéantissant le statut d'usager de service public de la *personne-malade-mourante* ; voir en ce sens B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 171 s.

⁹⁹⁰ Voir en ce sens l'aspect bien souvent exclusivement physique du traitement *biojuridique*, et *bioéthique* de la personne à travers son corps.

⁹⁹¹ Voir CE, Section sociale, n°385550, à paraître dans le Rapport d'activité 2012 du Conseil d'État.

⁹⁹² Voir nos développements sur la caducité du statu d'usager de service public dû au régime du contrat hospitalier.

Paragraphe.I. L'admission au service médical concerné : la promesse de « belle mort »

452.- Postérieurement à l'information concernant l'entrée⁹⁹³, le patient a manifesté l'intention de vouloir les soins⁹⁹⁴. Il est évident que ceux-ci sont à la charge du médecin, et que ce dernier semble, par hypothèse, dès lors avoir le dernier mot en termes d'élaboration des conditions contractuelles, bien que celles-ci soient de nature légale et le cas échéant jurisprudentielle. C'est lui qui, certes, respectera la volonté du patient, car *a priori* compétent en la matière. C'est lui qui connaît les dispositions objectives de la norme médicale en vigueur. Il est réputé être responsable du patient. Il est celui qui, par son savoir médical, imposera la norme applicable le liant au patient par l'intermédiaire de l'établissement public de santé⁹⁹⁵.

453.- Pourtant, selon l'état d'esprit jusqu'ici suivie, bien que la relation de droit privé soit celle qui demeure ontologiquement première, elle ne pourrait qu'être en l'espèce voilée derrière une réalité juridique qui s'emploie à encadrer la réception du patient⁹⁹⁶. Celui-ci, entrant dans le champ de la canalisation juridique de son existence, serait bien loin de s'imaginer qu'il se retrouve être « l'objet » du médecin, tout à la fois sous un rapport de droit positif privé, et l'utilisateur d'un service public, ayant désormais les aspects d'un service public à caractère industriel et commercial⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Pour laquelle est requis le premier acte de consentement.

⁹⁹⁴ Deuxième consentement requis par la volonté de la personne d'être soignée conformément à l'art. R. 4127-32 du code de la santé publique, consentement non compris dans l'expression du premier, l'obligation d'information n'étant pas la même et ne reposant pas sur le même objet : la première concerne les conditions d'hospitalisation ; la seconde concerne la volonté d'être pris en charge. La prise en charge doit être comprise comme pouvant être à la fois thérapeutique, ou non, mais aussi diagnostique. Le troisième consentement est celui qui concernera l'information sur le soin en lui-même, conformément aux connaissances acquises de la science. La personne, en vue de devenir patient puis un malade et enfin un mourant doit d'abord consentir à accepter les conditions résultant de sa demande. Il s'agit là d'une condition de double consentement énoncée à l'art. R. 4127-32 du Code de la santé publique.

⁹⁹⁵ Les dispositions relatives à la santé, et c'est là l'essentiel, du contrat hospitalier ne peuvent qu'émaner du corps médical, obligeant le mourant à décider sur de tels éléments sans y apporter son opinion issue de son histoire personnelle.

⁹⁹⁶ La Charte des patients hospitalisés est la première façade juridique à laquelle la *personne-malade-mourante* fait appel pour voir défendre ses droits. La **charte du patient hospitalisé** est annexée à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995, *relative aux droits des patients hospitalisés*. Bien que reposant sur des présupposés de droits privés, la Charte est opposable devant le juge administratif. Elle est rendue obligatoire par l'art. L. 1112-2 du Code de la santé publique.

⁹⁹⁷ Le praticien est prestataire de soins, c'est-à-dire que s'éloignant du colloque singulier de sa relation au malade, il est progressivement entré dans une relation de nature économique, appelant un vocabulaire de marché des services. Le patient-malade-mourant est quant à lui un « consommateur de soins » exigeant l'exécution d'une

454.- Ainsi, le « présumé mourant » serait, compte tenu de la délégation de son être au corps médical, une *personne* gardée par ce dernier, au sens de la garde de la *personne* du droit commun⁹⁹⁸. La relation, que nous présumons nécessairement contractuelle, se détacherait progressivement du rapport inhérent à l'application du droit des sûretés. En effet, ayant remis les composantes de son existence en tant que sujet de droit entre les mains du médecin, au nom de la préservation d'une notion si englobante que celle de dignité, il deviendrait non plus un cocontractant, mais une chose à caractère humain, au sens du droit des obligations. Dépersonnalisation, premièrement dans l'établissement du rapport de personne, il en serait non moins déshumanisé par l'exigence d'un résultat juridico-politique, en tant qu'usager à temps partiel d'un service public⁹⁹⁹ (A.), celui-ci étant soumis à des obligations de *résultats*. Ces dernières non plus en la faveur de la *personne*, mais du personnage du malade, en tant que « *consommateur de soins* »¹⁰⁰⁰ ; son existence serait alors enfermée dans une dialectique du rapport de l'individu au corps social, inféodée aux politiques de santé publique. Et la soumission du mourant serait parfaitement, à la fois préparée, et par la suite entretenue, au moyen de la délivrance des conditions d'exercice de la pratique, et plus largement de la relation médicale. Voilà pourquoi l'obligation d'information ne serait pas, dans ses composantes, réellement de nature juridique, mais bien plus médicale (B.), le médecin se trouvant quasiment obligé de persuader le mourant de la pertinence de son savoir appliqué, afin de se prémunir d'une approche *contra legem* (C.).

prestation de service pour laquelle il s'engage à donner sa contrepartie par le paiement. Voir en ce sens, V. A. Laude, *Le consommateur de soins*, D. 2001, p. 415 ; ou encore sur l'obligation de paiement comme contrepartie au service du soin : l'établissement public de santé dispose d'une action contre le patient, pour laquelle le juge administratif est seul compétent dès lors que le patient a la qualité d'usager du service public administratif et que ses relations avec l'établissement public de santé ne sont ni contractuelles (au sens de la qualification privatiste qui doit être ignorée dès lors que l'on considère la relation médecin-mourant comme étant *ipso facto* contractuelle), ni privées ; voir en ce sens CE. 30 mars 1984, *Hôpital-Hospice de Mayenne c. Baras*, Rec. 142, p. 46 ; ou encore CE. 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, préc. Ajoutons enfin que l'article R. 6145-4 du Code de la santé publique prévoit la possibilité de faire souscrire un engagement unilatéral d'acquiescer les frais de toute nature à la famille ou à un tiers responsable. Cette disposition a été largement *désubstantivée* par le Conseil d'État ; voir notamment CE. 28 juillet 1995, *M K*, *RFDA* 1996, note Mauge, p. 393. Cependant, les frais du défunt demeurent opposables aux ayants droit sans qu'il ne soit nécessaire pour l'établissement de santé de s'en inquiéter préventivement par reconnaissance de dette anticipée, ce qui est illégal.

⁹⁹⁸ Ici encore ressurgit le paternalisme médical. Sur la garde et la responsabilité du gardien en droit privé, voir art. 1384 du Code civil ainsi que P. Rolland, *Responsabilité du fait d'autrui : garde ou surveillance ?*, in *LPA* 19 septembre 2000 ; ou encore V. Lasserre-Kiesow, *Garde et responsabilité du fait d'autrui*, in *LPA* 11 octobre 2001.

⁹⁹⁹ Voir M.-L. Moquet-Anger, *De l'hôpital à l'établissement Public de Santé*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 1998, pp. 9 s., et pp. 109 s.

¹⁰⁰⁰ V.A. Laude, *Le consommateur de soins*, op. cit.

A. La prise en charge des soins du mourant

Les prérogatives non exclusives de l'Etat : l'introduction du critère économique

455.- C'est en partant du principe que la personne n'a pas de prix qu'il est admis qu'un service de mission publique ne correspond pas à l'évaluation de la personne, mais à celle de son objet, l'obligation de soins incombant au médecin agissant pour le compte de l'Etat (1.). Or, s'il s'agit bien d'un service, et que celui-ci doit être nécessairement rétribué, son caractère public, identifiable notamment quand au fait qu'il ne peut concerner que le paiement d'une dette auprès du seul établissement public de santé s'inscrit dans une logique typique du système politique français ; la Sécurité sociale serait donc en ce sens une garantie de prise en charge, par l'Etat, d'une large mission de service public d'égal accès aux soins (2.). Si l'introduction d'un critère financier dans le domaine de la santé pourrait être relégué au second plan compte tenu de ce système, les évolutions récentes, tendant à privatiser la prise en charge des soins, auraient pour effet de faire ressurgir le critère économique au premier plan, comme *a priori* à l'accès aux soins, de telle sorte que ce critère en devienne discriminant, permettant d'identifier ceux qui peuvent en bénéficier de ceux qui ne le peuvent pas, décrivant un peu plus encore les conditions existentielles d'émergence du concept de mourant (3.).

1. Obligation de soins et service rétribué.

456.- Bien que, dans un *absolu sans nom*, la vie ne puisse être considérée comme ayant un prix, la prise en charge de la fin de vie se doit d'être également regardée sous son aspect économique (1.1.), dès lors que la personne se place sur le plan des rapports financiers et sociaux, conjugués dans l'obligation de soins (1.2.).

1.1. Payer un service de protection des droits fondamentaux

Un regard d'abord porté sur les aspects physiques

457.- La personne doit s'acquitter des frais inhérents à sa prise en charge, médicale avant tout, en admettant aussi l'absence de tout traitement, ou de tout autre acte médical, y

compris non thérapeutique¹⁰⁰¹. Pourtant, l'indisponibilité et l'inaliénabilité du corps humain pourraient suggérer que, quelque soit la cause concernant la personne, rien ne puisse occasionner une évaluation en rapport à une intervention faisant intercéder des aspects physiques du malade. Le droit admet, en effet, que la vie de la *personne* est indisponible, en ce sens que le droit positif garantit les modalités d'existence du corps humain, sous toutes ses formes, contre un quelconque commerce¹⁰⁰². Comprenons que la personne elle-même, mais également toute personne qui lui est extérieure ne devrait pouvoir faire de choix quant au fait de disposer de son corps¹⁰⁰³. Cette obligation est bien plus profonde que cela lorsque l'on considère le caractère inaliénable du corps humain, en ce sens que tout ou partie de l'être humain ne peut faire l'objet d'un droit de propriété¹⁰⁰⁴. Cela signifie ainsi que la *personne corporelle* ne peut avoir d'évaluation pécuniaire de son existence, jusque dans la mort ; la personne mourante demeure inaliénable et indisponible¹⁰⁰⁵. De telles obligations valent en droit français en tant que droits fondamentaux, constitutionnellement garantis¹⁰⁰⁶. C'est afin

¹⁰⁰¹ Le défunt lui-même, en réalité bien sûr ses ayants droits, doit s'acquitter du paiement de ses droits pour les obligations de nature alimentaire : l'action de l'établissement public de santé ne peut s'exercer que dans les limites de l'obligation alimentaire des débiteurs. Si le patient décède avant que ses enfants et petits-enfants aient été assignés, la demande de l'établissement public de santé ne peut donc être accueillie : C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2003, juris data n° 00-20979 ; C. cass. 1^{ère} civ. 20 janvier 2004, *Bull. civ.* 2004, n° 19, p. 15. Mais si l'assignation est antérieure au décès, l'instance peut être poursuivie après la mort du patient C. cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005, *Bull. civ.* 2005, I., n° 265, p. 222. En revanche, le droit d'hébergement du cadavre n'est pas opposable aux ayants droits du fait de sa gratuité.

¹⁰⁰² Il s'agit du droit au respect de l'intégrité physique qui fonde le consentement du patient aux actes médicaux visé à l'art. 16-3 al. 2 ainsi que le *noli me tangere* de l'art. 16-3 al. 1. Seulement, il serait insuffisant de ne faire état que du seul lien à la notion de consentement. En effet, si le lien à la notion de consentement est l'apparence du droit au respect de l'intégrité physique, son *sens caché* en serait l'indisponibilité du corps. Attendu que l'indisponibilité du corps humain est légalement fondée à l'art. 16-1 al. 3 du Code civil, la notion de dignité qui la suggère renvoie expressément à l'intégrité du corps humain qui en est une composante (voir en ce sens R. Denoix de Saint-Marc, *Patients et professionnels de santé : nouveaux devoirs, Table ronde, Conférence inaugurale du MEDEC du 8 mars 2000*, www.conseil-national.medecin.fr, qui associe les deux notions sans les assimiler non plus, laissant penser que l'un serait la modalité objective et physique de l'autre, subjective.) Notons que le CCNE a émis un avis en ce sens là rappelant les fondements de l'indisponibilité du corps humain : CCNE, Avis n° 21 sur *La non-commercialisation du corps humain*, 13 décembre 1990. Ce droit se prolonge jusque dans la mort, son régime s'appliquant au cadavre.

¹⁰⁰³ L'art. 16-3 du Code civil interprété a contrario suppose donc qu'il est impossible de porter atteinte au corps humain. Voir en ce sens l'interprétation de D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 36 s.

¹⁰⁰⁴ Art. 16-1al. 3 du Code civil dispose que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. ».

¹⁰⁰⁵ Voir B. Edelman, *La mort à crédit*, in *D.* 2009, p. 2019.

¹⁰⁰⁶ Le Conseil constitutionnel validant la loi du 29 juillet 1994 par sa décision du 27 juillet 1994, préc. donne valeur constitutionnelle non seulement à la notion de dignité, mais au surplus à toutes les dispositions présentes au texte. Il en est donc ainsi du droit à l'indisponibilité du corps humain, ainsi que du droit d'inaliénabilité du corps humain. Une telle protection n'est pas possible dans tous les pays du monde ; ainsi aux Etats-Unis d'Amérique, le sang peut être vendu, les gamètes males ainsi que les gamètes femelles pouvant connaître le même sort. Pire encore, il existe certains pays où les organes du défunt sont vendus.

de poser les bases de la notion même de prise en charge qu'il convient de poser la question de ses statuts, sous cet angle suggérant une *méta-physique*¹⁰⁰⁷.

458.- Le respect du corps présuppose que le droit de la santé le considère en tant qu'inaliénable et indisponible. Comprendons que le système de santé français se fonde sur la conjonction juridico-légale du double critère du droit d'inaliénabilité du corps humain et du droit d'indisponibilité du corps humain. C'est en cela que le corps n'est en réalité que la face apparente d'un droit bien plus profond, faisant de la personne humaine l'objet d'une garantie remontant au présupposé le plus élémentaire de la dignité de la *personne*. Le droit du corps n'est pas le seul concerné par le dispositif légal de la dignité protégeant la *personne* ; il s'agit, au surplus, des garanties métaphysiques le concernant, et qui reposent en réalité sur un droit qui lui est sous-jacent, en ce sens que le droit positif protège ce qui est le plus immédiat sans éliminer le moins apparent qui le subordonne¹⁰⁰⁸.

459.- Cela signifie que la *personne* devrait être la notion maîtresse, ce qu'elle est apparemment, et que le droit positif se fonderait sur la garantie maximale de la *personne*, à savoir sa *liberté*¹⁰⁰⁹ ; ce qui pourrait bien être le cas, considérant que l'autonomie, qui en est une caractéristique, semble être au cœur d'un dispositif légal propre à permettre au mourant de préserver celle-ci. **La *personne* serait ici ce qu'elle est avant qu'on ne le dise d'elle, l'être en tant qu'être, que le droit considère comme lui pré-existant, privilégiant ainsi le caractère ontologique premier, faisant de l'existence de la *personne* une autorité sur tout commandement extérieur qui intégrerait des éléments de quantification quant à la dite existence.** C'est en ce sens là que la santé de chacun ne peut être évaluée, *a fortiori* dans les moments de mort où la *personne de tous* est à même de s'interroger sur le fondement même

¹⁰⁰⁷ Le droit de la prise en charge reposant sur le respect de l'intégrité du corps humain comprise comme fondée sur le respect du consentement ainsi que le respect des droits d'indisponibilité et d'inaliénabilité, présuppose que le corps seul ne puisse être protégé. Le corps est l'habit de la *personne*, il est ce qui la représente. En ce sens, le droit de la *personne* serait le sous-jacent du droit du corps ; ainsi, en serait-il de la prise en charge qui bien que fondée en *apparence* sur le respect du corps, supposerait **en amont** une considération *méta-physique* de la *personne physique*. Sur le statut du corps à travers la question de la propriété du corps, voir notamment J.-M. Trigeaud, *Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel*, préc., p. 143-162.

¹⁰⁰⁸ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.

¹⁰⁰⁹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit. ; ou encore du même auteur, *Droit Personne et Existence*, op. cit.

de la capitalisation¹⁰¹⁰. C'est en ce sens que l'Etat se doit d'être le garant de l'égal accès à tous aux services de soins, dont il est le tuteur, au nom de son rôle de *polis*¹⁰¹¹.

1.2. L'obligation de soins comme garantie de la réciprocité dans l'acquittement du service

460.- Reposant d'abord sur une obligation de nature jurisprudentielle (**1.2.1.**), le devoir de soigner incomberait d'abord à l'Etat dans la garantie de l'égal accès aux soins (**1.2.2.**).

1.2.1. Aux sources de la jurisprudence, une obligation de droits fondamentaux

461.- La jurisprudence des Hautes Cours civiles et administratives s'est abondamment exprimée sur l'obligation de soins. C'est en ce sens que la Cour de cassation considère que l'égal accès aux soins¹⁰¹² est un principe juridique régissant¹⁰¹³ l'exécution du droit au respect de la dignité¹⁰¹⁴, de tous, dans la maladie comme dans la mort ; et que le Conseil d'Etat en fait un principe fondamental dans l'application de l'exercice, au-delà de toute faute admissible, par l'accomplissement d'un service public dont l'institution hospitalière doit être considérée comme un démembrement de l'Etat¹⁰¹⁵. Il est nécessaire ici de rappeler la jurisprudence du

¹⁰¹⁰ C'est à l'approche de la mort que la personne s'interroge sur son devenir, en dehors du monde économique ; et ainsi sur le devenir de ce qu'elle a amassé en terme de capital. Le testament délivrerait-il en cela les angoisses existentielles relatives au devenir du patrimoine distinct de celui de l'être ?

¹⁰¹¹ La *polis* grec est celle des murs de la cité. Elle doit ici plutôt encore être étendue à la politique entendu au sens *du* politique : il s'agit alors de la politique, au sens de *politeia*, qui renvoie à la *constitution* et concerne donc la structure et le fonctionnement (méthodique, théorique et pratique) d'une communauté, d'une société, d'un groupe social. La *politeia* porte sur les actions, l'équilibre, le développement interne ou externe d'une société, dans ses rapports internes, mais aussi à sa dimension à l'international dans ses rapports à d'autres ensembles. La politique ainsi entendue est donc principalement ce qui a trait au collectif, à une somme d'individualités et/ou de multiplicités d'individus. Pour Platon, le philosophe doit considérer que la politique a pour but de prendre soin de l'âme des citoyens, par le moyen de l'éducation. Pour ces raisons, la politique est la science du bien en général, et elle est donc supérieure à toutes les autres sciences et techniques. Platon est en ce sens fondateur de la philosophie politique, mais aussi de la philosophie de la politique.

¹⁰¹² C. cass., 20 mai 1936, *Mercier*, préc.

¹⁰¹³ Par le biais du caractère contractuel de la relation médecin patient.

¹⁰¹⁴ Notons de plus que le principe de dignité est désormais une obligation à caractère légale renforcée par l'annexion de la Charte du patient hospitalisé à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995, relative aux droits des patients hospitalisés, ayant introduit le principe au chapitre VII de la dite charte, révisée depuis par la circulaire n° 2006-90 du 2 mars 2006, *relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée*.

¹⁰¹⁵ Il s'agira en l'espèce de rappeler la construction de la jurisprudence administrative sur le concept de responsabilité sans faute.

Conseil d'Etat, *époux V.*, fondatrice en la matière¹⁰¹⁶. Et, sans plus entrer dans cette voie, notons tout de même que, le point d'orgue du glissement progressif de la jurisprudence administrative se trouverait dans l'abandon du critère de la faute lourde, rendant ainsi *régaliennne la nature du service médical*, dépassant dès lors le cadre strict de la fonction médicale, pour l'élargir à la fonctionnalité administrative du ministère de la santé¹⁰¹⁷. Ainsi rappelons que, si l'abandon de la faute lourde rend plus aisé l'accès à l'admission de la responsabilité et à l'indemnisation des victimes, il convient d'admettre qu'elle est « un instrument permettant au juge de tenir compte « des besoins du service » et de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. »¹⁰¹⁸.

462.- Enfin, le conseil constitutionnel en fait un principe d'autorité maximum, permettant une prise en charge garantie à tous, sans distinction de race, de religion de sexe ou encore de ressources¹⁰¹⁹, ayant intégré le Préambule de la Constitution de 1946 au bloc de constitutionnalité. Notons de plus que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rendre plusieurs avis lors de l'élaboration des lois *bioéthiques* qui se sont succédées depuis 1994. Notons ainsi, et ce malgré la généralité de la question, que le Conseil va statuer d'abord sous la forme de la décision du 27 juillet 1994, en confirmant la consécration de la protection de la santé réalisée à l'occasion de la loi Weil¹⁰²⁰, le Conseil indiquant que ce principe devait être concilié avec d'autres principes, et notamment celui de la liberté individuelle ainsi que celui de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Aussi constitutionnelle soit-elle, la protection de la santé a donc un caractère relatif, nécessairement associée à d'autres principes tout aussi constitutionnels, ou non. En cela, il convient de considérer que l'accès aux soins est tout de même subordonné à des éléments extérieurs à la personne, le droit positif semblant dès lors insuffisant en vue d'offrir les garanties maximums de l'égal accès aux soins¹⁰²¹. Voilà

¹⁰¹⁶ CE., Ass., 10 avril 1992, *Epoux V.*, Rec. 1992, p. 171., *AJDA* 1992, p. 355, concl. Legal ; *RFDA* 1992, p.571, concl. Legal ; *D.* 1993, somm. p. 146, obs. Bon et Terneyre ; *Petites Affiches* 3 juillet 1992, p. 23, note V. Haïm ; *JCP* 1992, II. 21881, note J. Moreau ; *Quot. Jur.* 23 juillet 1992, drt. adm. n° 59, note Deguergue.

¹⁰¹⁷ Voir en ce sens M. Gros, *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, op. cit., pp. 284 s.

¹⁰¹⁸ TC., 8 février 1873, *Blanco* : GAJA, Dalloz, 14^{ème} ed., 2003, p. 732.

¹⁰¹⁹ Ce principe ayant été introduit en ces modalités d'exclusion de tout type de discrimination au Code de déontologie en ces termes : « *Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnies, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard* ».

¹⁰²⁰ D'abord, dans une Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, préc., relativement à la loi dite Veil, du 17 janvier 1975, le Conseil a souligné la valeur constitutionnelle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 en tant qu'il appartient donc au bloc de constitutionnalité en qualité de principe particulièrement nécessaire à notre temps.

¹⁰²¹ Notons tout de même l'effort par le Conseil en ce sens car la Loi Voynet de 1999 sur l'aménagement et le développement durable du territoire (loi d'orientation 25 juin 1999) rappelle la nécessité de l'égal accès aux

pourquoi cette obligation appartient à une mission de service public, qui en ce sens est une fonction régaliennne de l'Etat, devant être nécessairement prioritaire.

1.2.2. Egal accès aux soins et engagement étatique.

463.- C'est bien le critère de l'égal accès qui nous importe, en ce sens que le pauvre ou le riche ne doivent pas, théoriquement, avoir à ressentir leur condition sociale dans la prise en charge, dans l'administration de soins.

464.- C'est la raison pour laquelle, au lendemain de la seconde guerre mondiale, et dans la continuité des progrès concernant la réflexion globale sur l'émergence d'un corpus général et globalisant de droits fondamentaux, inaliénable et imprescriptibles de l'homme, l'Etat français de la quatrième République¹⁰²² s'engage dans la création d'un service public de la santé. Celui-ci repose sur l'égal accès à ses services, par la création d'un service étatique de répartition des ressources, dans l'accompagnement à cet égal accès, sous le nom de Sécurité Sociale¹⁰²³. Ce système d'exonération complète, ou partielle, du coût inhérent au travail effectué par des agents de service public hospitalier, fonctionnaires agissant pour le compte de l'Etat, repose sur l'esprit même des *droits de l'homme*, et même, de façon plus lointaine en temps, mais plus immédiate sur un plan éthique, sur **l'obligation qui incombe au médecin, obligation intégrée au Code de déontologie médicale, et subordonnant sa prestation de serment, de porter secours à quiconque en a besoin**. L'article R. 4127-77 du Code de la santé publique dispose en ce sens qu'« il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent. »

465.- Dans le cadre hospitalier, c'est à l'Etat de pourvoir à cette obligation, en donnant les moyens d'une telle entreprise. Et c'est au Conseil d'Etat de garantir l'effectivité d'un tel égal accès, par la scrutation des dérives possibles dans l'admission en services hospitaliers, ou quant aux discriminations opérées dans le suivi thérapeutique, ou encore dans l'égalité des soins proposés à raison de critères discriminants dont il a la charge de les faire émerger. Cela

soins quelque soit le lieu de résidence de la personne malade ; mais aussi toujours en 1999, la loi ayant créé la CMU, préc. (loi du 27 juillet 1999 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000), a été l'occasion d'en faire mention.

¹⁰²² Le droit à la protection de la santé est reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁰²³ Le premier droit de la personne malade est de pouvoir accéder aux soins que son état nécessite, quels que soient ses revenus ; ce sont les principes d'égal accès aux soins et de libre accès aux soins garantis aux usagers par le système de protection sociale mis en place en 1945 et fondé sur la solidarité

ne signifie pas pour autant que le contrôle judiciaire soit exclu, mais le premier droit applicable est administratif, et ce de manière constante au moins depuis la jurisprudence *Rouzet*¹⁰²⁴. Toutefois, des évolutions récentes, toutes à la fois théoriques, sociologiques anthropologiques et philosophiques, ont conduit à amenuiser l'exclusivité de la charge étatique quant à l'obligation de soins lui incombant, rendant cette dernière parfois accessoire.

466.- La subsidiarité de l'obligation de prise en charge incombant à l'Etat est mise en exergue par l'introduction de secteurs privés. La prise en charge étatique du système de santé, bien qu'existant toujours, a désormais laissé place à un élément problématique en raison du partage des tâches, conséquence directe de l'introduction néo-libérale de l'*économie politique des soins*¹⁰²⁵. Car si la prise en charge se doit d'être égale pour tous et que le service public hospitalier se doit d'en être le garant, sous la surveillance conjointe des juridictions administratives ainsi que de l'Ordre des médecins, c'est donc que cette obligation incombe, d'abord à l'Etat, par l'intermédiaire de son système de santé.

2. Sécurité sociale et gestion maîtrisée des dépenses de soins

Introduction du critère économique à la gestion administrative du mourant

467.- Si le fondement protecteur de l'égal accès aux soins est celui de l'exonération de toute dette, ou presque, assumés par les services de Sécurité sociale (2.1.), des différenciations ont été introduites dans la prise en charge de la santé de chacun, par l'introduction de méthodes de remboursements supplémentaires ; aux moyens d'entreprises privées d'assurance santé, de systèmes de mutuelles de santé. Le but de ces entreprises est de percevoir une cotisation mensuelle dont s'acquitte l'assuré, afin de pouvoir compléter la part non remboursée dans l'administration de soins (2.2.).

¹⁰²⁴ CE. 26 juin 1959, *Rouzet*, préc. ; voir en ce sens AJ. 1959, 273, concl. Fournier.

¹⁰²⁵ Voir en ce sens toutes les politiques de rationalisation de la maîtrise des dépenses de soins, telles l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996, *relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins*. Cette politique publique procède d'une interprétation positive et rationaliste, économique et capitaliste des politiques publiques. L'initiative d'entreprise privée est ainsi favorisée afin de compléter le *minima* étatique. Ce non interventionnisme se justifie notamment dans les théories de J. Locke ou encore de J. Rawls faisant écho aux théories de Hobbes sur l'Etat.

2.1. La Sécurité sociale, ou la spécificité française de l'égal accès à tous.

468.- Si la sécurité sociale n'est pas directement financée par l'Etat, mais en réalité par les par les cotisations des employeurs et des salariés ; elle est tout de même un EPA, ce qui rend opposable sa faute devant l'Etat¹⁰²⁶. Un rapport émanant de l'OMS décrivait le système de santé français comme étant le plus performant au monde en terme de dispensation et d'organisations des soins de santé.¹⁰²⁷ En conjuguant statistiques nationales et internationales, il apparaît que la dépense courante de santé en France représentait en 2010, 12,1 % du produit intérieur brut et 21,3 % des dépenses publiques. En 2010, 75,8 % de la consommation de soins et de biens médicaux était financée par la sécurité sociale, 13,5 % par les organismes complémentaires (mutuelles, compagnies d'assurance, institutions de prévoyance) et 9,4 % restaient à la charge des ménages. L'État et les collectivités locales assuraient quant à eux 1,2 % de la consommation de soins et de biens médicaux. La dépense totale de santé place la France en troisième position des États membres de l'OCDE après les Etats-Unis (17,4 % du PIB) et les Pays-Bas (11,9 % du PIB) en 2009¹⁰²⁸. Les statistiques semblent placer le système français sur le rang des pays les plus soucieux de la prise en charge la plus égalitaire de ses malades. Toutefois, les logiques économiques de rationalisation des politiques de santé ne sauraient résister à la nécessité de pénétrer le principe constitutionnel de l'égal accès aux soins, ce qui pourrait être attentatoire à la personne, dans le cadre de la gestion de la fin de vie.

¹⁰²⁶ Ce sont les ordonnances des n° 45-2250 du 4 octobre 1945, *portant organisation de la Sécurité Sociale* et n° 45-2454 du 19 octobre 1945, *relative au Régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles*, qui organisent, généralisent et uniformisent les prestations. Les structures nationales sont des organismes de droit public (des établissements à caractère administratif (EPA). Certains de leurs employés ont le statut de fonctionnaire. A l'échelle départementale, les structures ont un statut de droit privé. La **sécurité sociale** est un ensemble d'institutions qui ont pour fonction de protéger les individus des conséquences de divers événements ou situations, généralement qualifiés de risques sociaux. L'assurance maladie qui est une des quatre branches de la sécurité sociale, peut être un organisme purement étatique ; cela peut aussi être uniquement des assureurs privés ou bien alors il peut s'agir d'un système mixte : l'usager dispose d'une assurance public et peut contracter une assurance privée auprès d'une compagnie ou mutuelle d'assurance appelée complémentaire santé et qui complète le remboursement ou fournit un accès à un réseau de soins complémentaire. La protection du mourant est assurée par la sécurité sociale pour l'ensemble des personnes affiliées (environ 80% des travailleurs). Le reste concerne les personnes non affiliées au régime général, mais à des régimes particuliers (agriculteurs, professions libérales, enseignants, etc. Notons enfin que ceux qui n'ont pas d'activités ne peuvent être ignorés de la prise en charge des soins de santé, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 disposant que « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

¹⁰²⁷ OMS, *Rapport sur la Santé dans le Monde, Pour un système de santé plus performant*, 2000.

¹⁰²⁸ Sur budget et dotation des établissements publics de santé, voir notamment J. Moreau et D. Truchet, *Le droit de la santé publique*, op. cit., pp. 145-152.

2.2. L'égal accès à tous en concurrence avec les opérations de remboursement.

469.- Le critère financier est ainsi introduit dans la gestion de la santé, dans la possibilité pour chacun d'avoir accès aux mêmes services, à la même qualité de soins. Ce critère distinctif inviterait à s'interroger sur la persistance ou non du droit à l'égal accès aux politiques de santé¹⁰²⁹. Car l'Etat demeure le pourvoyeur de soins, et les hôpitaux publics garantissent encore l'accueil de tous. Cependant dès lors que la pathologie s'avère être grave, en ce sens que le pronostic vital de la personne semble être mis en jeu, il semblerait que le droit à l'égal accès aux soins se renforcerait, par l'hypothèse éthique et métaphysique de l'exacte identité de chacun face à la mort¹⁰³⁰. **Ainsi, la prise en charge par des complémentaires santé semble opposer une résistance au droit à l'égal accès dans la mesure ou elle suppose une différence dans l'administration des soins, par le choix qu'elle introduit quant à la possibilité de recevoir ou non un soin, et ce relativement au coût que celui-ci suppose pour celui qui en fait l'objet.**

470.- Nous affirmons dès lors que ce critère est un critère distinctif, et que toute distinction reposant sur une évaluation à raison de quelque motif que ce soit, extérieur ou intérieur, est une opposition concrète et manifeste au principe premier d'égal accès aux services de santé, reposant sur l'obligation, sous forme de commandement *éthique*, de considérer chaque individu comme une *personne*, à part entière à l'image de tous. Toute distinction procède d'une **discrimination**¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Voir J.-M. Sauvé, *Le droit des malades, 10 ans après la loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in Colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES, 5 mars 2012, « *L'approfondissement de la démocratie sanitaire, objectif global de politique publique* », www.conseil-etat.fr.

¹⁰³⁰ C'est même ce que suggère l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que ce droit s'étend à tout être humain à raison notamment « de son âge, de son état physique ou mental ». Ainsi, le mourant, âgé ou non devrait être un acteur privilégié du dispositif constitutionnel quant à sa mort. Le droit devrait être le droit du plus faible, avant tout (voir thèse en cour, S. Kadem-Tomc). C'est même en ce sens qu'une décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 précise que « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ». Voir notamment à ce propos P. Rosanvallon, *La Nouvelle question sociale. Repenser l'État-Providence*, Le Seuil, 1995, p.71. Si l'Etat n'est et ne doit pas être providentiel, il se doit d'être protecteur de tous ceux qu'il met à la marge par des législations qui imposent des distinctions de statuts dans la jouissance de droit qui, animés par la dignité première de chacun et de tous, ne devraient pas être rationalisés sous forme de politiques publiques.

¹⁰³¹ Discrimination : *discriminatio* latine ou *diaboleîn* grec, désigne la méthode qui distingue une chose d'une autre par rapport à un critère *subjectif idéaliste*, *objectivant* une réalité apparente et la prenant, en tant que partie, pour le tout. Il s'agit là du concept de *pseudo* chez Platon qui y fonde tous les sophismes politiques et juridiques d'une injuste justice. Voir notamment J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., ou encore *Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel*, op. cit., sur les développements de fin appliqués au statu de la personne mourante.

3. Les facteurs discriminants des conditions de l'accueil.

471.- La discrimination est le fait de désigner une chose eu égard à une autre, en désignant cette chose comme opposée ou contraire, lui attribuant une valeur. Il en serait ainsi dans l'attribution des soins, en fonction d'une politique de santé procédant d'une dérive économique (3.1.), qui entendrait évaluer rationnellement *les quantités de la santé* (3.2.).

3.1. Dérives économiques et discriminations.

472.- Il serait pourtant injustifiable de décrire et protéger les *uns* relativement à la description et à la protection des *autres*. Ceci serait une *justice hégémonique* rendant *l'homme coupable* de son propre sort. Cependant cette distinction se disculpait de toute responsabilité morale à une époque où toutes les dépenses publiques se justifient par elles-mêmes, introduisant une *maîtrise médicalisée des dépenses de soins*¹⁰³². Une telle obligation, conforme à une politique publique de santé de maîtrise des dépenses, serait d'autant plus importante lorsqu'il s'agirait de la fin de vie, où il apparaît que tous les organismes de gestion de la santé se mobilisent pour se réserver un droit de regard sur l'opportunité de telle ou telle pratique, justifiée sur le plan économique. **Cela reviendrait, en quelque sorte, à poser la question de l'acharnement thérapeutique, une fois de plus, mais ici fondée sur des raisons économiques. Autrement dit, le mourant qui de toute évidence coûte plus qu'il ne sera susceptible de rapporter à la société, doit-il faire l'objet d'un effort économique, justifié par l'introduction de dispositions spéciales dans le champ du droit, de telle sorte qu'il y ait une forme d'obligation de prolongement significatif de son existence ? D'un malade, curable, il est toujours possible d'attendre de lui qu'il se rétablisse et redevienne productif. D'un mourant, il s'agirait, au moyen de politiques de santé publique, plutôt de proclamer la protection des droits fondamentaux, afin de préserver la dignité de la fin de vie, mais tout en rappelant qu'il est aussi nécessaire de maîtriser une dépense de soins improductive.** Sécurité sociale, assurances, mutuelles s'interrogent conjointement en ce sens, mais dans la défense de leurs intérêts propres, quant à l'opportunité de poursuivre des traitements, lorsque le caractère irréversible d'une pathologie est avéré, invitant à rediriger

¹⁰³² L'expression est l'intitulé de l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996, préc., objectant le besoin de rationaliser les dépenses et ainsi de maîtriser les coûts de prise en charge des personnes malades.

celui qui est alors désigné mourant vers les soins palliatifs, ou accompagnement vers la mort¹⁰³³.

473.- La dérive économique viciant l'esprit qui anima les rédacteurs du Préambule de 1946, affecterait les principes repris dans l'ensemble de la déontologie médicale, et dont les juridictions françaises se devraient d'être un relais. Par conséquent, la norme serait essentiellement soumise au commandement moral kantien¹⁰³⁴, obligeant à vouloir pour *tous* ce que l'on veut pour *soi*, par *objectivisation* de l'approche *subjective* du vivre ensemble sociétal, celui-là rendu ontologiquement obligatoire par l'approche aristotélicienne de l'homme en tant qu'*animal politique*¹⁰³⁵.

474.- Ainsi, pour le moment encore, et malgré la consumérisation du droit de la santé, tout le droit positif de la santé se fonderait non point sur un individualisme sous-jacent, mais bien plus sur une solidarité fraternelle, héritée d'une philosophie dont l'approche morale est métaphysicienne. Et Kant ne rappelait-il pas dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs*, que le commandement moral est une source pour le commandement juridique, en ce sens que si rien d'extérieur, *impératif catégorique*, ne nous oblige par la contrainte, ou le risque de la sanction à agir de telle ou telle manière, c'est l'*objectivisation* d'une pensée pour soi, reposant sur un commun universel indicible, qui impose d'agir pour autrui comme on

¹⁰³³ C'est l'objet même de l'art. L. 1110-5 al. 4 du Code de la santé publique qui invite les praticiens à rapidement rediriger les personnes mourantes vers les services de gestion de la mort de l'art. L. 1110-10 du Code de la santé publique. Voir sur les soins palliatifs et leur financement : CCNE, avis n° 108 sur *les questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs*, 12 novembre 2009 ; le comité reprend à son compte l'expression du Conseil de l'Europe qualifiant les projets de soins palliatifs « d'objectifs sanitaires raisonnables » : Conseil de l'Europe, *Recommandations du comité des Ministres aux Etats membres sur l'organisation des soins palliatifs*, 12 novembre 2003.

¹⁰³⁴ *L'impératif catégorique*.

¹⁰³⁵ Le concept de *zoôn politikôn* est fondateur de la philosophie politique chez Aristote. Ainsi, énonce-t-il son projet : « Mais que l'homme soit un animal politique à un plus haut degré qu'une abeille quelconque ou tout autre animal vivant à un état grégaire, cela est évident. La nature, en effet, selon nous, ne fait rien en vain ; et l'homme seul de tous les animaux possède la parole. Or, tandis que la voix ne sert qu'à indiquer la joie et la peine, et appartient aux animaux également (car leur nature va jusqu'à éprouver les sensations de plaisir et de douleur, et à se les signifier les uns aux autres), le discours sert à exprimer l'utile et le nuisible, et, par suite aussi, le juste et l'injuste ; car c'est le caractère propre aux hommes par rapport aux autres animaux, d'être le seul à avoir le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, et des autres notions morales, et c'est la communauté de ces sentiments qui engendre famille et cité. » Aristote, *Les Politiques*, trad. Notes et index P. Pellegrin, GF Flammarion, Paris, 1993, p. 91. Il est donc dans la nature de l'homme de vivre par amitié, *filia* latine, et ainsi de conjuguer les droits ontologiquement fondés tel que d'accompagner qui que ce soit dans sa mort, contre tout individualisme, Aristote ajoutant à ce sujet que l'homme « sans famille, sans loi, sans foyer » est « comme une pièce isolée au jeu de trictrac. » Aristote, *Les Politiques*, op. cit., pp. 90-91. Le vivre ensemble procéderait d'un commandement moral extérieur, impératif catégorique kantien, reposant sur le critère ontologique aristotélicien du *vivre ensemble selon la loi*.

entend que l'on agisse pour soi¹⁰³⁶. La prise en charge de la mort est donc un objet de raison, morale, et non de droit, positif. Ne serions-nous pas encore ici en plein complexe antionien ? La loi de Créon, rationnelle et justifiée par des impératifs politiques face à la Loi de Antigone, première et ontologiquement fondée, inféodant *a priori* celle de Créon. Ainsi en serait-il du droit à pouvoir recevoir un soin approprié, sans distinction quelle qu'elle puisse être. Pourtant Créon, bien que reconnaissant la vérité que porte la loi dont sa sœur se fait l'incarnation, possède, immédiatement, un droit qui permet de nier le *droit premier*, en régissant les comportements relativement à l'introduction de critères contredisant l'essence même, inquantifiable.

3.2. Quantitativisme et santé.

475.- Nous affirmons que, bien que le service public hospitalier garantisse encore cet égal accès, *en ouvrant systématiquement ses portes à qui que ce soit*, une certaine dérive quantitativiste se serait immiscée dans l'administration de soins, et ce à raison de l'introduction de politiques de santé répondant aux exigences des assurances ayant hiérarchisé d'une part l'accès aux soins et d'autre part la qualité des soins¹⁰³⁷. Dès lors que le service public hospitalier doit répondre à des exigences politiques de rentabilité économique, le droit positif demeure, mais son application devient aléatoire. En effet, la place qui incombe aux soins se ferait secondaire, car il serait d'abord nécessaire pour les personnels soignants d'évaluer l'état de santé de celui qui se trouve en état de maladie mortifiante, et de rendre un avis favorable ou non à *son accueil*¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ Voir E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Delagrave, Paris, 1960.

¹⁰³⁷ Les remboursements de frais liés aux dépassements d'honoraires des plus prestigieux praticiens ont pour conséquences d'écartier certains des plus pauvres des meilleures attentions et des meilleures techniques de soins au seuil de leur vie, y compris dans les établissements publics de santé. Le principe du droit aux honoraires est normalement dicté par le principe de leur remboursement par la sécurité sociale. Cependant, outre les dépassements de « secteur II », la jurisprudence du CE. 25 juin 1986, *Sacaze, Rec. CE*, t. 729 ; *D.* 1987, S.C. p. 16, obs. X. Prétot ; *AJDA* 1986, p. 596, obs. J. Moreau ; *RTDSS.* 1987, p. 41, concl. Lasserre, confirme que quelques praticiens ont le « droit permanent à dépassement ». De telles dérives économiques ont conduit à justifier une politique publique de rationalisation des dépenses publiques ; voir en ce sens le projet FIDES : Ministère de la santé et des sports. Ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, *Cahier des charges de facturation des actes et consultations externes*, Version 0 du 6 mai 2010.

¹⁰³⁸ L'accueil entendu en tant que point de départ de l'hospitalisation. S'il est impossible de refuser l'accès aux soins, le praticien peut tout à fait, en pratique, renvoyer la personne chez elle après consultation en bon et due forme, avec avis favorable en raison d'un état de santé ne justifiant pas une telle hospitalisation, ou encore en justifiant de frais exorbitants après l'information quant aux frais prévisibles, requise par le patient conformément à l'art. L. 1111-3 du Code de la santé publique. Nombres d'hypothèses de la sorte ont conduit à faire émerger la responsabilité de praticiens ayant négligé leur diagnostic, ceci ayant entraînée la mort de leurs victimes. Voir en ce sens C. cass. crim., 26 janvier 2000, *Bull. crim.* n° 46., rejetant le fondement de l'homicide involontaire de

476.- Cette évaluation aurait pour objectif de rationaliser la maîtrise des coûts liés à la gestion de la santé dans les services publics hospitaliers, en vue de ne point occuper inutilement des places, à des fins de confort. Ainsi, et ce afin de justifier de cette exigence qui intuitivement apparaît être attentatoire, la loi oblige les personnels soignants, et en particulier le médecin, à rationaliser la prise en charge du mourant, dès le commencement de celle-ci. C'est en ce sens que la délivrance de l'information doit également comporter les aspects économiques, ou tout au moins de manière déguisée, en rappelant la potentialité de réussite des interventions proposées. Ceci révélerait que l'information due au patient reposerait ainsi sur une double obligation : celle de prévenir le patient que, dès lors qu'il accepte de recevoir un soin, il doit consentir à s'exposer au risque médical, théorie traditionnelle en matière de responsabilité ; mais aussi celle qui permet de gérer l'administration hospitalière comme une entreprise de soins, ayant ses obligations extérieures à sa mission première de prodiguer l'assistance à ceux qui sont en état de détresse. Comprenons ainsi que les services hospitaliers puissent se déclarer incompetents, dès lors qu'aucun service au sein d'une unité hospitalière ne semble correspondre à la nécessité de l'un ou de l'autre ; la maîtrise des dépenses de santé occasionnant de plus en plus de fermetures de services au sein des établissements hospitaliers les moins rentables, opérant une centralisation de la gestion de la santé.

477.- C'est ainsi que de plus en plus de services de soins se créent sur initiative privée, pour pallier, ou remplacer l'insuffisance manifeste de *services publics* et notamment dans l'accompagnement de personnes en période de convalescence ou encore en période dite de fin de vie. Les services de soins palliatifs seraient dans l'obligation de faire des choix, étant également soumis aux mêmes obligations de rentabilité, et ainsi devraient renvoyer vers des entreprises extérieures aux unités hospitalières, ceux dont l'état de santé serait jugé pouvant être pris en charge dans un cadre privé¹⁰³⁹.

l'art. 221-6 du Code pénal au motif que le lien de causalité était insuffisamment caractérisé. *A contrario*, comprenons qu'il est nécessaire de relever un accident dont le lien causal n'a pas à être ni exclusif, ni ne doit être direct, ni immédiat.

¹⁰³⁹ Voir en ce sens, et dans la droite lignée des initiatives de gestion privée de la fin de vie connue au Royaume-Uni notamment (voir rapport du Sénat, *Soins palliatifs*, Services des affaires européennes, octobre 1998, www.senat.fr) la FHP-MCO (Fédération de l'Hospitalisation Privée, Médecine, Chirurgie, Obstétrique) « propose de créer un «**Club Soins Palliatifs**» du secteur privé afin de favoriser échanges, partage d'expériences et de [...] permettre de mieux appréhender nos préoccupations communes. » Ce club serait piloté par le Dr Ph. Tourrand et G. Parmentier. Sa première réunion a eu lieu le 6 septembre 2012. Il semblerait donc que la gestion privée de la fin de vie soit entrée dans sa phase active.

478.- L'accompagnement à la mort relève dès lors aujourd'hui d'une concurrence entre mission de service public et entreprises à caractère privé, à missions spéculatives et de profit¹⁰⁴⁰. Pourtant, la relation est nécessaire, et les obligations du médecin public constitueraient encore et toujours la promesse de la bonne prise en charge des droits du mourant, et derrière les aspects techniques, de tous ordres, inhérents à la délivrance de l'information, pourrait encore se cacher la volonté réelle de garantir au mieux la prise en charge la plus appropriée du mourant.

B. L'information du mourant sur son état : un devoir d'abord pour le médecin.

479.- Le devoir d'informer le patient est une obligation légale¹⁰⁴¹ reposant sur le fondement de l'obtention de son consentement, comme expression d'un aspect de *vie privée*. Comprenons que le droit général à l'information est conforme au respect du consentement¹⁰⁴². L'information est délivrée pour le bien du malade, et dès lors le consentement de celui-ci est présumé.

480.- L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique indique à ce propos que le malade est un *usager*. La disposition légale resterait conforme à l'esprit du législateur qui fait de la personne un *acteur-usager* de sa santé¹⁰⁴³. Cette position de garantie imposerait une mutation de la démocratie sanitaire en *impératif démocratique*, la qualification d'usager au profit du malade se faisant conformément à un impératif légal¹⁰⁴⁴ (1.). Notons de plus qu'en tant qu'usager, l'obligation d'être informé est d'application générale, et que seule la force majeure

¹⁰⁴⁰ Ce qui est normal dans un pays comme la Suisse où ce sont des associations entreprises privées qui gèrent l'assistance au suicide.

¹⁰⁴¹ Pour une étude complète et technique voir P. Sargos, *L'obligation d'informer le patient*, Petites affiches n° 189 du 22 septembre 1999.

¹⁰⁴² Voir en ce sens F. Alt-Maes, *Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ?*, in *Gaz. Pal.*, 16 décembre 2003, pp. 3639-3646. L'auteur souligne (p. 3642), sous le titre « Le droit à l'information, un droit personnel de l'usager », que le droit à l'information avant l'acte médical est la seule garantie du consentement éclairé du malade.

¹⁰⁴³ Voir en ce sens la Lettre de la HAS, *Vers des patients acteurs de leur santé*, n° 24, novembre-décembre 2010.

¹⁰⁴⁴ C'est le décret du 14 janvier 1974 relatif au *fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux*, préc., qui marque un tournant visant à consacrer la notion émergente depuis la fin de la seconde guerre mondiale. La circulaire du 20 septembre 1974, *relative à la charte du malade hospitalisé*, prise en application du texte, traduit cette évolution vers la reconnaissance du statut d'usager du système sanitaire, avec la première charte du malade hospitalisé. Celui-ci est désormais entendu en tant que « sujet de soins », et dispose de droits spécifiques à son statut de malade procédant des droits premiers inhérents à sa personne.

devrait pouvoir empêcher celui à qui elle incombe¹⁰⁴⁵. Pourtant, le médecin pourrait se réserver des causes propres afin de s'abstenir de délivrer l'information (2.), ce qui se justifierait au regard des limitations quant à l'autonomie réelle de la volonté du malade (3.).

1. L'obligation légale d'informer.

481.- La charge de la preuve de la bonne information incombe à l'équipe médicale, et ce conformément au droit commun de la preuve en matière d'obligation du médecin¹⁰⁴⁶, pourtant rappelé à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. La charge de l'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription et, depuis la loi du 4 mars 2002, elle appartient à tout professionnel ou établissement de santé. Cette disposition fait suite au revirement de jurisprudence entamé depuis un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997¹⁰⁴⁷, précisant que « celui qui est légalement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de l'obligation... Le médecin est tenu d'une obligation d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». La Cour de cassation a précisé ensuite¹⁰⁴⁸ que « la preuve de cette information peut être faite par tous moyens » ; en pratique il s'agirait de l'arsenal procédant tout à la fois du droit commun de la preuve, ainsi que des pièces préconstituées ou éléments rattachés au dossier médical : témoignages, présomptions, fiches, comptes-rendus, lettres à des confrères, directives anticipées.

¹⁰⁴⁵ Art. L. 1111-2 al. 2 du Code de la santé publique énonce cette condition de force majeure : « Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. ». Voir *contra*, C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., confirmé par C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc. ; ou encore dans le sens du texte sus-visé CAA de Douai, *M. et Mme A. c/ ONIAM*, 16 mars 2010 : le juge administratif considère en l'espèce que « compte tenu de la très faible probabilité d'occurrence des complications en cause, il est peu probable que l'information aurait modifié le choix thérapeutique de Mme A » de telle sorte que la non transmission de l'information a été justifiée par sa plus faible occurrence probable ; toutefois action reconnue car il y a bien une possibilité d'agir après l'action auprès de l'Oniam sur le même fondement des art. L. 1142-1 s. du Code de la santé publique. Voir commentaire Colloque *Prix et remboursements des médicaments : bilan d'une politique*, IDS Paris Descartes, 23 juin 2010, p. 8. Voir sur la définition jurisprudentielle du respect du devoir d'information : CE, Ss. Sect. *Mme A. c/ centre hospitalier de Châteauroux*, 14 novembre 2011. Considérant que « Mme A avait donné son consentement à la réalisation de cette opération, en certifiant que l'ensemble des risques et complications potentiels de cette chirurgie lui avaient été clairement indiqués ; que cette attestation faisait état de l'entretien individuel que la patiente avait eu avec le praticien qui allait réaliser l'intervention, » le Conseil d'Etat affirme que le devoir d'information de l'art. L. 1111-2 du Code de la santé publique est respecté, et que la requérante n'est pas fondée à intenter une action sur le fondement de l'art. L. 1142-1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁴⁶ La Cour de cassation réaffirmant régulièrement les obligations déontologiques du médecin sur le fondement de l'application du droit commun de la preuve ; voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *Bull. civ.* 2008, I, n° 273.

¹⁰⁴⁷ C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, préc.

¹⁰⁴⁸ C. cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, préc.

482.- La loi du 4 mars 2002, en posant la nécessité d'un entretien individuel, retranscrit dans le dossier médical, impliquerait que le *dialogue* prime sur tout autre moyen de communication¹⁰⁴⁹. Il s'agirait alors d'une nouvelle *uniformisation, sous l'aspect d'une garantie* des droits de l'information, dont l'écrit pourrait être le critère d'admission actualisant. Cette position serait soutenue par l'apparition inédite de l'*e-santé* comme **nouvel outil de protection des droits du malade**. Toutefois, des voix s'élèveraient au sein des plus hautes instances¹⁰⁵⁰, rappelant que l'inscription au dossier médical des assentiments et dissentiments du malade¹⁰⁵¹ conduirait inéluctablement vers un nouveau formalisme, celui déjà en marche de l'*e-santé*¹⁰⁵². De plus, la dérive évidente résultant de celui-ci serait la constitution d'un dossier médical d'*instruction*, au sens pénaliste du terme, permettant de préconstituer les preuves adéquates à fournir, dans un éventuel procès en responsabilité. En ce sens, sans plus entrer dans cette perspective, l'automatisation des critères de correspondance, entre les indices de l'état de santé et l'information au regard de l'inscription de celles-ci dans l'*e dossier médical*¹⁰⁵³, correspondrait au triomphe de la codification du vivant.

483.- Pour le moment, le malade est encore plutôt oralement¹⁰⁵⁴ tenu informé, en temps réel des éléments intrinsèques à sa maladie¹⁰⁵⁵, chaque nouvel élément devant faire l'objet, en théorie, d'une nouvelle information. Il prendrait ainsi conscience de son état, à tel point que

¹⁰⁴⁹ N. Levray, *Le patient-usager, acteur de sa santé*, La Gazette santé-social, n° 74, mai 2011. Ces positions étant dans l'esprit de l'art. L. 1111-4 al. 1 du Code de la santé publique.

¹⁰⁵⁰ Voir Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *L'e-santé et la démocratie dans les régions*, Recommandation 212-2007, du Congrès des Pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 12 mars 2008 lors de la 1021^e réunion des Délégués des Ministres, CM/Cong(2008)Rec212 final 14 mars 2008 ; le comité rappelle que certes l'e-santé « est une question qui concerne un large éventail d'acteurs, d'actions et de politiques, apportant principalement des avantages (permettant, par exemple, d'améliorer l'accessibilité aux services et produits de soins de santé ou de conférer une autonomie accrue aux citoyens en améliorant leurs connaissances et leur capacité à participer aux décisions relatives à leur santé) mais comportant aussi certains risques et problèmes potentiels liés à la nécessité d'assurer la protection des droits fondamentaux des usagers. »

¹⁰⁵¹ Décret 2002-637 du 29 avril 2002, *relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels et les établissements de santé en application des articles L. 1111-7 et L. 1112-1 du code de la santé publique*, obligeant que le dossier porte la trace des informations données au patient afin de contribuer à la qualité de la continuité des soins.

¹⁰⁵² Voir en ce sens M. Fieschi, P. Staccini, O. Bouhaddou et C. Lovis, *Risques, technologies de l'information pour les pratiques médicales*, Springer, coll. Informatique et Santé, 2009, pp. 131 s.

¹⁰⁵³ *Ibid*, pp. 133-134 quant aux problèmes liés à la modélisation du vivant dans les systèmes d'informations électroniques.

¹⁰⁵⁴ L'ANAES souligne la primauté de l'information orale (dialogue nécessaire) et considère que le document écrit constitue un complément possible n'ayant pas vocation à recevoir la signature d'un patient. Voir ANAES, *Information des patients, Recommandation destinées aux médecins*, mars 2000.

¹⁰⁵⁵ Le patient doit systématiquement être tenu au courant des évolutions postérieures à tout investigations, ou thérapeutiques ; cette obligation légale tirée de l'application de l'art. L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique, élargie le champ de l'obligation d'information à un devoir éthique de respecter toutes les étapes de l'évolution de la *personne-malade-mourante*.

le mourant deviendrait et se transformerait en celui-là. La personne malade, en phase terminale d'un cancer, serait bien souvent désignée non plus comme *monsieur ou madame untel*, mais comme le cancéreux. A ce propos, ce néologisme se généralise dans les années 70 et marque bien le passage de la considération de la personne irréductible à la personne réductible, à son état de santé.

484.- Comprenons que l'information est une chance, mais surtout une contrainte, tant pour la partie la recevant, car elle doit entendre ce qui la fait déjà souffrir, et de plus se confronter à des éléments de langage qui lui sont le plus souvent étrangers ; que pour la partie qui la délivre, dans la mesure où la complexité des rouages même de la délivrance de l'information l'oblige à devoir faire des choix, et ainsi parfois à tronquer des éléments qu'elle juge accessoire. C'est en ce sens que, parfois, le médecin est autorisé, sur le fondement de la préservation de la dignité du mourant, de retenir tout ou partie d'une information.

2. Sauvegarde de la dignité du mourant et rétention d'information.

485.- Le devoir du médecin de mettre en œuvre tout les moyens nécessaires à la sauvegarde de la dignité de la personne¹⁰⁵⁶ trouverait un prolongement dans la possibilité de garder le malade dans l'ignorance, lorsque cela se justifierait par la survenance d'un pronostic grave, sous réserve du respect des conditions énoncées à l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique. Le devoir d'information prendrait alors les aspects d'un devoir de silence, devoir dont il serait d'usage afin de préserver l'esprit de celui qui va mourir¹⁰⁵⁷. Or, les positions du juge de la Haute Cour civile auraient tendance à muter en la matière. Dans sa jurisprudence récente, le juge de la Cour de cassation entend faire apparaître un préjudice d'impréparation, en ce sens que le patient mal informé, ou non informé ne serait pas à même de pouvoir déterminer exactement le meilleur comportement à adopter, et ainsi, le juge considérerait son consentement en quelque sorte vicié¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ Voir C. cass. Req., 8 janvier 1942, *Teyssier*, préc.

¹⁰⁵⁷ Voir I. Génot-Pock, *Droit à la rétention d'information ou devoir d'information : la nouvelle formulation du Code de déontologie médicale*, Actualités JuriSanté, n° 78, juillet 2012, pp. 19-21.

¹⁰⁵⁸ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, sur lequel nous reviendrons quant à la responsabilité délictuelle du fait d'une mauvaise information, confirmé, par C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

486.- Cela signifie que, si le médecin a bien le pouvoir dans la détermination des composantes de l'information, ce qui fait perdurer une forme de paternalisme médical, en réalité, ce pouvoir ne serait qu'une possibilité, en ce sens qu'il pourrait être soumis au contrôle du juge, quant à ses composantes mêmes¹⁰⁵⁹. Le juge se permettrait ainsi de pouvoir apprécier de la pertinence des informations en elles-mêmes, se donnant le pouvoir de dire si elles pouvaient conduire le patient à se fonder raisonnablement dans son choix, notamment en s'appuyant sur le fondement du risque. Si cette position semble parfaitement s'inscrire dans une mission de *justice*, retenons toutefois qu'elle pourrait aller au-delà de l'esprit de la loi qui entend accorder une pleine liberté d'autonomie au médecin dans la gestion de son activité.

487.- Pourtant ce serait logique, attendu que si le médecin est certes autonome dans la détermination des composantes de l'information, celles-ci appartenant en apparence prioritairement à un langage médical, la délivrance, en elle-même, obéit à une obligation légale, dont la jurisprudence, tant de la Cour de cassation, que celle du Conseil d'Etat, est venue abondamment préciser les modalités relative au risque thérapeutique ; rappelant que si l'information est médicale, ses conséquences sont immédiatement de nature juridique, l'esprit jurisprudentiel se trouve être conforme à celui de la loi, de telle sorte qu'en réalité ce sont bien les effets juridiques qui doivent prévaloir, bien que le risque soit inhérent à l'activité médicale. Ceci se justifie sur le fondement que les effets de la norme de droit sont les seuls à même de réguler les comportements humains, et donc, y compris, ceux du médecin qui a tout à craindre d'une « rétention d'information, fût-ce dans l'intérêt du patient, au regard de la responsabilité qui pèse sur lui. »¹⁰⁶⁰.

488.- A cet égard, il convient de souligner le rôle que pourrait jouer le dossier médical détenu par les établissements de santé. Il s'agirait d'un dossier partagé entre les professionnels de santé, dans la limite de ce que la loi autorise, en particulier au sein des équipes de soins au sens de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique. La loi du 4 mars 2002 a prévu, qu'en principe, la personne malade ait accès à toutes les informations concernant sa santé, informations détenues par les professionnels et établissements ou échangés entre eux sous

¹⁰⁵⁹ C'est ce que semble confirmer les jurisprudences vues dans la note précédente attendu que le juge se positionne clairement notamment dans l'arrêt C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, en faveur du patient quant à la délivrance de l'information, rappelant une fois de plus l'idée de risque comme fondement des composantes de celle-ci.

¹⁰⁶⁰ Voir en ce sens M. Dupont, *L'humanisme et l'information médicale*, in M. Mignon, *Humanisme médical : pour la pérennité d'une médecine à visage humain*, éd. John Libbey, 2003, p. 96.

réserve des droits des tiers¹⁰⁶¹ ; cela signifierait que l'exacte application des dispositions de la loi de 2002 présupposeraient d'une opposabilité totale de l'intégralité des informations résultant des investigations et analyses des équipes médicales.

489.- Néanmoins, le droit de garder une information sous silence est contenu au visa de l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale, et rappelé à l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique. En ce sens, dans le cadre spécifique de la fin de vie, il revient au médecin et à l'équipe médicale de déterminer la gravité du pronostic¹⁰⁶². Une telle décision, prise collégalement, emporte de lourdes conséquences en matière juridique. Non seulement la vie privée de la personne en est atteinte au nom de la protection de sa dignité morale¹⁰⁶³, mais également du fait d'une justification purement médicale, d'une éthique biologique, de la sauvegarde de la dignité du patient, par sa composante physique relative à son intégrité. Dès lors que l'usager connaîtrait l'engagement de son pronostic vital, il n'aurait plus réellement d'emprise sur son statut, car le corps médical serait là pour garantir, *a priori*, toute atteinte, du seul fait, une fois de plus de l'état de vulnérabilité que présuppose la condition de mourant. Il y aurait alors une forme de présomption de protection incombant au médecin, déléguant la charge de l'accompagnement, et ainsi pouvant légitimer tout type de comportement adopté. Ceci se justifierait d'autant plus, en pratique, en dehors de tout contrôle judiciaire, car le médecin serait le seul à être, tant au commencement, qu'à la fin, à même de déterminer effectivement les conditions de l'élaboration des modalités de l'information.

490.- Certainement que le caractère exclusivement médical, aux consonances parfaitement lointaines des aspects juridiques et légaux, ne serait pas totalement étranger à cette forme d'omnipotence du médecin en la matière. Certainement aussi que, si l'information portait avant tout sur les aspects les plus normatifs et procéduraux, le médecin serait bien moins tenté de se retrancher derrière une sorte d'ingénuité à prétendre ne pas pouvoir faire mieux afin de préserver la dignité du mourant.

¹⁰⁶¹ Voir en ce sens C. Swan, *La médecine et le droit*, op. cit., pp. 129 s., au sujet des droits des tiers que sont les compagnies d'assurance, la sécurité sociale, le médecin en qualité de témoin, les médias, etc.

¹⁰⁶² Art. 35 al. 2 du Code de déontologie médicale, et art. R. 4127-35 du Code de la santé publique : « le praticien apprécie en conscience ». Ceci doit être dès lors regardé en considération de l'ensemble des connaissances acquises par la communauté scientifique.

¹⁰⁶³ L'art. 35 al. 3 du Code de déontologie médicale et l'art. R. 4127-35 du Code de la santé publique disposant qu'« un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection ». Le législateur présume intégralement du meilleur quant aux dispositions psychologique, éthique et psychique, voir spirituelle, du corps médical à parvenir à préserver la *personne-malade-mourante* de la souffrance résultant de l'information de l'imminence de sa mort.

3. Informer l'ignorant et ignorer sa capacité.

491.- Le mourant serait par conséquent un acteur : c'est-à-dire que le scénario serait écrit à l'avance. Or, l'accompagnement, ce vœu de protéger une psychologie affaiblie, que soutiendrait le devoir d'information, introduirait l'idée de persuasion, dont on pressent l'existence dans l'intitulé de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, faisant de la mise en œuvre de tous les moyens propres à assurer le respect de la dignité du malade, un *impératif sanitaire*. Si informer correspondrait à la possibilité de renvoyer le mourant face à sa plus grande liberté, celle de consentir à faire tel ou tel choix, alors, le devoir de lui imposer les paramètres du choix n'en serait qu'une explicitation des dispositions théoriques sous-jacentes, procédant d'une philosophie idéaliste, individualiste, et *scientifiste*, réduisant la volonté à une autonomie, c'est-à-dire un dessin prédéfini des composantes de celles-ci. Le mourant, en pratique, ne saurait faire autrement que de respecter ce qui lui est donné, sans pouvoir être à l'initiative de quoi que ce soit.

492.- La liberté kantienne trouverait ici son point d'encrage : être acteur de sa santé, ce serait être celui qui fait un choix en fonction d'une taxinomie légale de l'*être*, compris en tant qu'objet *biologique*¹⁰⁶⁴. Cette opportunité serait pré-établie, et ce au regard d'une étude psycho sociologique du statut du malade devenant le mourant, et dont les termes seraient directement introduits comme opposables devant un tribunal, car participant de l'obligation de délivrance de l'information. Voilà pourquoi le mourant ne serait plus le même acteur que le malade. Il aurait changé de rôle. Et une telle transformation apparaîtrait parfaitement bien aujourd'hui dans la situation où **le pronostic deviendrait entaché d'une gravité telle, que l'information pré-construirait un danger pour l'intégrité du mourant, et que l'isolement serait en ce sens préconisé**¹⁰⁶⁵. C'est en ce sens qu'il serait d'usage de transférer systématiquement les mourants dans des chambres individuelles, aux abords immédiats de la mort¹⁰⁶⁶, afin de préserver, des regards indiscrets, une dignité fuyante. Toutefois, la logique consumériste des prestations de santé auraient le plus souvent raison de la réalité d'une telle initiative, ou bien alors interdisant l'accès pour cause d'impossibilité matérielle, ou bien pour cause d'impossibilité financière du mourant.

¹⁰⁶⁴ C'est la redondance du préfixe *bio* qui suggère cette remarque.

¹⁰⁶⁵ L'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique préconisant de sortir le mourant diagnostiqué en tant que tel du service spécialisé pour le faire entrer dans le service de soins palliatif de l'art. L. 1110-10 du code de la santé publique.

¹⁰⁶⁶ Voir B. Legros, *op. cit.*, p. 49.

493.- C'est même en se fondant sur cet esprit rationnel que l'autonomie serait relative, eu égard à un champ taxinomique des possibles qui se restreindrait à mesure que la vie s'étiolerait. *D'acteur actif de sa maladie, le mourant deviendrait acteur passif de sa mort, regardant celle-ci survenir sans espoir autre que de mourir dans la dignité que lui aurait promis l'hôpital.* La question de l'incapacité ne ferait plus l'ombre d'un doute en pratique, et pourtant ne serait jamais posée autrement que dans les faits, en dehors de toute considération juridique. **De plus, l'information, promesse de « belle mort », suggérerait que rien ne puisse être réalisé de mieux que ce qui a été promis, la jurisprudence récente de la Cour de cassation semblant soutenir pareille hypothèse.** C'est en soutenant cette thèse que le juge considère, dans un profond esprit humaniste, que s'opèrerait ainsi un rapprochement par rapport aux droits de la personnalité, sur le fondement de l'article 9 du Code civil « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvr[ant] droit à réparation »¹⁰⁶⁷. Dans cette perspective, l'*indignité* ne pourrait que résulter de la mise en œuvre des moyens de prise en charge, et ce serait la raison pour laquelle aucune action en responsabilité n'émanerait des mourants ou de leur famille à raison d'une atteinte à la dignité, du fait même de la prise en charge. Ceux-ci seraient en réalité maintenus dans l'ignorance *d'un meilleur que ce qu'il reçoit*. Le « triomphe des médecins » serait en ce sens entretenu par celui des juristes¹⁰⁶⁸, ceux-ci estimant qu'il existe *un seuil maximum de garanti*, en ce sens qu'il aurait une limite aussi dans ce registre, dans la négation d'une vérité totale. C'est ce que suggère un humanisme, nécessairement idéaliste, considérant que tout est mesurable, y compris la vie privée et la dignité, car elles sont elles-mêmes en réalité imbriquées et inféodées à la prise en charge, dans un ordre chronologique non identifiable.

494.- Notons à ce propos que la réception de l'information, dans le cas spécifique de l'incapable, serait déduite de la transmission de la dite information relevée à l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique¹⁰⁶⁹. Il s'agirait en effet de percevoir la protection au moyen de l'information, en tant que procédant d'un sous-jacent d'humanisme¹⁰⁷⁰, celui-ci reposant sur la

¹⁰⁶⁷ Voir C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 73, préc.; ainsi que C. cass. 1^{ère} civ. 5 novembre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 378, préc.

¹⁰⁶⁸ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 338.

¹⁰⁶⁹ Les dispositions de l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique suggère que l'incapable est ici strictement représenté par la personne de confiance qui décide, certes collégialement et quasi inféodée, avec l'ensemble de l'équipe médicale. Voir en ce sens notamment pour une étude comparative des évolutions légales dans le temps, B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, op. cit., pp. 94 s.

¹⁰⁷⁰ Voir en ce sens le commentaire de l'arrêt C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., au rapport annuel émanant de la Cour de cassation, 2010, confirmé par C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc. Voir en ce sens, pour une approche

volonté de faire correspondre le droit à l'information comme reposant sur un droit commun élémentaire, tel que le respect de l'intimité de la vie privée¹⁰⁷¹.

495.- Pourtant une telle hypothèse semblerait s'éloigner de l'application qui en est faite *in concreto*, dans la mesure où, la rapidité de l'exécution, technique et théorique de la médecine, pousserait à rejeter la vie privée au rang des concepts à *objectiviser*. Lorsqu'il y a urgence, l'équipe médicale, et plus pragmatiquement le représentant présent dans l'urgence, se retrouverait seul à décider ; il serait *de facto* la personne de confiance s'il y a impossibilité d'obtenir le consentement de la personne ou encore d'un proche¹⁰⁷².

496.- Le médecin serait plus que jamais **décisionnaire exclusif** de la santé du mourant, sans que cela ne soit réellement apparent, puisque la loi justifierait désormais le *paternalisme médical*, obligeant même le médecin à convaincre de la pertinence de son intervention, ce qui constituerait un prolongement de son devoir d'information ; dont le contenu deviendrait progressivement un code préconstituant les modalités de requête du respect de la dignité du mourant.

techniciste, E. Rial-Sebbag, et A. Thomas, *Ethique et législation pour l'exercice médical*, éd. Estem, De Boeck, 2005, pp. 3 s.

¹⁰⁷¹ Voir en ce sens S. Hocquet-Berg, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, in *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, p. 1121-1129 ; partant du droit antérieur à la loi de 2002, p. 1125 § 20, elle prend pour point de départ une comparaison avec l'arrêt 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *Bull. civ.* 1996, préc., affirmant que la sanction du non-respect de la protection de la vie privée, fondée sur l'article 9 du code civil, est la sanction du non-respect du droit subjectif à la protection de son intimité, et n'a plus à passer par la mise en œuvre des principes de l'article 1382 du code civil. C'est en ce sens qu'elle préconise de considérer la même évolution en matière d'information médicale : « Afin de mieux sanctionner les atteintes à ce devoir d'humanisme mais aussi pour ériger celui-ci au rang de droit à la dignité du patient, il est sans doute possible et souhaitable d'y voir là un véritable droit subjectif. »

¹⁰⁷² Peut-on aller jusqu'à parler d'interventionnisme en raison d'une incapacité de fait. La procédure du référé, en droit civil, ou encore du référé suspension en droit administratif seraient des solutions admissibles aux cas les moins urgents ; pour ce qui le sont plus, qui demeurent dans l'imminence, la responsabilité du praticien doit être regardée au delà d'une seule responsabilité administrative pour être poursuivie dans le domaine de la responsabilité civile ; voir en ce sens G. Mémeteau, *Le contrat médical ; la responsabilité civile du médecin*, *Trait. dr. Méd. ss. Dir. L. Mélenec*, Maloine, 1982, p. 54. Notons que la question de l'interventionnisme en tant qu'*impérialisme médical* fut très tôt posée, au regard de l'émergence du droit de la santé, par R. Savatier, *L'impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines*, op. cit. p. 157 qui rappelle que le contrat médical ne peut être rattaché « au domaine des affaires, alors qu'il a pour objet l'intégrité même de la personne humaine. » Et d'ajouter que « dans la conjoncture où l'on impose au malade d'abandonner entièrement toute volonté propre aux mains d'un tout-puissant tuteur, il devient impensable de tolérer l'irresponsabilité de ce tuteur. », p. 159.

C. La nécessité de convaincre le patient de la pertinence de l'intervention proposée

Quand la promesse se fait protection du mourant contre lui-même

497.- La nécessité de convaincre est d'abord une obligation d'origine jurisprudentielle¹⁰⁷³, désormais fondée légalement. C'est aux termes de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique que le législateur a entendu donner un cadre légal à l'obligation de « tout mettre en œuvre pour [...] convaincre [la personne] d'accepter les soins indispensables. »

498.- Cette obligation confèrerait à l'accompagnement de la fin de vie un aspect éthique, au moyen de l'introduction d'une mission d'ordre moral d'*assistance de la personne*. Dans un moment de faiblesse propre à l'éloigner de toute préservation d'une perte de chance de poursuivre son existence, la *personne-malade-mourante* serait confrontée à une *joute verbale* avec un médecin dans l'exercice de ses fonctions¹⁰⁷⁴. Ainsi la relation que le médecin nouerait avec le mourant se teinterait d'une obligation morale, reprise par la loi, reposant sur un fondement plus éthique, à caractère philosophique, remontant aux origines même de la déontologie médicale, dans une forme de contrat social (1.). Les atteintes potentielles, contenues dans la limitation de la *liberté* du mourant, pourraient tout de même trouver un écho dans une approche participative (2.), au fondement d'une responsabilité morale, justifiant la passivité occasionnelle du mourant (3.).

1. Déontologie médicale et contrat social

499.- Avant d'être une obligation légale, l'obligation de convaincre reposerait sur une obligation déontologique, présupposée d'un devoir éthique de secourir le mourant (1.1.). Cette obligation contraindrait médecins et patients à obéir aux règles d'un contrat social de médication (1.2.).

¹⁰⁷³ Voir en ce sens J.-F. Burgelin, *L'obligation d'information expliquée aux médecins*, Etude du Procureur général près la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation, 1999. Voir également, E. Rial-Sebbag, et A. Thomas, *Ethique et législation pour l'exercice médical*, op. cit., pp. 12-19.

¹⁰⁷⁴ Obligation opposable sur les plans déontologiques, administratif au surplus de la déontologie, et civil et pénal.

1.1. Déontologie médicale et obligation légale du soin

500.- Cette obligation est premièrement légale¹⁰⁷⁵. Pourtant, la relation ontologique qu'entretiennent l'obligation et la chose qu'elle libère, présupposerait, en amont, un engagement de nature contractuel¹⁰⁷⁶ *ipso facto*, que nous pourrions traduire plus simplement au moyen de l'idée de déontologie¹⁰⁷⁷. Comprenons que le médecin, bien que limité, en apparence, dans l'exercice de son art, par l'obligation de requérir le consentement suite à la délivrance de l'information, serait tout de même reconnu comme le connaissant face à l'ignorant ; le devoir d'information consacrant *l'obligation d'ignorance* du patient. C'est de là que proviendrait l'admission du cet *a priori* de faiblesse *incapabilisante* du malade, *a fortiori* du mourant.

501.- L'idée déontologique reposerait sur le devoir pour le médecin d'accompagner son patient, jusqu'à ce qu'il puisse lui garantir sa guérison, ou jusqu'à la mort, ayant tout mis en œuvre, dans l'un ou l'autre des deux cas, pour préserver dignité et intégrité de la personne¹⁰⁷⁸. Cette obligation à caractère étatique et administratif, relevant d'un ordre public, invite, une fois de plus, à méditer sur le *droit premier* sur lequel elle repose. Ainsi, l'obligation est celle d'un droit de protéger la personne des dangers qu'elle encoure, jusque dans la situation de maladie pouvant entraîner la mort. Cette dernière ne devrait être qu'un aboutissement naturel, auquel nulle opposition d'ordre médical ne pourrait enfreindre plus *sa loi*. Ainsi, c'est en se reportant à l'article 16-3 du Code civil que nous entendons préciser là que l'obligation de

¹⁰⁷⁵ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹⁰⁷⁶ Celui là même que la Cour de cassation consacra dans l'arrêt *Mercier*, reconnaissant une relation qui *de facto* offre des conséquences de nature juridique, sans qu'il n'en soit décidé *a priori*, comme c'est le cas désormais.

¹⁰⁷⁷ C'est dans un arrêt *Teyssier*, C. cass. 28 janvier 1942, préc., que le juge civil interprète l'obligation d'information qui en 1942 n'était point légale mais tirée de la déontologie présupposée dans la pratique de l'art médical. La Cour de cassation dégage de cette obligation le droit au consentement éclairé à raison du respect de la personne humaine en dehors des cas de force majeure. Cette jurisprudence présuppose déjà la nécessité pour le médecin de convaincre le patient ; en effet, c'est de l'obligation d'informer que l'on présuppose l'obligation d'obtenir le consentement en vue de pratiquer la thérapeutique *objet* d'information. Or si le médecin doit informer c'est bien qu'il doit satisfaire pleinement à cette obligation pour pouvoir satisfaire pleinement à l'exercice de son art. Cela se justifie d'autant plus qu'il convient de considérer de cette jurisprudence que « le médecin, même agissant dans le cadre d'un hôpital public, est pleinement indépendant pour apprécier l'utilité, la nature et les risques de l'opération qu'il décide de pratiquer, et cette indépendance, qui est extérieure au lien qui rattache le praticien à l'Administration, a pour corollaire la responsabilité de celui-ci. » : B. Hoerni et J.-P. Bouscharain, *Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942, quelques remarques sur une décision « oubliée »*, Histoire des sciences médicales, Tome XXXV, n° 3, 200, p. 301.

¹⁰⁷⁸ Cette déontologie élémentaire est celle contenue dans le serment d'Hippocrate qui pourrait être le seul texte de référence médicale, à caractère juridique, en tant qu'opposable devant les juridictions administratives en raison de la faute commise dans la fonction, ou civile et pénale à raison de la faute commise en dépassement de la fonction. Le seul droit commun pourrait en cette hypothèse suffire à réguler les relations patients-médecins lorsque le patient se fait mourant et que son statut n'est autre que celui de personne, de droit commun, avant tout.

porter secours, par l'administration de soins, reposerait, en droit civil, sur l'obligation légale de porter atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité médicale¹⁰⁷⁹. C'est dans l'expression de la situation ultime de l'atteinte à l'intégrité du corps humain, par exception à la règle, que s'exprimerait la nécessité de porter secours à celui qui serait face à son propre dépérissement et dont l'état pourrait le conduire à sa perte. C'est ici que se fonderait l'obligation d'assister, même au-delà de l'expression de la volonté de celui qui en est le destinataire¹⁰⁸⁰.

502.- Le non respect de cette obligation légale, et peut-être même avant celle-ci, celle d'un *bon père de famille*¹⁰⁸¹, pourrait conduire aux chefs d'incriminations les plus graves¹⁰⁸² : la responsabilité pénale restant une exception, même si la chambre criminelle de la Cour de cassation est régulièrement saisie d'affaires en ce sens là. La responsabilité pénale du médecin pourrait d'ailleurs être mise en cause sur le seul fondement de l'article 121-18 du Code pénal qui prévoit qu'il y a délit en cas de « manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. ». Cette disposition d'ordre public suffirait, une fois de plus, sans régime subsidiaire de déontologie médicale ou de santé publique codifiée. Ce droit commun de l'obligation de prudence et de sécurité serait suffisant pour le juge afin d'alléguer le devoir de diligence du médecin, devoir *éthiquement* formé ; la déontologie supposée ici n'étant autre chose que l'éthique de l'art médical, la *technè* platonicienne s'opposant, en quelque sorte, en dépassant les clivages liés à la généralité du problème, à la *praxis* aristotélicienne.

¹⁰⁷⁹ Voir en ce sens le raisonnement similaire de D. Manai, *Les droits du patients face à la biomédecine*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁸⁰ La nécessité médicale est ici entendue de l'interprétation du devoir de porter secours à la personne en danger de mort imminente de l'art. 223-6 du Code pénal disposant les peines encourues pour « l'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril ». Cette obligation fut traduite en matière médicale, en général, à l'art. R. 4127-9 du Code de la santé publique et rapporté à l'art. 9 du Code de déontologie médicale : « Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires ».

¹⁰⁸¹ Gérard Mémeteau l'a très bien rappelé, le paternalisme médical est avéré ; et si son fondement n'est pas toujours teinté du désintéressement qui devrait caractériser l'engagement du bon père de famille, il semblerait qu'on juge tout de même toujours un médecin « par comparaison à un bon père de famille » : P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Dalloz-Sirey, 2007, n° 385.

¹⁰⁸² Voir en ce sens S. Gromb, *Le droit des mourants*, in *Droit médical et Hospitalier*, ss. dir. J.-M. Auby, Litec, 1993, fasc. 37 n° 10, p. 5.

503.- Dès lors qu'une obligation légale repose sur une *obligation* mixte, à caractère civil, privé en son fondement premier faisant ainsi référence à un *droit premier* de la *personne* singulière, mais également moral car relevant d'un ordre public, il s'agirait avant tout d'identifier alors un *contrat social*¹⁰⁸³. Autrement dit, c'est en liant les personnes au corps social que celui-ci pourrait apparaître. La mission d'ordre public s'enracinerait dans la nécessité de préserver l'ordre social. Pourtant, loin de suggérer l'indicible de la personne, la loi entendrait tout de même préserver de l'abandon de *ses* êtres humains aux lois anarchiques qui sont contraires à un ordre métaphysique premier, obligation de fraternité, par l'assistance de celui qui est en péril.

1.2. Du contrat social¹⁰⁸⁴ de préserver le mourant

504.- Certains auteurs particulièrement positivistes ne voient que récemment la consécration de l'assistance à personne en péril, dans l'ignorance certaine des fondements de toute philosophie politique (1.2.1.). De cette ignorance procéderait toutes les sources du contrat social de santé s'opposant à la subjectivité irrationnelle du mourant (1.2.2.).

1.2.1. Aux sources du contrat de *res publica*

505.- Pourtant le principe de l'assistance face à un péril imminent serait sous-jacent à toute relation sociale, l'Etat étant le premier garant de cette assistance lorsque, dans le respect de son rôle de *polis*, il organise l'administration de la justice par la structuration de ses institutions ; y compris, donc, celles en matière de santé. L'hôpital des lois de 1971 et 1991 est une institution étatique, un établissement garant d'une mission de service publique, reposant sur *res publica*, et en ce sens de *polis*, lorsqu'il prend en charge de secourir les personnes en péril de mort, ou tout au moins en souffrance. *Il* ne saurait les ignorer et les abandonner. Il s'agit d'une mission à vocation impartiale en ce sens que l'égalité est aux sources de celle-ci. Il en irait ici en pratique d'une justice qui reposerait sur les seuls premiers

¹⁰⁸³ C'est cette contactualisation là qui semble poser problème dans la mesure où elle impose des critères de purification des données ontologiques en invquant un jusnaturalisme qui les tranfigure en droits naturels. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *L'Homme coupable*, op. cit., p. 203 s.

¹⁰⁸⁴ Il est bien entendu que l'expression est empruntée à Jean-Jacques Rousseau, et employée dans l'esprit même de celui-ci.

fondements de la responsabilité civile¹⁰⁸⁵, ayant pour but de remettre les parties dans l'état initial antérieur au dommage¹⁰⁸⁶. La non assistance causant un dommage, le raisonnement de la responsabilité civile suffirait à justifier de la réparation du préjudice né du dommage. Une telle déduction s'appuierait sur toute une philosophie du droit initiée par Platon dans l'élaboration de l'*idée de justice* comme fondement onto-axiologique de toute société *juste*. Aristote confirmant cette *idée* en exposant les nécessités relevant de l'ordre de l'être, et justifiant la vie de l'homme en société en tant qu'*animal politique*. De cette condition existentielle, limitative, mais rendue libre toutefois par la capacité d'intellection, l'homme se devrait de tirer des lois afin de réguler les comportements. C'est la raison d'être de la *chose publique* qu'est la norme.

506.- Il s'agirait donc d'une **approche de philosophie politique** considérant la chose commune à toute l'humanité, *res communa* dont serait porteur le mourant, en tant que *personne*, et dont le seul fait d'être *zôon politikôn* lui conférerait la capacité à réduire ses exigences aux plus élémentaires causes de la *res publica*. Il en serait ainsi de l'obligation de faire respecter sa décision d'être, dans l'acceptation et le refus, actualisation d'une volonté qui fait qu'il est une *personne*. Et cette volonté là serait opposable à l'Etat parce qu'elle serait justement la chose commune sur laquelle celui-ci repose. De telles hypothèses pourraient parfaitement justifier le refus opposé par un médecin d'écouter le patient requérant un refus de soins, lorsqu'il s'agirait pour celui-ci de vouloir faire respecter une volonté attentatoire à la chose commune. Et en ce sens, le Conseil d'Etat a pu manifester l'honneur dont nul autre ne sait témoigner en matière d'ordre public lorsqu'il s'agit de faire respecter la *res communa*¹⁰⁸⁷. *Ceci dit, les exigences positivistes anéantiraient originellement toute possibilité de laisser la res publica réguler d'elle-même les accidents de la volonté désirante.*

¹⁰⁸⁵ Celle de l'art. 1382 du Code civil.

¹⁰⁸⁶ C'est semble-t-il le mouvement jurisprudentiel entamé par la Cour de cassation dès 2010, s'agissant de la réintroduction de la responsabilité délictuelle à l'hôpital, ou tout au moins une réintroduction partielle, et confirmée quoi qu'il en soit par un arrêt en date du 12 juin 2012, préc.

¹⁰⁸⁷ Voir en ce sens CE. Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, préc. sur la *res communa dignitae*. Cette chose commune là n'a pas à être décidé de l'extérieur, mais doit être faite respectée par celui-ci.

1.2.2. Positivismes et considérations généricistes sur la maladie

507.- Partant d'un positivisme, considérons là le fondement d'une philosophie du droit faisant du contrat, moral en premier¹⁰⁸⁸, avant même toute formulation expressément juridique, l'ordre primitif de la relation que toute personne noue à autrui, son *alter ego*, au-delà des formes sociales et psychologiques apparentes et relevant de l'administration dans l'ordre politique¹⁰⁸⁹. Toute la philosophie politique jugeant le droit comme expression axiologique, fondée sur un présupposé *sub-jectif* ontologique, est restée fidèle à l'idéal platonicien du *contrat éthique* de la République¹⁰⁹⁰. Et la jurisprudence, tant celle du Conseil d'Etat que celle de la Cour de cassation devrait, herméneutiquement d'abord, puis en raisonnant en *équité*, systématiquement et pleinement reconnaître les cas où le patient n'est plus un malade mais une *personne*, au-delà de tout déterminisme légal, et dès lors reconnaître un même état d'être au médecin. Si la loi s'oppose à cette position en favorisant une extrême rationalisation de la *personne*, en la prenant parfois pour la chose qui la concerne plus que pour ce qu'elle est avant la chose qu'elle désigne¹⁰⁹¹, le juge se devrait d'opposer une jurisprudence *contra legem*. C'est ce qu'il semble faire lorsqu'il entend réparer le préjudice moral née d'une perte de chance de survivre¹⁰⁹², ou encore lorsqu'il réintroduit le caractère délictuel d'une faute dans le cadre de l'exercice d'une fonction à caractère public¹⁰⁹³.

508.- L'introduction d'un droit synallagmatique dans la relation patient/médecin s'impose comme postulat à l'avènement corrélatif d'une *éthique des critères*. Soucieux du respect de la vie de l'homme jusqu'à la déclaration de la mort, le législateur a consacré, à de nombreuses reprises, les avancées d'un juge souvent précurseur. Qu'il soit de la Cour de cassation ou du

¹⁰⁸⁸ Celui de l'arrêt *Mercier*. Le contrat moral emporte nécessairement des conséquences de nature juridique, pourtant il n'en préjuge pas.

¹⁰⁸⁹ Ici est la *loi sociale* conçue chez Aristote et présupposant le caractère politique de l'homme.

¹⁰⁹⁰ Il s'agit du courant personnaliste dont on retrouve une représentation chez J.-M. Trigeaud, *Eléments d'une philosophie politique*, op. cit., ou encore A. Rosmini, *Philosophie de la politique*, op. it. Rappelons que Platon fonde l'idéal de justice sur l'avènement du philosophe roi ou du roi philosophe, le seul à même de saisir le juste dans son essence et de le traduire dans le désintéret des jeux de pouvoirs procédant de tous les sophismes. Comprendons que cet *utopie* du philosophe roi est une programmation, une discipline que la *personne* de tous et de chacun doit pouvoir s'appliquer à lui-même, une délivrance des chaînes faisant sortir l'être aveugle de la réalité de la caverne, une *initiation*. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Eduquer au principe de réalité ou l'apprentissage de la philosophie du droit*, op. cit. Et n'est-ce pas là le **devoir de secours** premièrement fondé, et particulièrement applicable lorsqu'il est celui dédié à la *personne mourante*.

¹⁰⁹¹ Nous reviendrons sur cette forme de matérialisme dialectique introduisant une forme d'inversion entre la personne et la chose, lorsqu'il s'agira de traiter de l'indemnisation.

¹⁰⁹² CE. Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart.*, préc.

¹⁰⁹³ C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et 12 juin 2012, préc.

Conseil d'Etat, le juge sait en effet se montrer novateur dans ses interprétations relatives à la personne humaine, en précisant par exemple, en dehors de toute disposition légale préalable, que les actes médicaux ne sauraient se limiter aux seuls actes chirurgicaux¹⁰⁹⁴, mais doivent être entendus de ceux de diagnostic¹⁰⁹⁵, de prescription, et non de la simple exécution des soins et traitement¹⁰⁹⁶, par exemple. Ainsi, lorsqu'il s'agit de consacrer des droit subjectifs, tel que le droit au respect de la vie privée de la personne malade, c'est en faisant de sa chambre le lieu de son intimité¹⁰⁹⁷, que le juge se porte garant de protéger la personne, en tant que personne humaine.

509.- Pourtant, c'est en regardant derrière les apparences protectrices que le généricisme porteur de la maladie semble apparaître comme prévalant dans le langage du législateur depuis 2002, celui-ci ayant fait de la *personne* un usager. Ainsi, lorsque la personne se voit garantir la protection de sa vie privée, c'est d'abord en tant qu'usager d'un service, et plus précisément d'une prestation liée à l'exécution de ce service¹⁰⁹⁸. L'effet contractualisant de l'éthique du respect de l'intégrité serait plus que jamais source de confusion, projetant parfois la personne dans un *objectivisme* écartant la dimension subjective de son être. C'est ainsi qu'une double vie privée semble abordée eu égard au vocabulaire du législateur. Ce dernier, ayant introduit au chapitre IV de la loi du 4 mars 2002 l'intitulé de *Démocratie sanitaire*, aurait voulu ainsi consacrer la participation active du patient, en tant non plus que tout, mais en tant que partie à la situation, partie ayant un choix, ainsi en tant qu'acteur de sa propre vie. Pourrait-on évoquer la dualité de la mort comme émergence d'une vie de la personne, reléguée derrière celle de l'acteur ? Serait-ce de ce danger du subjectivisme que le législateur voudrait protéger le mourant, en obligeant le médecin à le convaincre, présumant que seul le médecin serait à même de savoir ce qui est bon ou mauvais.

510.- Le mourant aurait perdu son premier rôle, devant respecter celui que lui dicte le médecin relayant les dispositions légales, dès lors qu'il ne pourrait plus exprimer une quelconque volonté, dès lors que le corps médical l'aurait déclaré mort, *cérébralement*, donc

¹⁰⁹⁴ CE. Ass. 28 mai 1971, *Centre hospitalier de Reims*, Rec. 418.

¹⁰⁹⁵ CE. 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris/ Léone*, in, *AJ.* 1988, 255., note Moreau.

¹⁰⁹⁶ CE. 16 octobre 1987, *Mademoiselle Richard*, Rec. 283.

¹⁰⁹⁷ CA. Paris, 17 mars 1986, Nobel, préc.

¹⁰⁹⁸ Ici le service n'est pas réellement public si ce n'est si l'on considère que c'est au sein de l'établissement public de soins que la personne est prise en charge. En réalité, le service est celui du droit privé de la consommation d'un bien.

mort pour ainsi dire selon les propos du rapporteur Kessler¹⁰⁹⁹. Si la personne « n'est plus rien après sa mort » selon Planiol, il semblerait que désormais elle ne soit plus rien peut-être même avant le prononcé de sa mort.

2. La participation comme garantie contre les débordements irrationnels

511.- La subjectivité, intrinsèque à la personne, serait un risque sérieux de voir le mourant ne pas prendre la bonne décision (**2.1.**). C'est la raison pour laquelle la loi aurait consacré la participation à la décision, bien plus que l'exclusivité d'une quelconque autonomie (**2.2.**).

2.1. Le risque de débordements irrationnels comme cause d'intervention

512.- Or, nous croyons qu'il existe encore des possibilités de s'opposer à l'omnipotence du devoir médical. Ainsi, lorsque la personne entendrait voir garantir le respect de son intégrité tant physique que psychique ou morale, elle pourrait faire valoir l'obligation du respect dû à sa vie privée comme élément intrinsèque à la *vie*, dans la jouissance de sa *personnalité* juridique, dont elle ne se trouverait pas privée, bien qu'étant considérée comme actrice de sa vie de malade. Partant de ce fait, le mourant entrerait dans le processus de la garantie de l'application des règles de droit inhérentes à la protection de sa fin de vie, l'équipe médicale dans son ensemble se trouvant confrontée à une volonté exposée à l'idée de sa propre mort. Toutefois, il est difficile de faire confiance aux protagonistes, la culture même du paraître et de la croyance en la toute puissance de la scientificité ayant de plus en plus raison de la capacité intuitive à connaître le meilleur. Les exigences se feraient de plus en plus passionnelles et passionnées. Et *le devoir de convaincre se justifierait dès lors dans le péril d'un subjectivisme irrationnel du mourant.*

513.- Le risque de débordements irrationnels des exigences du mourant engagerait l'ensemble du personnel soignant, qui se devrait de redoubler d'attention et de persuasion dans ce qu'il estimerait être les meilleurs choix dans l'accompagnement vers la mort. Une telle attitude, parfois seulement défensive, comme nous l'avons déjà affirmé, par anticipation

¹⁰⁹⁹ Voir à ce propos les conclusions consignées aux arrêts *Milhaud*, CE. Ass., du 2 juillet 1993, Lebon p.194.

de la faute engageant la responsabilité, pourrait conduire le personnel soignant à devoir persuader le mourant, au nom du droit à essayer de convaincre du meilleur protocole thérapeutique, rappelé aux termes de l'article L 1111-4 du Code de la santé publique.

514.- Il s'agirait d'une interprétation extensive de la règle spéciale du Code de la santé publique. Le médecin se sachant obligé d'informer, puis de convaincre¹¹⁰⁰, pourrait aller jusqu'à envisager de s'exonérer de toute responsabilité, en estimant que son devoir de soigner, d'une part, spécifié en *prise en charge*, et son devoir de convaincre, d'autre part, ne sont que des devoirs apparents, l'obligeant en réalité à s'acharner dans la voie d'une thérapeutique, pour protéger le mourant de lui-même, d'une mort anticipée. Cette hypothèse serait celle de la mort par abstention de soins, dont le juge pourrait relever le fondement dans le fait pour le médecin de ne pas avoir tout fait pour convaincre le malade-mourant que l'imminence de la mort était liée à la nécessité de la mise en place d'une thérapeutique. Celle-ci n'aurait pour seul effet que de repousser l'échéance, cependant, elle exonérerait *a priori* le médecin de toute responsabilité. Notons ainsi que l'Ordre national des médecins invite ses praticiens à requérir l'assistance de consultants afin de préciser les enjeux de l'information, et de peser un peu plus quant à la nécessité d'une thérapeutique. Cette attitude persuasive ressemblerait étrangement à une forme d'acharnement thérapeutique déguisé en bonne conscience déontologique¹¹⁰¹.

515.- Voilà pourquoi, l'obligation de convaincre aurait pour second effet de permettre au praticien de se protéger lui-même d'un manquement à son obligation de diligence, celle-ci étant contenue dans le code de déontologie médicale, et rappelée au Code de la santé publique¹¹⁰². Ainsi sans autre participation que celle passive d'*être*¹¹⁰³, mais soumis à la

¹¹⁰⁰ Voir en ce sens F. Alt-Maes, *Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ?*, préc., p. 3642, qui, sous le titre *Le droit à l'information, un droit personnel de l'usager*, rappelle que si le droit à l'information avant l'accomplissement de l'acte médical est la seule garantie du consentement éclairé du malade et de la possibilité pour lui de refuser les soins, l'article L. 1111-4, alinéa 2, du code de la santé publique précisant que « le médecin doit respecter la volonté de la personne », il en résulte seulement pour le médecin une obligation d'**information alourdie** à savoir mettre « tout en œuvre pour convaincre l'usager d'accepter les soins indispensables, après l'avoir informé des conséquences de ses choix ».

¹¹⁰¹ Voir en ce sens la recommandation de l'Ordre national des médecins sur l'article 36 du Code de déontologie médicale, *Le consentement du malade*, 30 octobre 2003, www.conseil-national.medecin.fr.

¹¹⁰² Art. 35 du Code de déontologie médicale ; et art. 4127-35 du Code de la santé publique.

¹¹⁰³ Comprendons l'être qui subit, qui attend tout de *l'extérieur*, ayant remis *sa* volonté entre les mains non plus de la *liberté* mais de l'autonomie de la volonté commandée par l'impératif médical.

participation légale aux choix relativement à l'administration de soins¹¹⁰⁴, le mourant se trouverait confronté à une résistance à laquelle l'hermétisme du langage médical pourrait l'obliger à outrepasser sa volonté première. Or la participation du malade-mourant à la décision ne saurait suffire à exonérer le médecin qui aurait satisfait à ses obligations légales¹¹⁰⁵.

2.2. Participation et principe de démocratie sanitaire

516.- La participation serait une garantie contre protectrice. Il est évident que le devoir de participer à toute décision concernant son être est avant tout un *droit premier* de la *personne*, à plus forte raison un devoir-être *fondamental* en ses derniers jours. **La participation de la démocratie sanitaire serait tout de même limitée** par le texte du Code de la santé publique en ce sens que, incapable présumé, le mourant pourrait voir lever le secret médical alors même qu'il n'y consentirait point, **en raison de la nécessité du dépassement de la participation**, lorsque l'avis médical l'impose¹¹⁰⁶. En effet, la loi de 2002 a voulu entendre les requêtes des patients à connaître plus en détails les décisions et diagnostics que le corps médical peut faire relativement à sa personne¹¹⁰⁷. C'est pourquoi le législateur a garanti la participation du patient à l'ensemble des protocoles médicaux de l'analyse médicale, en passant par le diagnostic jusqu'au pronostic, la protection de l'information médicale reposant sur le **droit commun de la vie privé**, lui-même reposant sur le *droit premier à la dignité*¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ Obligation légale qui couvre donc l'arbitraire du médecin sous-jacent dans le pouvoir de convaincre. L'information appelle le consentement. Or s'il y a consentement libre et éclairé, il n'est plus possible de présumer de la faiblesse de la personne si elle consent par la suite d'un refus à ne plus être soignée. Ceci en revient à affirmer que la personne capable de discernement exonérerait le médecin dès lors qu'elle participe à la décision.

¹¹⁰⁵ En allant plus loin dans le raisonnement de l'information alourdie de F. Alt-Maes, *Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ?*, op. cit., comprenons que le médecin à qui incombe la charge de la preuve devrait rapporter en quoi il a d'une part satisfait à son obligation, positivement, c'est à dire honoré son devoir de diligence en précisant force détails et ceci avec sollicitude, mais d'autre part en quoi son devoir d'information-persuasion n'a pas constitué une atteinte active à la capacité de discernement de la personne.

¹¹⁰⁶ L'art. R. 4217-35 du Code de la santé publique, art. 35 du Code de déontologie médicale qui dispose que la levée du secret médical est possible à la faveur des tiers et ce contre la volonté du malade-mourant si ce qu'il entend cacher peut entraîner un risque sanitaire pour les tiers : « Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination. »

¹¹⁰⁷ Notons que l'art. L. 1110-4 al. 8 du Code de la santé publique dispose qu'en cas d'accord de la personne mourante, les informations la concernant peuvent être révélées à la famille pour qu'elle exerce un soutien face à un pronostic grave ; cette possibilité trouve son prolongement dans l'art. L. 1110-4 al. 9 du Code de la santé publique concernant la personne décédée avec avis préalablement favorable.

¹¹⁰⁸ Seul le médecin reste habilité à délivrer une telle information (al. 8) ce qui signifie que l'autorisation demeure liée à sa seule appréciation. Voir en ce sens TA de Paris, 9 décembre 1999, D. 2000, n°7, IR, 50-51. :

517.- Et c'est le devoir d'informer le malade-mourant, à chaque étape de son hospitalisation, qui engagerait cette participation. Dès qu'un nouvel examen, un nouveau protocole, une simple modification médicamenteuse interviendrait, le personnel soignant se trouverait lié au devoir d'information¹¹⁰⁹. L'information ne consiste donc pas uniquement à l'élaboration d'un accord sur le protocole thérapeutique ainsi que ses conséquences prévisibles, mais également à prévoir la participation de la *personne-malade-mourante* à l'élaboration de sa thérapeutique¹¹¹⁰. C'est au cours de ces différentes étapes que le mourant prend le sentiment d'être acteur *actif* ou *actor*¹¹¹¹ de son existence en tant que malade ; et le personnel soignant, obligé par la loi à l'informer de toute pratique opérée à son égard, rendrait effective, ou tout au moins apparemment, cette participation¹¹¹².

518.- Ceci ne semble être qu'apparent, tant en réalité l'information s'adresse à une personne affaiblie sur différents plans. Il serait dès lors convenu que le patient, ayant participé à l'ensemble des protocoles le concernant, choisirait et agirait en pleine connaissance de cause, ce qui protégerait le personnel soignant dans son ensemble, d'une faute commise quant à la délivrance de l'information d'une part, mais également d'une faute quant à l'obligation du médecin de convaincre par tout moyen le patient qui opposerait un refus à recevoir les

« C'est à bon droit que le directeur de l'hôpital refuse de communiquer le dossier médical d'un patient décédé à la mère de celui-ci, dès lors que cette personne avait rompu toute attache avec sa mère et souhaitait qu'aucune information médicale le concernant ne lui soit communiquée. En effet, la communication du dossier médical aux ayants droits d'un patient décédé doit respecter les dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, **portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal** [et 2002-303 du 4 mars 2002] et n'être exercée que selon la procédure déterminée par celle-ci et notamment son art. 6 sur le respect de la vie privée. »

¹¹⁰⁹ Notons que l'art. 72 du Code de déontologie médicale, art. R. 4127-72 du Code de la santé publique dispose que « Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment (al. 1). Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle. (al. 2) » Le médecin reste donc, sur le plan déontologique, responsable du respect du secret médical par ses assistants et son entourage.

¹¹¹⁰ C'est tout l'esprit de l'art. L.1111-4 al. 1 du code de la santé publique qui dispose 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. ».

¹¹¹¹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Genova, Studio Editoriale di Cultura, 1997, ou encore du même auteur *Le complexe de Créon : régir les mœurs ou censurer l'Islam et les autres religions. A propos du projet de loi français sur le voile*, Revue de la BPC, Thème, I/2004, www.philosophiedudroit.org où l'auteur affirme qu'il existe une connotation *totalisante* et dès lors *limitatrice* dans la notion d'*acteur* ou *actor* dans la mesure où par l'intervention d'un code extérieur à la personne, étatique et *bioéthique* dans le cas du mourant, la personne est réduite à choisir les modalités de sa liberté.

¹¹¹² Ici est le risque d'« aliénations de volonté » dont faisait état J.-M. Trigeaud, *Sur le mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Eléments de réflexion*, op. cit., p. 73.

protocoles envisagés, conformément à l'information délivrée¹¹¹³. Cela signifie, sur le plan juridique, puis théorique, qu'il entendrait accepter quant à ceci ou quant à cela, et exprimer son consentement éclairé, dès lors qu'il prendrait une décision. Néanmoins, si la possibilité de retirer son accord serait toujours possible, la décision pourrait avoir été suivie d'effets, et c'est là qu'interviendrait la responsabilité de la personne sur elle-même¹¹¹⁴. Cela est la condition *sine qua non* sous entendue aux termes de l'article L. 1111-2 Code de la santé publique relatif au devoir d'information incombant au personnel soignant¹¹¹⁵.

3. Responsabilité morale inversée et passivité justifiée

519.- La question de la responsabilité inversée, à savoir celle de la *personne* sur elle-même, permettrait d'exonérer le personnel médical de toute responsabilité¹¹¹⁶, et ainsi d'invertir la tendance apparente à l'excès de contrôle quant à la pratique médicale. Il est communément admis, parmi la communauté scientifique médicale, mais aussi au sein de la doctrine juridique, que la loi, ainsi que la jurisprudence, ont une tendance à durcir les conditions d'exercice de la médecine¹¹¹⁷, en vue d'accroître les droits de protection des *personnes-malades* et notamment de ceux en état de faiblesse comme les mourants¹¹¹⁸.

¹¹¹³ A considérer que la responsabilité du personnel soignant ne puisse reposer que sur la faute médicale, ou encore la faute dans la délivrance de l'information. Cependant le régime de la responsabilité sans faute permet tout de même aux patients de relever le préjudice né de leur hospitalisation.

¹¹¹⁴ A preuve du contraire, la responsabilité du médecin ne peut être retenue sous couvert du respect des dispositions légales, et en l'absence d'un préjudice dont la causalité médicale serait effectivement vérifiable.

¹¹¹⁵ L'art. L.1111-2 al. 7 du Code de la santé publique dispose que « en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. » Or les conditions prévues au dit article ne sont pas uniquement celles que le Code entend régir, mais aussi les modalités d'application recommandées par la Haute Autorité de santé (al. 6 : « Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé. »), ce qui rend, peut-être sans que la personne-malade ne le sache, opposable les dites recommandations comme participant d'un droit spécial de l'information.

¹¹¹⁶ Ce sur quoi nous reviendrons en deuxième Partie.

¹¹¹⁷ Voir en ce sens Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010 ; Étude de M. Jean-François Burgelin, procureur général près la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, www.courdecassation.fr.

¹¹¹⁸ Le mourant étant ainsi entendu au sens de *l'être-pour-la-mort* de Heidegger. C'est dans *Sein und Zeit* (*L'Être et le Temps*, 1927) que M. Heidegger tente de renouveler la question du « sens de l'être », élaborant une réflexion sur une *nouvelle ontologie* fondamentale. Partant de l'homme saisi conceptuellement comme « être-là », *dasein*, en tant que son être, en se rapportant à l'*être*, est lui-même caractérisé par sa *compréhension* ou appréhension de l'être dans sa totalité, M. Heidegger suppose que la mort acquiert une fonction décisive dans la construction du *dasein* comme totalité : c'est en s'anticipant dans sa propre mort que le *dasein* n'est plus dispersé et fragmenté dans ses possibilités virtuelles particulières, mais ré-unifié. L'être-pour-la-mort est donc cet être conscient de sa propre finitude et récapitulant les phénomènes de l'existence à cette finitude là. Elle serait le point de départ et le point d'arrivée.

520.- Pourtant il en serait tout autrement si l'on considère que chaque avancée légale, chaque avancée jurisprudentielle, va dans le sens d'une *participation passive* de la *personne-malade-mourante*. Les conditions d'exercice de son statut de *citoyen*¹¹¹⁹ ne seraient rien de plus que des critères *existentiels*, *généricistes* et totalisant, procédant d'un idéalisme positiviste juridique, schmittien et kelsénien, inspiré d'une philosophie allemande kantienne et hégélienne, prenant la **partie** de l'*être* pour le **tout** qui lui est *sous-jacent*. L'*homme* deviendrait alors *coupable* de sa propre *irresponsabilité* présumée, de son absence de discernement, que la loi protège pourtant en vue de respecter *tout de même* l'autonomie de sa volonté. Car la loi se doit de protéger la personne du consentement causant sa propre perte¹¹²⁰, lorsqu'il s'engage légalement à un acte dont il n'aurait pu envisager la réalisation s'il était demeuré *libre*¹¹²¹. Ainsi, le législateur permet à l'ensemble du personnel soignant de se prémunir quant à la faute d'avoir pris une décision au-delà de l'information légale et totale du patient. Affirmons qu'il existe là une interprétation pouvant être poussée un peu plus loin.

521.- Il suffit pour cela de mettre en lien une autre phase de l'accompagnement du mourant pour voir émerger une face cachée de celui-ci. En effet, dès lors que la *personne-mourante* n'a pas exprimé son refus de connaître un diagnostic ou un pronostic¹¹²², il est admis que le médecin peut, de sa propre initiative, refuser de transmettre l'information s'il juge que les informations quant au diagnostic et/ou quant au pronostic sont de nature à fragiliser encore plus la *personne-malade-mourante*. Son silence devrait être interprété en la matière comme de nature à respecter son obligation de diligence dans son art, par compassion à la souffrance de la *personne*¹¹²³, présumant le caractère *hypothétique du consentement* de celle-ci¹¹²⁴. Il demeure pour autant des réticences de la part tant de la jurisprudence que de la doctrine sur la

¹¹¹⁹ De la démocratie sanitaire.

¹¹²⁰ C'est là le seul sens que devrait recouvrir l'obligation légale de convaincre.

¹¹²¹ D'une liberté autonome des contingences externes, mais liée à la contrainte existentielle ontologique que le droit se devrait de couvrir de toute intrusion *génériciste*.

¹¹²² Art. L.1110-4 du code de la santé publique.

¹¹²³ Le principe est que le *patient* peut demander à rester dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic aux termes de l'art. R.4127-35 du Code de la santé publique, art. 35 du Code de déontologie médicale. Cependant, le médecin peut être instigateur de cette rétention d'information aux termes du même article qui dispose que « Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie **en conscience**, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. ».

¹¹²⁴ Cette notion employée par D. Maná, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 96., est intimement attachée à la délivrance de l'information. C'est à partir de la délivrance de l'information que le médecin doit estimer s'il l'a suffisamment honoré ou non ; en ce sens, il peut, *en conscience* (art. 35 du Code de déontologie médicale et art. R.4127-35 du Code de la santé publique), retenir certaines informations, estimant que, même si la personne avait connue toutes les informations, son choix n'aurait pas été différent.

question¹¹²⁵. Ainsi, et cela est justifié par l'intérêt de protéger le malade-mourant de ses propres excès, de son absence *a priori* de lucidité et de discernement, le médecin peut faire entrer toute personne jugée digne de *confiance*¹¹²⁶ dans le protocole de choix médical dont le malade est en premier concerné.

522.- Le patient ne serait plus qu'acteur passif¹¹²⁷ de son existence, jugé incapable présumé d'énoncer un choix suffisamment discernant quant à son devenir, et ce sur la seule appréciation d'un corps médical, sans qu'il ne soit requis une quelconque décision de justice. La **personne de confiance** se retrouverait dès lors investie du caractère *actif* de décisionnaire, toute proportion gardée, quand le malade mourant se retrouverait être le récipiendaire passif et spéculatif de son propre devenir. Une telle disposition serait jugée être une mesure de protection du mourant, contre lui-même, eu égard à son état, et conformément à la nécessité de l'accomplissement du devoir légalement prévu de convaincre le patient de la nécessité de recevoir telle ou telle thérapeutique. La personne de confiance serait dès lors le complice légal du médecin, celui-ci obligeant en quelque sorte celle-là à trouver les mots pour convaincre un mourant récalcitrant.

523.- Contre tout subjectivisme triomphant d'un médecin-expert¹¹²⁸, la personne-malade-mourante ne devrait pas voir ses droits se transformer en devoirs¹¹²⁹, et ainsi se trouver contrainte de faire des choix et d'agir quant à ce qu'il y a de plus irréductible en elle jusqu'à vivre la culpabilité de vivre. Or, de toute évidence, une telle attitude prendrait racine bien avant, dès que le mourant serait mis à l'épreuve du diagnostic, premier pas vers le monde de l'omnipotence médicale, contre tous les *droit premiers* de la *personne* en dehors de tout déterminisme taxinomique justifiant de la passivité de celui qui est ignorant.

¹¹²⁵ Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 20 janvier 2011, D. 2011, 376, obs. I. Gallmeister ; voir sur le même arrêt I. Corpart, *Intubation dommageable : maladresse ou risque inhérent à l'acte médical ?* in Riseo 2011-1, www.Riseo.fr.

¹¹²⁶ Au terme de l'article L 1111-6 du Code de la santé publique, seul la personne malade-mourante désigne la personne de confiance, cette désignation n'étant sujette à aucune forme de contrôle. Il est donc question de s'interroger sur la pertinence de considérer le malade-mourant comme étant **faible** *a priori* et ainsi de le préserver de toute une quantité d'excès, et pourtant de le laisser **libre** de désigner une personne qui le représentera, alors même qu'il serait toujours aussi faible lors de sa désignation. Cette dernière se fait à l'entrée à l'hôpital, et à ce moment là, la personne est peut-être déjà informée du caractère irréversible de la pathologie qui l'oblige à être hospitalisée ; ce qui constitue un facteur fragilisant.

¹¹²⁷ Lisant le scénario médical qui lui est proposé.

¹¹²⁸ Voir en ce sens la critique de Batiffol reconnaissant une capacité des médecins à nier la vérité en vue de faire triompher une approche partielle et partielle leur donnant raison. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit. p. 338.

¹¹²⁹ Voir en ce sens D. Thouvenin, *Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations*, Revue générale de droit médical, n° 13, 2004, pp. 79-100.

Paragraphe.II. L'autonomie du malade à l'épreuve du *diagnostic de la mort*

524.- Avant d'être mourant, la personne est réputée malade. C'est le diagnostic qui va déterminer la pathologie dont elle est atteinte, celle-là même qui la condamne à mort, dès lors que le pronostic issu du diagnostic est considéré comme grave¹¹³⁰. Lorsqu'un tel diagnostic est révélé à la personne, le médecin se doit d'annoncer le « *pronostic fatal [...] avec circonspection* »¹¹³¹. La maladie devient alors la contrainte visible d'une mort qui quant à elle va le devenir également. On parle alors de dépendance, de perte d'autonomie, voir d'incapacité. C'est en ce sens que l'approche anthropologique de l'autonomie permettrait de saisir les enjeux des droits de la personne, en se fondant sur un langage commun au droit.

525.- Il apparaît qu'il existe des autonomies. Sylvie Fainzang¹¹³² propose une lecture de sciences humaines relative au statut du patient, relativement à son état de désobéissance possible quant aux injonctions médicales préconisées par le corps soignant. Elle parle alors d'un « droit de désobéir »¹¹³³. Refuser un soin, c'est accepter tout d'abord de recevoir une information. Or ladite information au sujet de l'état du mourant est un devoir légal. Ainsi, si le refus du patient existe c'est bien conformément au dispositif légal qui le conduit et préconise que le personnel soignant ait reçu le consentement présumé « éclairé » du mourant. Ici, l'autonomie n'est plus celle de la liberté individuelle de la personne, sous entendu relevant d'une *liberté fondamentale car première*, exempte de contrainte de quelque nature que ce soit.

¹¹³⁰ Se dit de quelque chose qui peut avoir des conséquences funestes, selon le *Dictionnaire Hachette*. La notion de gravité renvoie directement à la mort, ou tout au moins à une idée d'invalidité lourde pouvant priver la personne de la jouissance de ce qui fait le vie. C'est le cas de l'état de mort cérébrale, ou encore de l'état dit végétatif, mais aussi de tout état qui consiste à rendre la personne paralysée et souffrante. (voir en ce sens les conclusions de l'affaire Humbert ayant jugé le cas du jeune Vincent propre à être qualifié de grave.)

¹¹³¹ Art. 35 du Code de déontologie médicale, et R.4127-35 du Code de la santé publique.

¹¹³² Anthropologue, directeur de recherche à l'INSERM Cermes, Villejuif/Paris.

¹¹³³ S. Fainzang, *L'autonomie du malade : le droit de désobéir*, Libre-propos sur l'avis du CCNE : *Refus de traitement et autonomie de la personne*, Les Cahiers du CCNE, 25-26, 2005. Ici l'auteur, propose une lecture structuraliste de l'approche différenciée des contraintes dans le choix : la personne se retrouve ici être non plus autonome, mais contrainte par des autonomies : celle du personnel médical et de son devoir d'assistance ; de plus le lien entre la personne malade et le personnel soignant par le devoir d'information, étant entendu que le malade dispose d'un droit d'accès aux informations qui la concernent ; et enfin une autonomie apparente de la personne malade dans l'expression de son vœu intime quant à son devenir, sous entendu de malade, et uniquement..

526.- Il s'agira plutôt d'une liberté légale, sans nier pour autant les notions de valeurs et de sens que la personne souhaite vouloir défendre¹¹³⁴.

527.- La lecture anthropologique de la question de l'autonomie, qui ici ne doit en réalité n'être abordée que sous un angle juridico-légal, nous pousse à voir que ce dit angle est nécessairement sous l'influence de cette *quasi* tri-dimensionnalité de la personne. C'est une analyse constructiviste de la personne malade, reconstruite en personnages aux multiples facettes, comme, toute proportion gardée, dans la psychanalyse jungienne¹¹³⁵, qui interférerait, *a priori*, avec le *droit premier* et fondamental de la personne en dehors de toute contextualisation¹¹³⁶.

528.- L'autonomie du mourant, avant d'être un choix effectif, doit se conformer à l'adhésion qu'il aura ou non relativement aux jugements et décisions du médecin (**A.**): ce sera la phase de l'autonomie acceptation ou au contraire de l'autonomie refus (**B.**) Dans un second temps il s'agira de la conformité de l'autonomie, lorsque celle-ci est déléguée à un tiers et que celle-ci devient représentée ; enfin il en sera de même de la conformité de l'autonomie à un paradoxe, entre une certaine pression sociale¹¹³⁷ exercée à la fois sur le personnel soignant mais également sur le patient (**C.**), et un droit tirillé par des lectures interprétatives¹¹³⁸ hétéromorphes, en raison de leurs horizons respectifs, ce qu'éclaircirait une lecture philosophique des *responsabilités* nées du refus (**D.**).

¹¹³⁴ *Ibid.* Voir à ce propos l'idée développée par S. Fainzang de « valeurs culturelles des patients » ; notion à rapprocher des possibilités offertes aux mourant de recevoir notamment des visites de représentants du culte.

¹¹³⁵ Voir en ce sens notamment une approche de la technique de dissociation des catégories d'aperception chez Jung : M. Cautauts, « *Je tu(e) il* » : *Psychanalyse et mythanalyse des perversions*, éd De Boeck, 2010, pp. 289 s.

¹¹³⁶ Voir en ce sens le texte de l'avis du CCNE, Avis n° 44, 2005.

¹¹³⁷ *Ibid.*, Voir à ce propos ce que dit Fainzang lorsqu'elle introduit l'idée de « l'existence, en miroir, du dilemme social face auquel se trouve le patient, tenu à la fois d'affirmer son autonomie (invité à *se prendre en charge*, à *participer*, à *consentir* ou non au traitement) et de se montrer observant face aux prescriptions médicales. » Nous estimons à ce niveau d'analyse anthropologique de la situation du mourant que S. Fainzang commet certainement un oubli dans sa grille analytique. En effet, le miroir ne reflète pas uniquement le dilemme de l'image du mourant, mais également de celui ou ceux qui l'accompagnent en toile de fonds de cette image, à savoir le personnel soignant. Et ce dernier est ainsi soumis également à un paradoxe socio-légal : assister sans laisser mourir, mais aussi laisser mourir sans s'acharner. Le nombres de cas de médecins ainsi que d'infirmières se retrouvant devant des cours d'assises est en pleine croissance et les groupes de soutiens de professionnels, rejoints par des groupes d'initiative populaire nous démontre l'existence d'une pression sociale d'un peuple qui réfléchit à la question de la mort.

¹¹³⁸ Tant par la loi que par la jurisprudence de la Cour de cassation ou encore la doctrine.

A. La place du personnel soignant dans l'accompagnement aux pronostics, diagnostics et soins pour la mort

529.- A l'heure d'une toujours plus grande *technologisation*¹¹³⁹ des rapports humains, les relations entre le médecin et le patient n'ont pu y échapper. Si durant des siècles, la parole du médecin en tant que connaissant, ne pouvait en réalité faire l'objet d'aucune contradiction de la part du profane qu'est le malade, l'avènement de la chirurgie aurait imposé un nouveau type de relation. Prenons pour exemple des mutations psycho-sociales liées à la *technologisation* du rapport à la vie : l'image du poilu qui, durant la première guerre mondiale se savait condamné à mort, à une mort sociale en tout cas certaine, parce que défiguré par les stigmates des combats. Ici, le miroir social se serait imposé, et le médecin s'improvisant docteur Frankenstein¹¹⁴⁰, reconstruisant une vie au fur et à mesure qu'il reconstruisait un visage¹¹⁴¹. La recherche technologique s'est chargée du reste, de ce vouloir vivre mieux toujours plus grandissant, et c'est ainsi que l'on peut saisir la place de plus en plus prenante de la responsabilité morale qui incomberait au personnel soignant dans l'accompagnement du malade. Il s'agirait, non pas pour les médecins, mais pour le personnel du quotidien, de rassurer le mourant en lui rappelant que le seul cadre hospitalier devrait suffire, déjà, à lui faire du bien, car c'est là que s'accomplissent les prouesses technologiques de notre temps. Pourtant, si le personnel soignant s'est fait de plus en plus héroïque, la place du patient n'est

¹¹³⁹ Voir notamment les développements sur les enjeux de la *biotechnologisation* de la médecine qui devient *biomédecine*, et la nécessité de gardes fous éthique chez D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 385, notamment au sujet des expérimentations biologiques sur des cellules souches embryonnaires pour lesquels la Commission (Feuille fédérale suisse, 1989, III, 987.) rappelait que « d'un point de vue religieux et éthique, la dignité intrinsèque d'une vie humaine existe déjà au stade embryonnaire. » ; Voir encore les développements de J.-F. Malherbe, *Pour une éthique de la médecine*, Bruxelles, Éditions Ciaco, 1990, pp. 117 s. L'auteur précise sa conception de l'autonomie en appliquant les quatre causes aristotéliennes de l'action à chacune des trois dimensions que sont le physique, le psychique et le symbolique celles-là même qui rendent possible la parole. En effet, Malherbe avance que la parole est l'enjeu éthique fondamental pour la *biomédecine*, (p. 117). Cette dernière est le fruit d'une objectivation extrême de « l'être humain par les sciences biomédicales [et] consiste à mettre entre parenthèses certains aspects de l'être humain pour en mettre d'autres en évidence. » p. 109. Les théories de la biomédecine reposent sur l'idéalisme scientifique empirique qui considère la partie conceptuellement formée comme un tout.

¹¹⁴⁰ Qui n'est autre que ce *pseudo* créateur, *faiseur* d'hommes *comme* Dieu, fabriquant du *Golem*. Le Golem est cet humanoïde artificiel fait d'argile et momentanément doté de vie de la tradition hébraïque. L'idée d'une créature œuvre de l'homme apparaît dans un passage du Talmud où deux Amoraïm créent un veau destiné à leur repas chabbatique. Rava quant à lui donne vie à une créature d'allure humaine que Rabbi Zéra, indigné, s'empresse de réduire en poussière. Livre des Psaumes, 139.16. Cet être est l'acteur, *actor*, personnage de sa vie, inanimé au sens de coupé de l'essence qui fait la vie, subissant les directives d'un ordre qui lui est extérieur et le fait être.

¹¹⁴¹ Vir à ce propos l'avis n° 82, *Avis sur l'allotransplantation de tissus composites (ATC) au niveau de la face, greffe totale ou partielle d'un visage*, 2004, préc. De telles technologisations sont présentées comme des prouesses et ouvrent les grands journaux de telle sorte que cela participe d'une forme de banalisation de la « production d'un homme », au sens où l'entendaient les Professeurs Labrusse-Riou et Baudouin.

pas restée attentiste ; le malade, puis aujourd'hui le mourant, serait de plus en plus exigeant. C'est ainsi que le Professeur Manaï nous le rappelle en faisant référence à M Jean Bernard qui parle d'une double révolution, et notamment « une révolution biologique « qui donne à l'homme...trois maîtrises essentielles: maîtrise de la reproduction, maîtrise de l'hérédité, maîtrise du système nerveux. » ». ¹¹⁴²

530.- L'exigence du mieux vivre hédoniste se serait poursuivi jusque dans un mieux mourir. La maîtrise que l'homme a pu acquérir des connaissances des sciences médicales à travers les siècles serait devenue accessible, la transmission des informations étant aujourd'hui chose commune dans l'ère des experts de tout genre ¹¹⁴³. Le droit des lois de 1999 ¹¹⁴⁴, 2002 ¹¹⁴⁵ et de 2005 ¹¹⁴⁶ aurait fini de parachever les termes de l'autonomisation du patient dans le choix de sa mort. C'est ainsi que le personnel étant longtemps acteur principal de la relation médical, se serait progressivement vu assigner une charge légale de responsable d'un accompagnement à *la carte* du mourant. Il existe même une journée mondiale des soins palliatifs ¹¹⁴⁷, démontrant ainsi l'enjeu de la responsabilité incombant désormais au personnel soignant dans l'accompagnement vers la mort.

531.- La loi se tournerait définitivement vers le malade ¹¹⁴⁸. Pourtant, malgré les efforts du législateur à considérer le malade-mourant comme la proie de l'omnipotence du personnel de santé, le droit de la santé reprendrait progressivement à son compte les nouvelles interprétations théoriques, afin de *victimiser* le droit de la santé publique. Ainsi, la loi Leonetti

¹¹⁴² D. Manaï, *Images des droits du patient au miroir de la Convention européenne pour les droits de l'Homme et la biomédecine*. In: Werro, Franz (Ed.). *L'européanisation du droit privé : vers un code civil européen*. Fribourg : Editions universitaires, 1998. p. 113-127. L'auteur développe ici une réflexion sur la *technologisation* des rapports humains dans la relation médecin/patient et cite M Jean Bernard qui parle en effet de deux révolutions ; avant tout, il s'agit d'une « révolution thérapeutique, qui «concerne la médecine, ou plus exactement, l'éthique de l'application des progrès récents au traitement et à la prévention des maladies », puis d'une révolution biologique qui «donne à l'homme... trois maîtrises essentielles: maîtrise de la reproduction, maîtrise de l'hérédité, maîtrise du système nerveux ». L'auteur introduit ici l'idée selon laquelle l'Homme est progressivement passé de l'état d'objet à l'état de sujet de son propre état de patient. De l'amputé pour éviter la nécrose des tissus allant jusqu'à la mort, le *poilus* est devenu le bénéficiaire d'un service de créations de prothèses bioniques lui permettant d'aller jusqu'à défier les coureurs dits valides sur les pistes d'athlétisme olympique de Londres en 2012.

¹¹⁴³ Voir pour une approche voulant consacrer les exigences technicistes de l'expertise comme cause suffisante dans la décision de justice C. Carbonnié, *L'indépendance et l'impartialité du médecin expert*, RFDC 2005-4, p.89 et s.

¹¹⁴⁴ Loi du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs.

¹¹⁴⁵ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹¹⁴⁶ Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

¹¹⁴⁷ Créée en 2005 et récurrente tous les 11 du mois d'octobre.

¹¹⁴⁸ Considérons que ce mouvement a pris racine lorsque l'Ordre national des médecins fut créé en 1945, et qu'ainsi l'art médical se retrouva au centre de toutes les attentions du monde judiciaire en vue d'encadrer les pratiques ceci afin de protéger le malade des excès d'une genèse de la *technologisation*.

modifiant les articles L. 1110-5 et suivants du Code de la santé publique, crée une obligation d'accompagnement du malade, imposant un *code de conduite* pour le personnel soignant. Modifiant les droits du malade et du mourant, le législateur a en réalité modifié le Code de déontologie médicale¹¹⁴⁹, réformant certaines approches dans les soins, et ce afin de garantir au dit personnel une protection légale maximale eu égard aux exigences du mourant. Le droit positif a longtemps considéré les exigences du mourant comme n'étant que celles de ses dernières volontés, celles du testament. C'était au droit des successions de s'en charger. Ces exigences là n'avaient donc qu'un seul caractère patrimonial et couvrait essentiellement le droit objectif de la famille, ne regardant que passivement l'aspect médical de la mort, « le biologique réaparai[ssant] « pur » et d'une universalité sans faille avec le décès »¹¹⁵⁰. C'est avec l'avènement du *droit à la dignité*, en tant que droit subjectif, que les exigences du mourant ont progressivement pris une toute autre tournure, proprement immatérielle. Il s'agirait de toutes ces revendications à l'apaisement, au soulagement de la souffrance physique couvrant alors la souffrance de l'âme, cette souffrance romantique d'un Arthur Rimbaud aux portes de sa vie, et narrée par l'amour de sa vie que fut sa sœur¹¹⁵¹. Autrement dit, l'avènement d'une forme de psychologisation de l'existence permettrait que, désormais, le mourant, se conformant à la loi dans l'expression de sa volonté propre, conforte le personnel soignant dans le respect de la volonté du législateur afin de faire valoir ses revendications de tous ordres.

532.- Il s'agit donc d'une participation, et chacune des deux parties serait alors actrice de la volonté du législateur, extérieure à leur *être* réel. Prenons le premier alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique : le législateur s'exprimant en ces termes annonce le programme de la *démocratie participative sanitaire* : « 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. » C'est bien la personne mourante qui est, en premier, puis le professionnel de santé qui se retrouve « avec ». Cette place semble conforter le malade dans une position de décideur, de celui qui maîtrise sa propre santé. Il n'en demeure pas moins que, pour autant que le médecin reste le connaissant, le législateur a souhaité depuis 2002 offrir au

¹¹⁴⁹ Le Code de déontologie médicale est inscrit au Code de la santé publique dans sa partie réglementaire. Cependant, le Code de déontologie médicale ne concerne qu'indirectement la personne malade, et constitue toujours le code de conduite éthique des personnels de santé ; s'il s'agit essentiellement du code du médecin, les assistants et autres personnels soignants sont tout de même mentionnés au dit code. Comprenons alors que le Code de la santé publique est le code de la personne de tous, en premier, incluant à cela les devoirs des professionnels de santé.

¹¹⁵⁰ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 162.

¹¹⁵¹ Voir I. Rimbaud, *Rimbaud mourant*, édition présentée et annotée par E. Marty, Manucius, coll. Littéra, 2009.

mourant la garantie de la *connaissance* de sa santé¹¹⁵². ***Mourir doit être accompagné ; il est indigne de mourir seul ; mais il est également indigne de mourir sans connaître son état.*** Et c'est de cette connaissance que le personnel soignant va pouvoir recevoir les souhaits d'un mourant qui se voudrait autonome, « qui prend[rait] [...] les décisions concernant sa santé »¹¹⁵³.

533.- Le personnel soignant aurait donc un rôle *primordial*, bien que le législateur ne le fasse pas ainsi apparaître littéralement au Code de la santé publique. Il serait celui qui, par son discours, permettrait à la *personne-malade-mourante*, qui a requis son service, de se déterminer quant à ce qui la concerne dans le déroulement, le suivi et les enjeux de son état de santé. C'est à partir du discours médical¹¹⁵⁴ que le mourant va déterminer l'acceptation ou le refus de recevoir un soin.

B. Acceptation et refus de recevoir des soins : la promesse du respect de la *liberté*

534.- La garantie de la volonté du mourant est centrale au dispositif légal. Tout comme le mourant, le médecin est un acteur de l'accompagnement, et il lui faut donc assister le mourant qui doit en tout état de cause demeurer le sujet de *son* droit de patient. La loi Leonetti¹¹⁵⁵ est venue en ce sens renforcer la notion de volonté du mourant, et ainsi considérer que si le patient se doit de consentir à l'administration de soins, le personnel soignant se doit quant à lui, corollairement, de *consentir*, au sens de recevoir, à l'expression de la volonté du mourant¹¹⁵⁶. Il s'agit du devoir de diligence de l'article 35 du Code de déontologie qui oblige le médecin à respecter les choix faits par le malade. La théorisation de la responsabilité médicale pour défaut d'information, reposant sur la notion de consentement, se retrouve dans l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, disposant que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses

¹¹⁵² C'est toute la reconnaissance du droit à l'information consacré après des années de construction jurisprudentielle de la Cour de cassation ainsi que du Conseil d'Etat. La législation de 2002 dessine ainsi les rôles de chacune des parties, leur attribuant droits et devoirs respectifs, conformément au rapport contractuel quant à lui consacré par la jurisprudence de la Haute Cour civile, presque 70ans auparavant dans l'arrêt Mercier de 1936.

¹¹⁵³ Art. L1111-4 al.1^{er} code de la santé publique.

¹¹⁵⁴ Déterministe en ce sens qu'il appartient au médecin et plus largement au personnel soignant de décider *en conscience* de ce qu'ils décident de dire au mourant, conformément à l'art. 35 du Code de déontologie médicale, et l'art. R.4127-35 du Code de la santé publique.

¹¹⁵⁵ Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

¹¹⁵⁶ Il s'agit là de l'exigence du double consentement de l'art. 1108 du Code civil requise en vue de l'exécution contractuelle des obligations des parties. Voir en ce sens L. Cimar, *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, préc., pp. 99-105.

choix. »¹¹⁵⁷. La notion de choix est donc prépondérante et renverrait à une liberté individuelle sous-jacente, garantie dans l'ordre du droit commun de tous par le *droit au respect de sa vie privée*¹¹⁵⁸, indépendamment de la maladie, et en tant que modalités de la liberté d'opinion¹¹⁵⁹ ; dont le corollaire est systématiquement le droit à l'information¹¹⁶⁰.

535.- Ce qui intéresse en l'espèce est bien le respect de la volonté de la *personne*, une volonté qu'il convient de préciser comme relative à une construction d'hypothèses successives, à la fois personnelles et médicales, conformes aux dispositions légales¹¹⁶¹. Par hypothèse, le mourant est le point de départ de la réalisation ou *de la non réalisation* d'un soin. Et le troisième alinéa du même article L. 1111-4 invite à réitérer la même injonction déontologique, en ce sens que « 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. » Le législateur a entendu aller encore plus loin dans sa démarche d'autonomisation de la personne mourante en faisant de lui un *connaissant*¹¹⁶² de son propre état de santé, et en étant lui-même responsable de l'évolution de ce dernier¹¹⁶³. Il peut non seulement accepter ou

¹¹⁵⁷ Cette position n'est en rien novatrice et ne constitue en réalité qu'une synthèse de ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a affirmé depuis l'arrêt C. cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, *Bull. civ.* n° 75, préc., arrêt *Hedreul* ; cependant si cet arrêt semble fondateur de cette obligation, celle-ci était déjà contenue dans l'arrêt C. cass. du 20 mai 1936, mais aussi évoquée dans C. cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1951, *Bull. civ.* 1951, section civile, n° 162, p. 125, préc. ; et C. cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1966, *Bull. civ.* 1966, I, n° 298, p. 228, et plus récemment évoqué dans les arrêts C. cass. 1^{ère} civ., 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n°280, ou encore C. cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n°16, préc.

¹¹⁵⁸ Le renvoi au droit commun du respect de la vie privée de l'art. 9 du Code de civil est d'importance car seul l'art. 9 peut permettre de saisir légalement le juge en référé lorsqu'il est nécessaire de faire cesser l'atteinte en urgence. Ce serait *a priori* le cas lorsque la personne visée par un dommage se trouverait être une personne mourante. Ici encore seul le droit commun offre la perspective de garantie la plus large.

¹¹⁵⁹ La liberté d'opinion est un aspect de la liberté d'expression ; au niveau international et communautaire, retenons que la DUDH la garantit en son art. 19., la CEDH en son art. 10. ; en France quant à elle y voit mention faite aux art. 10 et art. 11 de la DDHC, mais aussi à l'art. 1er de la loi n° 637 du 29 juillet 1881, *sur la liberté de la presse* et art. 3 al. 1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, toute deux reconnues en tant que PFRLR.

¹¹⁶⁰ Si le dit droit à l'information est le plus généralement compris au sens de la liberté de la presse, la loi du 29 juillet 1881 y faisant expressément mention, ajoutons que l'information est ici entendue en tant qu'elle permet à une personne de se forger une opinion propre, caractérisée par la délivrance d'éléments les plus objectifs sur une situation de fait, ou encore un aspect d'une connaissance scientifique ou de quelque autre ordre que ce soit. C'est en ce sens qu'il apparaît que, non pas le dispositif légal existant en la matière, mais bien plus la jurisprudence de la Haute cour civile permettrait d'assimiler le droit à l'information journalistique au droit à l'information élémentaire de l'art. L.1111-4 du Code de la santé publique en tant que modalité du droit à la vie privé à recevoir une information *éclairante* afin de déterminer une *opinion* et ainsi **consentir** à l'expression d'un choix.

¹¹⁶¹ Nous reviendrons sur la notion de volonté lorsqu'il s'agira de faire état de la prise en charge spécifique de la douleur.

¹¹⁶² Connaître est la première étape avant de pouvoir exprimer un consentement libre et éclairé. C'est donc que le consentement est conditionné par l'information ; c'est sur le fondement de l'art. 1108 du code civil que les parties expriment leur consentement commun au contrat. Les articles 36 et L.1111-4 du Code de la santé publique y font mention. Le droit à l'information est donc le premier fondement du respect de la volonté en application de l'art. L.1111-2 du Code de la santé publique.

¹¹⁶³ Art. L.1111-4 al. 1.

refuser l'administration de soins préconisés¹¹⁶⁴, conformément au devoir d'information d'un personnel médical légalement lié, mais aussi effectuer un changement dans l'expression de son consentement et ce à tout moment¹¹⁶⁵.

536.- Le législateur entendrait ainsi faire du consentement une pièce maîtresse de l'accès au respect non plus d'une liberté sous-jacente, mais d'une expression en essence de l'*être*, à savoir la *dignité* de la personne mourante¹¹⁶⁶. Dans la mesure où le mourant doit être le point central, celui dont tout part, alors le législateur considère que c'est la dignité même du patient qui est respectée lorsqu'il peut accepter (1.), mais aussi lorsqu'il peut exceptionnellement refuser (2.). Cette autonomie, issue de la loi du 22 avril 2005, se prolongerait jusque dans la possibilité d'opérer un revirement de consentement (3.).

1. L'expression du consentement-*acceptation* par le mourant aux sources de la relation conventionnelle *de facto*

537.- De manière générale, le consentement est le point de départ de toute relation pouvant être assortie d'effets de nature juridique. Il est donc intimement lié à la connaissance que les cocontractants peuvent avoir des termes destinés à les lier, et en ce sens se trouve nécessairement assorti d'une obligation d'information préalable (1.1.). Celle-ci aurait pour but premier de dispenser de vérifier, plus moralement, l'authenticité de la volonté de chacun, et en ce sens, la délivrance de l'information permettrait de présupposer du respect futur de celle-là (1.2.). Pourtant, la complexité des rapports tissés dans le cadre de la fin de vie, la mort rodant

¹¹⁶⁴ Art. L.1111-4 al. 3.

¹¹⁶⁵ Art. L.1111-4 al. 3 du Code de la santé publique disposant 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. ». L'autonomie est ainsi en apparence pleine. En apparence car elle correspond à une volonté idéaliste celle de l'autonomie de la volonté kantienne et phénoménologiste heideggérienne qui fait de la personne un personnage dont l'essence métaphysique de son existence est impossible à atteindre, tout juste saisissable par l'intuition. Il en résulte un *acteur* de sa vie, au sens du *personnage-individu-social* chez Hobbes, prélude de la notion de citoyen. Celui-ci obéit tout juste aux différentes permissions que lui donne l'autorité ; et c'est cela que l'on nomme droit. Voir en ce sens S. Goyard-Fabre, *Le concept de persona civilis dans la philosophie de Hobbes*, in *CPHPJ*, 1983 (3), pp. 56 s.

¹¹⁶⁶ Retenons que la Cour de cassation entend faire reposer le droit à recevoir l'information sur le fondement du respect de la dignité humaine : C. cass. 1^{ère} civ, 9 octobre 2001, *Bull. Civ. I*, n°249 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; *Gaz. Pal.* 17-18 octobre 2001, p. 19 ; *Gaz. Pal.* 2001, juris. p. 1818, note J. Guigue ; *RTD civ.* 2002, p. 176, obs. R. Libchaber ; *JCP* 2002, II, 10045, note O. Cachard. ; C. Clément, *Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de respect de la dignité humaine*, *Petites affiches* 6 décembre 2001, p. 15 ; F. Chabas, *L'obligation d'information à laquelle un médecin s'est soustrait doit être appréciée en fonction de la jurisprudence actuelle*, *RJPF* janvier 2002, p. 21 ; B. Pitcho, *De l'indignité médicale face au temps*, *JCP* 2002, éd. E, suppl. Cah. dr. Entr. 2002/1, p. 27.

en permanence comme pouvant être la cause d'une responsabilité, au pire pénale, il s'est avéré nécessaire d'encadrer les conditions de l'autonomie dont procède la volonté, en la nommant comme élément contractuel au moyen de la loi (1.3.).

1.1. Information et consentement au soin

538.- Après avoir été légalement informé¹¹⁶⁷, le patient peut accepter de recevoir les soins que le corps médical entend lui prodiguer en vue de réduire son affection, ou tout au moins la douleur qui peut en résulter. Le consentement du mourant est nécessairement requis lorsque celui-ci peut l'exprimer¹¹⁶⁸, et ainsi vaut pour point de départ de l'administration d'un protocole de soins. Le législateur est resté assez général sur l'expression du consentement et les éléments qui le conditionnent. En effet, c'est l'article 3 de la loi du 22 avril 2005, portant modification de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique en son alinéa premier, qui précise les conditions de **la prise de décision conjointe du mourant et du médecin**. Ainsi, le texte indique 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. » Comprendons dès lors que la seule condition préalable à l'expression de la volonté¹¹⁶⁹ du mourant serait l'expression de l'information légale qui incombe au médecin.

539.- La décision est conjointe ; ce qui est rappelé par la formulation coordonnée « toute personne, avec le professionnel de santé », et conditionnée à une connaissance médicale relevant d'une interprétation personnelle du professionnel de santé¹¹⁷⁰. Ainsi, la charge de la responsabilité de la lecture de la maladie, de l'état de santé du mourant, incombe au professionnel de santé ; la réalisation d'un acte, sans avoir délivré l'information, ni requis le

¹¹⁶⁷ Si l'information de la l'art. L.1111-2 du Code la santé publique semble désigner la délivrance d'une information avant tout à caractère médical, retenons que celle-ci correspond en fait à une obligation légale de délivrer des informations médicales qui vont lier malade-mourant et médecin (personnel soignant) dans une relation contractuelle, et qu'ainsi, la dite information est en réalité à caractère *juridico-légal* bien plus qu'uniquement médicale.

¹¹⁶⁸ L'art. L.1111-4 al. 4 et al. 5 du Code de la santé publique mentionnent le cas de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté et renvoie expressément aux modalités de l'expression de celle-ci aux dispositions relatives à la personne de confiance, alinéa 4 du présent article, et le cas échéant à l'urgence de l'intervention à la discrétion du personnel soignant, alinéa 4 en référence à l'art. 35 du Code de déontologie. Notons que sans nommer *incapable* la personne qui « est hors d'état d'exprimer sa volonté », le législateur renvoie au surplus à la recherche du consentement des mineurs et des personnes, **déjà**, sous tutelle.

¹¹⁶⁹ Nous reviendrons sur la différence entre consentement et volonté.

¹¹⁷⁰ Art. 35 du Code de déontologie médicale, ou encore pour une application généralisée à l'ensemble des personnels soignants, art. L1111-2 al. 4 du Code de la santé publique.

consentement du patient, représente une faute d'abord professionnelle¹¹⁷¹ et le cas échéant parfois civile¹¹⁷².

540.- *C'est, par hypothèse, en connaissance de cause, en connaissance de la réalité de son état de santé, que le mourant exprimerait son consentement.* Celui-ci serait, dans l'intérêt du mourant, le passage d'un état d'autonomie totale, à celui d'une autonomie contrainte. Comme dans toute relation contractuelle, il y a au *minimum* deux parties à l'exécution du contrat hospitalier¹¹⁷³ visant à accompagner le mourant vers sa « belle mort ». La réalisation des termes du contrat hospitalier - puisqu'au sein de l'établissement public de santé le mourant n'est pas directement lié au médecin - mais aussi des obligations et des devoirs dits synallagmatiques, est conditionnée à l'expression libre et éclairé du consentement des cocontractants, désormais associés dans une relation de nature juridique, au-delà et avant d'être déontologique¹¹⁷⁴. Ils ne pourraient plus jouir que d'une *autonomie liée* dans le cadre des éléments constitutifs de la relation conventionnelle¹¹⁷⁵.

1.2. Respect de la volonté liée à la délivrance de l'information

541.- Transposons cette situation classique du droit des contrats à la relation mourant/professionnel de santé. Le consentement à l'acceptation de recevoir un protocole de soin exprimé par le patient mourant opèrerait un glissement vers une autonomisation dans son choix, le liant aux précisions, informations et préconisations faites par le professionnel de

¹¹⁷¹ Toute personne *intéressée*, la notion étant large conformément à l'art. L. 1111-7 du Code de la santé publique, peut mettre en jeu la responsabilité du médecin pour faute professionnelle, conformément à l'art. 18 de la loi du 4 mars 2002 ayant introduit les art. L. 4126-2 et L. 4122-3 II au Code de la santé publique. Ainsi, en vertu de l'art. 4123-2 du même code, la personne qui dépose une plainte a le droit d'ester en justice directement devant la chambre départementale. Cependant, la loi du 4 mars 2002 impose qu'avant de mettre en jeu la responsabilité professionnelle du médecin, il appartiendra aux juridictions judiciaire et administrative de constater l'existence d'une faute médicale. Ce n'est qu'après que la victime pourra poursuivre le professionnel de santé devant la juridiction ordinaire.

¹¹⁷² Pour défaut d'information, voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1997, *Bull. Civ. I*, n° 99 ; *D.* 1997, somm. p. 315, obs. J. Penneau ; *JCP* 1997, II, 22829, rapp. P. Sargos ; *JCP* 1997, I, 4068, n° 1, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1999, p. 117, obs. J. Mestre ; *Méd. & Dr* 1997, n° 27, p. 19, obs. P.B.

¹¹⁷³ Disons deux parties au *minimum* dans la mesure où, en cas d'intervention de la personne de confiance de l'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique, celle-ci pourrait être considérée comme partie au contrat, alors même qu'il n'y consent pas, et qu'elle s'y trouve liée par le fait d'être désignée par la personne hospitalisée seule sous contrat.

¹¹⁷⁴ L'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, préc., reconnaît en effet que quand bien même la relation établie entre le professionnel de santé médecin et le patient est contractuelle, les effets juridiques engendrés par la pratique de l'art médical conditionné quant à lui à la déontologie médicale (il n'y avait pas encore de Code de déontologie médicale en ce temps) ne peuvent qu'être subordonnés au respect des règles contractuelles, devoirs et obligations synallagmatiques des cocontractants.

¹¹⁷⁵ Et il s'agit du droit commun contractuel.

santé. L'explicitation pratique serait faite par le législateur, à l'article L. 1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique, indiquant que le consentement de la personne « peut être retiré à tout moment »¹¹⁷⁶ ; le patient n'engageant pas sa responsabilité lors du renoncement à poursuivre le contrat¹¹⁷⁷. Ainsi, le législateur sous entend que la relation mourant/professionnel de santé n'est pas à considérer en tant que relation synallagmatique figée dans la *conditionnalité* de préconisations et de l'expression d'un consentement. Le droit de rétractation du patient vaudrait pour principe fondateur de son consentement.

542.- L'idée serait de respecter la volonté du patient, volonté liée à la délivrance de l'information. Cette dernière ne serait pas monographique, compte tenu qu'elle est distillée tout au long de l'hospitalisation, à chaque fois qu'un élément inédit émerge d'un diagnostic ou d'investigations nouvelles¹¹⁷⁸. L'information, conformément aux conclusions de la Cour de cassation, constituerait l'élément éthique fondateur du contrat¹¹⁷⁹. Cela reviendrait à affirmer que le droit de rétractation serait le moyen que le législateur aurait introduit au dispositif légal, en vue de consacrer l'autonomie de la volonté du patient, entendue comme la possibilité d'une liberté absolue de choisir pour soi. La relation du mourant au professionnel de santé serait ouverte. Elle viserait à faire du consentement une notion que le mourant pourrait faire varier au grès de son appréciation. Accepter un soin en reviendrait dès lors à honorer l'obligation légale du premier garant de la vie et de la qualité de vie¹¹⁸⁰ du mourant qu'est le professionnel de santé. Pourtant cette situation ne serait qu'idéale.

¹¹⁷⁶ Droit distinct de celui autorisant la personne à opposer un refus de soins et précisé à l'alinéa 3 de l'art. L. 1111-4 du code de la santé publique. Il s'agit d'introduire une relation où le malade reste maître de sa santé, son consentement étant à géométrie variable, évoluant au grès de son état non pas psychologique, mais rationnel eu égard à son état de santé. Voir notamment L. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, préc.

¹¹⁷⁷ Voir *contra*, *les approches plus anciennes* dans un contexte précédent l'avènement de la contractualisation de la relation médicale, considérant qu'il n'existerait pas de contrat possible de la personne sur son corps : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome 2, n° 803, p. 652. Précisons que désormais, « jusqu'au dernier moment, le patient peut refuser de se laisser opérer, en remboursant seulement au chirurgien ses frais, à titre de paiement de soins déjà faits » : L. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, préc. sur le droit de rétractation.

¹¹⁷⁸ Art. L.1111-2 al. 1 du Code de la santé publique.

¹¹⁷⁹ Voir C. cass. 1^{ère} civ, 9 octobre 2001, préc. Faisant reposer le respect de la délivrance d'information sur le droit au respect de la dignité de la personne humaine dans un attendu de principe ainsi formulé : « un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. »

¹¹⁸⁰ A. Fargot-Largeault, *Réflexions sur la notion de la qualité de la vie*, Arch. Phil. Droit, Droit et Sciences, Tome 36, 1991, p. 135.

1.3. Contractualisation et conditionnalité de l'autonomie

543.- Cependant, la relation contractuelle soumise aux conditions médico-légales dégagées par le professionnel de santé, conformément aux données acquises de la science¹¹⁸¹, suggère que l'autonomie de la volonté du patient, bien que théoriquement relative à une liberté absolue, se retrouverait être elle-même conditionnée aux dites conditions médico-légales, ce qui en constituerait une restriction. Il s'agirait d'une première entorse à la promesse de « belle mort ». L'autonomie serait alors liberté *en parties* ; ici la *liberté autonomie* serait telle que définie par le contrat, respectant les conditions de la loi, et non reposant sur un sous-jacent métaphysique et éthique de la *personnalité*, qui prendrait toute la *personne*¹¹⁸², et non les parties médicalement et légalement identifiables du *sujet de droit*¹¹⁸³ de la santé. Car une telle *liberté*, absolue puisque sans critères extérieurs la définissant, ne serait pas inféodée aux protocoles de soins tels que précisés par les connaissances acquises de la science médicale, mais plutôt soumise au fondement réaliste du droit saisissant la *personne* comme ontologiquement déterminée¹¹⁸⁴, et dont le droit de rétractation ne serait qu'une modalité d'application de la *liberté*¹¹⁸⁵.

544.- Notons enfin que les protocoles de soins peuvent être actes médicaux ou traitements tel que précisé à l'art. L.1111-4 al. 3 du Code de la santé publique. Cela signifierait voir reconnaître *extensivement* la notion de *soin*, considérant que toute intervention quelle qu'elle soit constitue une attention portée au malade-mourant de telle sorte qu'elle lui apporte un apaisement, un bienfait, physique et/ou moral¹¹⁸⁶. Le consentement se trouverait être le vecteur d'un savoir scientifique avéré, visant à l'amélioration du *bien vivre* du mourant¹¹⁸⁷. A ce niveau, la notion de consentement ne semble poser aucun problème. Pourtant lorsque le

¹¹⁸¹ Obligation dès l'arrêt *Mercier*, préc. Puis désormais reprise à l'art. 32 du code de déontologie médicale, et art. R. 4127-32 du Code de la santé publique.

¹¹⁸² Sur l'éthique de la *personnalité*, voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., pp. 152-159.

¹¹⁸³ Voir en ce sens l'approche de la notion de sujet de droit chez J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 343 notamment.

¹¹⁸⁴ Voir en ce sens le passage de l'absolu au conditionné chez J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 73. « Le passage à cette extériorité [le droit positivement formulé], passage de l'idée de justice au concept que le droit forme, ne saurait s'accomplir qu'en promouvant ce qui est donné dès le début, qu'en contribuant à l'actualisation maximale du *prosôpon*, et qu'en considérant que sa *totalité* est livrée d'abord, de telle sorte que ce à quoi l'on "passe" est nécessairement *partiel* mais doit sans cesse refléter le tout préalable ». il s'agirait du passage de l'état ontologique à l'état onto-axiologique.

¹¹⁸⁵ Nous reviendrons sur ces observations lorsqu'il s'agira de faire état du double visage de la volonté dans le langage du législateur.

¹¹⁸⁶ Sur la distinction soins/acte médical/ traitement/acte thérapeutique et actes non thérapeutiques, nous renvoyons à la thèse de B. Pticho, *Le statut juridique du patient*, préc, *passim*.

¹¹⁸⁷ Voilà la promesse de la « belle mort ».

consentement se fait dissentiment, ou refus de recevoir un soin, bien que la loi soit explicite en la matière, l'application est effectivement plus complexe ; non seulement théoriquement, mais surtout au niveau de sa réalisation pratique.

2. La volonté du mourant de refuser un soin

La formalisation différenciée de l'expression du consentement soumise à une procédure stricte

545.- La loi du 22 avril 2005¹¹⁸⁸ apporte un élément théorique nouveau dans l'expression du consentement du mourant. Si jusqu'alors le patient devait exprimer son consentement en vue de recevoir un soin, il peut désormais légalement apporter son *dissentiment* sous forme de refus de soin¹¹⁸⁹. Et cette formulation même de consentement/refus semble être une antinomie juridique. Pourtant, le législateur a entendu garantir la possibilité pour la *personne*-mourante de refuser un soin, en vue du respect de sa volonté¹¹⁹⁰, de son autonomie en forme de droit fondamental, attaché à sa singularité première¹¹⁹¹.

546.- La formulation indiquée suffirait à faire comprendre la difficulté de mettre en pratique le respect d'une telle opportunité pour le mourant¹¹⁹². Ainsi, c'est l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui indique que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. ». De plus, la volonté de la personne peut être « de refuser ou d'interrompre tout traitement »¹¹⁹³. Si un tel

¹¹⁸⁸ Loi Léonetti du 22 avril 2005, préc.

¹¹⁸⁹ Art. L. 1111-4 al. 2 du code de la santé publique. La formulation est maladroite et quasi équivoque tant les conséquences en terme de responsabilité sont évidentes : « Si la volonté de la personne de refuser », cette possibilité étant intégrée à la reconnaissance de son corollaire, l'obligation du praticien de « tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables ». Voir notamment S. Porchy, *Lien causal, préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient*, D. 1998, chron. pp. 379-384, évoquant « une atteinte aux sentiments d'autonomie et de dignité pouvant causer un préjudice extra patrimonial ouvrant droit à réparation », la volonté pouvant être bien entendue considérée jusque dans la volonté refus.

¹¹⁹⁰ Le respect de sa volonté ne pourra être effectif que lorsque « Dans tous les cas, le malade [aura réitéré] sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. ».

¹¹⁹¹ Les seules oppositions à ce droit sont prévues à l'art. L. 1111-4 al. 4, al. 5 et al. 6 du Code de la santé publique. Il s'agit du cas de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté, l'incapable de fait, ainsi que le cas du mineur et du majeur sous tutelle.

¹¹⁹² Voir sur les différentes interprétations possibles du refus, M.-S. Richard, *Préserver la qualité de la fin de vie plutôt que maintenir la vie à tout prix*, in *Maintenir la vie à tout prix ? Qui décide ?*, Laennec, n° 4, 2003 Centre Laennec, pp. 19, 21-23, 25-27, in *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit., pp. 61-62.

¹¹⁹³ Voir à ce propos le texte même de la Loi Léonetti du 22 avril 2005 portant modification du code de la santé publique et notamment de l'article L1111-4 sur le consentement du patient aux soins. Nous comprendrons ici la volonté manifeste du législateur de *décontractualiser* la relation patient/professionnel de santé et de faire de ce rapport un droit à la dignité, portant le débat au-delà d'un droit positif.

choix est rendu possible, ce n'est pas sans condition. Le professionnel de santé se doit de « tout mettre en œuvre pour [la] convaincre d'accepter les soins indispensables »¹¹⁹⁴, s'il estime que la vie du mourant est mise en danger, sous entendu directement. De plus, il est toujours précisé au deuxième alinéa du dit article que « dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable »¹¹⁹⁵. Le législateur a entendu encadrer strictement la possibilité du refus de l'administration de soins, car une telle hypothèse s'opposerait ouvertement à l'obligation première de l'égal accès aux soins à tous, rappelé à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique modifié par la loi du 22 avril 2005¹¹⁹⁶, mais aussi à l'article R. 4127-77 du Code de la santé publique.

547.- La question s'est posée à plusieurs reprises quant à l'administration de transfusions sanguines *forcées* pour des Témoins de Jéhovah. Ces derniers sont, au moment où l'intervention est jugée nécessaire par le professionnel de santé, dans la situation du mourant refusant l'administration d'un soin. Ainsi, et ce jusqu'avant l'avènement de la loi de 2002, le Conseil d'Etat considérait que l'hôpital qui pratiquait une transfusion, alors que le patient refusait une telle intervention, ne commettait pas une faute, considérant que la transfusion était absolument indispensable à la survie du malade¹¹⁹⁷. Dès lors que l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique est entré en vigueur, certains commentateurs se sont interrogés quant à la persistance de l'applicabilité d'une telle jurisprudence. Cependant le Conseil d'Etat, se fondant sur l'article sus visé, ainsi que sur l'article 16-3 du Code civil, et ce à l'occasion d'une saisine sur référé-injonction, considère que l'acte de transfusion, constituant un acte indispensable à la survie du malade, ce dernier ayant refusé son administration, et ce après avoir été dûment informé par le médecin, ayant quant à lui tout mis en œuvre pour le

¹¹⁹⁴ Cependant il n'est pas tenu à une obligation de résultat tel qu'a pu le considérer le juge de la Haute cour ; C. cass. 1^{ère} civ. 18 janvier 2000, pourvoi n° 97-17716, *JCP* 2001, II, 10473, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.* 2001. p. 3559, note M.-L. Mathieu-Izorche. ; le juge précise ceci en ces termes : « attendu qu'un médecin n'est pas tenu de convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande. ».

¹¹⁹⁵ Sur le délai raisonnable en droit de la santé, nous pouvons considérer que l'appréciation reste à la charge du personnel soignant. En effet, une fois de plus nous trouvons ici la place laissée par le législateur à l'interprétation *in concreto*. La généralité volontaire du texte de loi permet aux professionnels de santé d'adapter dans les faits les possibilités de réflexion offertes au mourant et ce dans la perspective de l'informer, voir d'aller jusqu'à le convaincre du bien fondé de la mise en place d'un protocole de soins. Nous analyserons dans un développement ultérieur la condition légale de la nécessité de convaincre le mourant, et les conséquences quant à la réalité de l'autonomie de son consentement.

¹¹⁹⁶ Loi du 22 avril 2005, préc., art. L.1110-5 al.1^{er} du Code de la santé publique. Ceci vaut pour rappel de l'égal accès aux soins garanti sous la forme de deux fondements : le premier étant le droit à la protection de la santé, érigé à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, et le second étant le respect de la dignité humaine, revêtant un caractère constitutionnel depuis la décision du conseil Constitutionnel en date du 27 juillet 1994.

¹¹⁹⁷ CE. Ass. 26 oct. 2001, *Senanayaké.*, préc. Voir B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 532-533.

convaincre de la nécessité de recevoir une telle intervention, ne constitue pas « une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale du consentement »¹¹⁹⁸.

548.- Pourrait-on, dès lors, à la lumière de cette jurisprudence là, conclure à la possibilité d'une atteinte quant à l'expression de la volonté de la personne, dès lors que le professionnel de santé estimerait que la survie de la personne serait directement mise en jeu par elle-même. Hors des cas de transfusion sanguine, et dans les cas de fin de vie représentés par le terme d'une maladie jugée irréversible quant à son issue, il s'agirait de rappeler le sens de l'article 38 du Code de déontologie médicale, interdisant au médecin de provoquer délibérément la mort du malade. Cela implique que le médecin ne puisse s'abstenir, car il sait qu'une telle attitude de refus d'administrer un soin entraînerait la mort du patient tout en respectant pourtant la volonté de celui-ci. Notons que le CCNE a invité en ce sens le législateur, afin de protéger le corps médical se retrouvant face à un refus obstiné, à créer « une exception d'euthanasie » que le médecin pourrait invoquer devant le juge pénal¹¹⁹⁹. Cette possibilité serait celle qui permettrait au médecin de s'abstenir dans l'administration de soins, dès lors que cela représenterait la volonté expresse du patient mourant et que le médecin jugerait opportun, compte tenu de l'état de santé du malade, de ne point s'acharner.

549.- Diagnostic, pronostic et soins à la mort confondus en un seul et même instant représenteraient une garantie maximale, dans la conception théorique que la communauté scientifique, tant juridique dans son immense majorité, que médicale également dans son immense majorité, se fait de l'accompagnement à la mort. Une telle hypothèse semble dès lors en effet permettre aux médecins de trouver une alternative entre le fait d'ignorer un état de santé, pour ne point se voir reprocher une quelconque abstention volontaire, et le fait même d'aider à mourir, par un acte quel qu'il soit. Notons pour finir, et sans plus entrer en avant dans cette voie, que si le refus de soin est principalement entendu comme un droit émanant de la *personne-malade-mourante*, toutefois il peut également émaner du médecin¹²⁰⁰,

¹¹⁹⁸ CE. Ord. Du 16 août 2002., *Feuillatey*, JCP 2002 II 10184, note P. Mistretta, *Dr. adm.* 2002 n° 188, obs. E. Aubin, préc. Le CE ajoute en l'espèce la conformité d'une telle décision à l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme sur la liberté de religion, celle-ci ne pouvant dès lors implicitement prévoir les cas d'atteintes directe ou par omission à la vie à raison de son dogme.

¹¹⁹⁹ CCNE, Avis n° 63, préc. Notons que la C.E.D.H s'y opposerait en tant qu'obligation systématique incombant au législateur, biaisant quelque peu son approche en noyant la question entre droit à la vie et droit à la mort. Voir en ce sens Ch. Byk, *Le droit international de la « bioéthique » : « jus gentium » ou « lex mercatoria »*, JDI, n° 4-1997, p. 925.

¹²⁰⁰ Voir S. Brissy, A. Laude, D Tabuteau, *Le refus de soins opposé au malade*, IDS Univ. Paris Descartes ; ou encore, Rapport annuel sur **le respect des droits des usagers du système de santé**, Ministère de la santé et des sports, *Résoudre les refus de soins*, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin

conformément aux dispositions de l'article 47 du Code de déontologie médicale et mentionné à l'art. L. 4127-47 du Code de la santé publique.

**C. Les prémices des responsabilités¹²⁰¹ du médecin¹²⁰² face au refus du patient :
protéger par le refus du refus**

550.- Les médecins sont soumis en premier lieu aux règles disciplinaires du Code de déontologie médicale. Leurs obligations sont professionnelles et s'exécutent dans le respect des textes à caractère réglementaire. Cependant, la seule responsabilité disciplinaire ne saurait suffire à poursuivre un médecin, et plus largement tout professionnel de santé¹²⁰³ qui s'opposerait à suivre le choix du refus de recevoir des soins. C'est en ce sens que tout professionnel de santé pourrait se voir poursuivi sur un plan pénal, considérant que s'il refuse de consentir au choix du refus du mourant, cela signifierait qu'il se donnerait le droit de *commettre* une intervention, médicamenteuse, et ou physique, pouvant causer un dommage, occasionnant donc, toute proportion gardée, un trouble à l'ordre public. L'hypothèse est sensible, et il devrait être possible d'intenter une action civile en réparation du dommage **(3.)**, indépendamment de toute action pénale **(1.)**, conformément au respect du droit commun de la responsabilité¹²⁰⁴, ce qui en réalité n'est pas évident à appliquer au domaine spécifique du droit de la santé **(2.)**, alors même que l'hypothèse du *revirement de refus* a été légalement introduite **(4.)**.

2010. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 6 octobre 2011, *Gaz. Pal.* note S. Brissy, *Refus de soins opposé au malade et défaut de surveillance du médecin*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 31 s.

¹²⁰¹ Voir J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique, Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, op. cit., p. 88.

¹²⁰² Nous privilégierons la responsabilité du médecin sur celle des autres personnels relevant du statut de la fonction publique hospitalière en ce sens que le médecin est l'incarnation du gardien de la santé. Cependant nous ferons état de la responsabilité des *professionnels de santé* en vue d'évoquer l'existence d'une responsabilité générique partagée.

¹²⁰³ Sur la distinction de statut disciplinaire entre les médecins et sages-femme et les personnels relevant du statut de la fonction publique hospitalière, voir J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique, Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, op. cit., pp. 82 s.

¹²⁰⁴ Art. 1382 s. du Code civil.

1. La responsabilité du praticien exposée au plan pénal en raison du refus du malade

551.- Schématiquement, les médecins se situent entre trois infractions possibles : l'« omission de porter secours »¹²⁰⁵, l'« atteinte à l'intégrité physique »¹²⁰⁶ et plus spécifiquement l'« empoisonnement »¹²⁰⁷ dans le cas où l'atteinte à l'intégrité physique procéderait de l'administration de « substances [médicamenteuses] de nature à entraîner la mort »¹²⁰⁸ ou encore de « substances nuisibles »¹²⁰⁹ qui auraient eu pour conséquence d'emporter le décès prématuré de la *personne-malade-mourante*.

552.- Dans le cas où le médecin ne soignerait pas le patient, il pourrait se voir être poursuivi pour omission de porter secours¹²¹⁰. Ne pas soigner est totalement contraire au devoir de secours que la jurisprudence pénale a défini comme reposant sur un double critère : avoir connaissance de l'existence d'un péril immédiat et constant rendant l'intervention nécessaire d'une part, et d'autre part de s'être volontairement abstenu d'intervenir par les moyens raisonnablement disponibles¹²¹¹. Cette disposition reconnue par le droit pénal semble se renforcer face à l'état de mourant de la personne¹²¹². C'est en ce sens que ces précisions paraissent nécessaire eu égard à l'hypothèse du contraire.

553.- A contrario de l'hypothèse de l'omission de porter secours, il y aurait celle où le médecin devrait décider de soigner le patient en dépit de son refus. Il pourrait alors faire l'objet d'un dépôt de plainte reposant sur l'atteinte à l'intégrité physique¹²¹³. C'est en ce sens que le législateur a introduit l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui prévoit que : « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences

¹²⁰⁵ Art. 223-6 s. et 223-16 du Code pénal.

¹²⁰⁶ Art. 222-1 s. du Code pénal.

¹²⁰⁷ Art. 221-5 du Code pénal.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ Art. 222-15 du Code pénal.

¹²¹⁰ Il s'agirait de la non assistance à personne en danger pouvant être assortie des chefs d'accusation de coups et blessures involontaires ou même homicide involontaire. En effet, l'abstention de porter secours pourrait être assimilée à une atteinte indirecte à l'intégrité physique de la personne.

¹²¹¹ C. cass. crim. 25 juin 1964, *D.* 1964, p. 594, *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 385.

¹²¹² Voir en ce sens les développements relatifs à l'état de faiblesse comme cause d'une victimisation *a priori* de la *personne-malade-mourante*.

¹²¹³ Toute intervention sur le corps de la personne est jugée attentatoire *a priori* comme vu chez D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 96. Toutefois, si cette atteinte est légalement et déontologiquement justifiée par la nécessité de porter secours à celui dont la santé met en jeu son pronostic vital, elle trouve un tempérament dans l'obligation de respecter le refus du patient de prodiguer un soin (art. L.1111-4 du Code de la santé publique) Ceci constituerait alors le principe, et le soin l'exception. Pour autant il n'est pas si simple de considérer que soigner est une exception.

de ses choix [...] ». Malgré la généralité du problème, interprétons strictement ce texte. Si le patient est en état d'exprimer sa volonté, le médecin ne devrait pas passer outre sa volonté¹²¹⁴. Avant la loi du 4 mars 2002, la jurisprudence administrative avait reconnu le droit de passer outre un refus de soins clairement exprimé, lorsque le pronostic vital est en jeu¹²¹⁵. La loi ne reprend pas cette dérogation au principe du consentement du patient. Cependant, après l'entrée en vigueur de la loi, les juges administratifs ont jugé que les médecins ne portent pas atteinte aux droits du patient lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionnée à son état¹²¹⁶. Cet état du droit est ambigu pour les praticiens tant une solution pareille est une opposition manifeste à l'émergence d'un droit applicable quant au refus de recevoir un soin.

554.- La loi semble dire une chose, affirmant un droit à l'autodétermination, et la jurisprudence, affirmant le contraire, limiterait de ce fait le droit du patient. Il apparaît donc que le droit à mourir dignement¹²¹⁷, selon sa volonté de refuser un soin, la promesse de « belle mort », serait rendue caduque en pratique par le contrôle du juge. A l'ignorance de ce qu'il y a de meilleur pour lui en matière médicale, s'ajouterait l'ignorance de ce qu'il y a de meilleur pour lui sur le plan *juridico-légal*.

2. Responsabilité *a priori*, sur fond de juridiction à caractère *administratif*

555.- Si le juge administratif applique strictement la loi du 4 mars 2002, il lui est possible de contrôler la responsabilité **disciplinaire** du médecin qui outrepassé un refus de soins, même

¹²¹⁴ Au regard de l'application stricte du texte dans une optique pénaliste d'interprétation stricte de la loi. Cependant la loi sus-visée est une loi de nature administrative, de droit public, opposable aux tribunaux judiciaires. Cela signifie que son caractère subsidiaire ne pourrait pas emporter une application stricte et qu'ainsi le texte ne renvoie qu'à une interprétation plus ancienne émanant des juridictions administratives en premier.

¹²¹⁵ CAA de Paris, 9 juin 1998, *Mme Senanayaké*, préc. ; CE. 26 octobre 2001, *Mme Sénanayaké*, Rec, p.514, préc. L'exigence étant alors que la vie de la personne soit en jeu, qu'il n'existe aucune alternative thérapeutique et que les actes accomplis soient indispensables à la survie du patient et proportionnels à son état.

¹²¹⁶ TA de Lille réf. , 25 août 2002, *M. Jérôme G. et Mme Carole G* ; Conseil d'Etat, 16 août 2002, *Feuillatey*, préc.

¹²¹⁷ Au sens d'une dignité *autocentrée* et individualiste fruit de l'affirmation d'une autonomie de la volonté volontariste et phénoménologique entendue comme dignité d'ordre public. Elle serait en réalité au-delà de l'ordre public et le commanderait en ce sens que l'ordre public devrait la respecter pour *être* un *ordre* à proprement parler.

en cas de risque vital¹²¹⁸. Cependant, sa responsabilité qui se place alors d'abord sur un plan déontologique, serait opposable devant le Conseil d'Etat qu'une fois les deux premiers degrés de contrôle de nature *disciplinaire* s'étant prononcés¹²¹⁹. Notons que le médecin demeure soumis à une exigence de conscience¹²²⁰ dans la pratique de son art, de telle sorte qu'il doit apprécier avec pertinence les circonstances du refus exigé par le mourant, sa responsabilité disciplinaire pouvant être soulevée pour une particulière légèreté d'appréciation¹²²¹. La responsabilité **administrative**, à proprement parler, celle de l'établissement du fait de son agent, suffirait quant à elle à considérer la réparation du dommage né du non respect du refus, le pouvoir de diagnostiquer ne suffisant plus à exonérer l'établissement public de santé.

556.- En revanche il ya certitude lorsque la délivrance d'une information suffisamment persuasive, conformément à l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens propre à convaincre le patient de la nécessité/pertinence de l'intervention d'un soin¹²²², conditionne la licéité du refus de soin. En cas d'irrespect de l'obligation de délivrance d'une information persuasive, le médecin peut voir sa responsabilité soulevée¹²²³.

557.- Concernant le patient hors d'état d'exprimer sa volonté, si le patient est inconscient, le refus de soins peut être exprimé par ses représentants tels que définis par l'alinéa 4 de l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique : « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté. » Terminons dès lors, et sans plus détailler ces hypothèses, en rappelant qu'il n'existe que deux situations dans lesquelles le médecin pourrait légalement outrepasser le refus de soins. Il s'agit tout d'abord de l'urgence¹²²⁴. Puis de l'impossibilité de consulter l'une des personnes visées¹²²⁵.

¹²¹⁸ Alors que ce n'est pas la position actuelle ; voir TA de Lille, 25 août 2002, ref n°02-3138 ; CE, 16 août 2002., *Cts Feuillatey*, préc.

¹²¹⁹ J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique, Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, op. cit., 83-92.

¹²²⁰ Art. 35 du Code de déontologie médicale et art. R. 4127-35 du Code de la santé publique.

¹²²¹ CE, 29 juillet 1994, *Garnier*, *RD sanit. Soc.* 1995, p. 57, note L. Dubouis ; *Conc. Méd.* Octobre 1995, p. 2559, note J.-P. Almeras.

¹²²² Art. L. 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

¹²²³ CE, 16 août 2002, *Cts Feuillatey*, préc. ; dans le même état d'esprit, voir C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., le juge de la Haute Cour réintroduisant la fute délictuelle en la matière, confirmé par C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc..

¹²²⁴ Ce critère est aisé à considérer dans le cadre de l'imminence de la mort. Cela constitue dès lors dans le contexte particulier du droit du mourant une opposition systématisable par les médecins en vue de se prémunir

3. La responsabilité personnelle du médecin et la faute détachable du service¹²²⁶

558.- La faute d'une particulière gravité¹²²⁷ serait la seule cause détachable de l'exercice de l'art médical. Elle serait opposable au médecin qui, face à la *personne-mourante*, lui causerait un dommage en dehors de toute prérogative rattachable à l'exercice de son art. La preuve s'en trouve pour l'exemple considéré : lorsque le médecin est soumis à une obligation de résultat quant à la délivrance de l'information, l'obligation apparaît renforcée lorsque la délivrance de l'information est rattachée à l'obligation de tout mettre en œuvre pour persuader, convaincre le patient de la nécessité d'une intervention de soins¹²²⁸. Une telle hypothèse semble pourtant particulièrement difficile à retrouver en pratique. En effet, diagnostiquer, pronostiquer, soigner seraient tellement intimement liés à l'activité médicale *stricto sensu*, que nul ne saurait prétendre pouvoir intervenir dans le déroulement de ces activités. En tout cas *a priori* ; puisque le nombre d'actions *a posteriori* est quant à lui toujours aussi important.

559.- Il importe en outre de rappeler que la faute médicale n'ouvre à la victime un droit à la réparation qu'à la condition de constituer, de manière directe et certaine, la **cause du dommage¹²²⁹**. Or, *de quel dommage pourrait se plaindre le mourant qui fonderait son action sur une atteinte à venir, compte tenu des déclarations du médecin, lui pronostiquant une mort certaine ?¹²³⁰* Sa dignité la plus essentielle serait certes affectée, *au sens réel de celle-ci*, toutefois, l'approche contemporaine *majoritaire* ne saurait retenir une telle

de toute responsabilité du fait de l'omission de porter secours. Une telle attitude est de plus conforme à la jurisprudence administrative ; voir TA de Lille, 25 août 2002, préc. ; Conseil d'Etat, 16 août 2002, ref n°249552.

¹²²⁵ L'urgence qui est le premier cas d'opposition au refus semble commander ce deuxième critère qui doit se comprendre *de facto*.

¹²²⁶ Cette hypothèse est assez rare dans la mesure où les juridictions administratives se chargent de la réparation du dommage causé par le médecin ou tout autre personnel soignant dans l'exercice de leurs fonctions au sein de l'établissement public de santé. Cependant l'hypothèse de la faute détachable n'est pas exclue dans la mesure où le facteur humain peut toujours dépasser les cas préconçus par la théorie positive spécifique et nécessiter de renvoyer au droit commun. Nous reviendrons sur ce point, mais affirmons d'hors et déjà que la Cour de cassation a opéré des évolutions en la matière, se détachant du caractère strictement contractuel de la relation, pour revenir sur l'aspect délictuel de la faute ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 20. Sur la faute détachable de service, voir les fondements dans CE. 1^{er} juillet 1904, Rec. Lebon, p. 536., confirmée par CE. 10 février 1905, Rec. Lebon p. 139, concl. Romieu.

¹²²⁷ Voir faute détachable C. cass. com. 12 octobre 1993, *Rochas*, in *Bull.* IV n° 38, note G. Vinet, *D.* 1994, p. 124.

¹²²⁸ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹²²⁹ Réintroduction de la faute de la loi du 4 mars 2002.

¹²³⁰ Le dommage éventuel ne pouvant être réparé contrairement à la perte de chance, conformément à l'exigence du caractère certain du dommage en matière de responsabilité civile. Toutefois, la théorie de la faute virtuelle, au regard de la jurisprudence administrative fondée sur l'absence de faute permettrait d'examiner pareille hypothèse, a fortiori quant à un *droit sacré* tel que la dignité.

hypothèse, la jugeant certainement bien trop *idéaliste*, et surtout rappelant les grandes difficultés qu'elle suggérerait en pratique.

560.- Il s'agirait alors d'une **exigence** d'établir un **lien de causalité direct et certain**¹²³¹. Cette exigence s'imposerait dans le cadre de la responsabilité contractuelle¹²³² comme dans le cadre de la responsabilité délictuelle¹²³³, et en matière tant de responsabilité pour faute prouvée¹²³⁴ que de *responsabilité sans faute*¹²³⁵. Les récentes évolutions de la jurisprudence civile ont conduit à assimiler de plus en plus les causes de responsabilités civiles aux causes de la responsabilité administrative telle qu'elle adopte une position de déresponsabilisation¹²³⁶ du fait personnel¹²³⁷. Conformément au droit commun, le médecin pourrait donc tenter de **s'exonérer** de sa **responsabilité** en établissant l'existence d'une **cause étrangère, cas de force majeure, faute de la victime** ou **fait d'un tiers**.

561.- Pour être totalement *exonératoire*, l'événement invoqué devrait présenter trois caractères cumulatifs qui sont ceux de la force majeure : irrésistibilité, imprévisibilité, extériorité. Cela reviendrait donc à considérer que le patient pourrait, par son seul refus, déresponsabiliser le médecin, considérant que le refus, reposant pourtant sur un fondement légal, serait une cause étrangère à la volonté du médecin en tant que médecin. Attendu bien sûr qu'il aurait au préalable honoré son obligation de délivrance d'une information convaincante. De plus, l'imprévisibilité ainsi que l'irrésistibilité suffiraient à caractériser

¹²³¹ Voir en ce sens pour un arrêt récent, C. cass. crim. 8 février 2011, note M. Veron, *La responsabilité au sein d'une équipe médicale*, Drt. Pén. Mai 2011, com. 61. ; la Cour rappelant le principe de l'exigence du lien de causalité : « le prévenu, qui n'a pas pris les mesures permettant d'éviter le **dommage**, a commis une **faute caractérisée** exposant autrui à un risque **d'une particulière gravité** qu'il ne pouvait ignorer et qui entretient **un lien de causalité certain** avec le **décès** de la victime ». Confirmation de C. cass. crim. 3 novembre 2010, *Bull. crim.*, n° 170, pp. 699-706, en parfaite application de la loi du 10 juillet 2000, Fauchon.

¹²³² Art. 1151 du Code civil.

¹²³³ Art. 1382 du Code civil.

¹²³⁴ Le cas du manquement à une obligation de moyens.

¹²³⁵ Le cas du manquement à une obligation de résultat, ne pouvant en revanche relever que d'une procédure administrative.

¹²³⁶ Ce sur quoi nous reviendrons ; notons sur les fondements philosophiques de la déresponsabilisation, S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, in Archives de philosophie du droit, n°22 La responsabilité, 1977, pp. 23 à 30.

¹²³⁷ Voir en ce sens les évolutions jurisprudentielles du droit commun faisant suite à C. cass. Ass. Plén. 25 février 2000, *Costedoat c/Girard et autres*, JCP 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note Billiau ; RCA mai 2000, chron. G. Viney ; Dr. Et patr. Mai 2000, p. 107, obs. F. Chabas ; D. 2000, jur. p. 673, note P ; Brun. Ainsi la Cour s'est d'abord positionnée en faveur de la responsabilité civile du préposé reconnu pénalement responsable pour le préjudice causé à un tiers, conformément conformément au droit civil reconnaissant la faut de celui qui a causé un dommage, celui-ci ne pouvant s'exonérer au motif de la preuve de l'absence de faute ; C. cass. Ass. Plén. 14 décembre 2001, *Cousin*, JCP G 2002, I, 124, n° 22, obs. G. Viney ; JCP G 2002, II, 10026, note M. Billiau. Pourtant cette position va être invertie dans une forme de revirement de jurisprudence C. cass. 1ère civ. 9 novembre 2004, D. 2005, p. 253., note F. Chabas.

l'urgence, de telle sorte que le médecin pourrait librement s'exonérer de toute responsabilité du fait de la nécessité d'intervenir à raison d'un pronostic vital engagé¹²³⁸.

562.- Un tel raisonnement paraîtrait tout à fait envisageable par analogie à la jurisprudence du Conseil d'Etat allant en ce sens¹²³⁹. Ainsi, quand bien même il n'existerait pas de solution effective quant à la responsabilité civile du fait d'un préjudice commis sur le mourant en raison du *refus* de considérer le *refus* du mourant de recevoir un soin, retenons que la responsabilité civile du médecin¹²⁴⁰, telle qu'observée dans les hypothèses théoriques de la jurisprudence civile¹²⁴¹, laissant penser jusque très récemment, qu'une telle solution demeurerait envisageable.

563.- Considérons que la relation de codécision malade/praticien serait limitée, contrairement au vœu de *démocratie sanitaire* exprimé par le législateur. Le médecin ne devrait pouvoir soumettre un malade à un traitement ou à tout acte médical contre sa volonté, quand bien même celle-ci a suffisamment été éclairée et se serait librement exprimée¹²⁴². Le pouvoir de codécision s'arrêterait alors à la liberté thérapeutique du médecin, car une fois le principe des soins accepté, le médecin serait libre de déterminer la thérapeutique adéquate¹²⁴³.

¹²³⁸ C'est le raisonnement de la jurisprudence *Feuillatey* du Conseil d'Etat.

¹²³⁹ CE., ord. 16 août 2002 ; *Feuillatey*, *Petites Aff.*, 26 mars 2003, n°61, p. 4, note C. Clément.

¹²⁴⁰ Responsabilité médicale.

¹²⁴¹ Toute la jurisprudence civile de la Cour de cassation depuis 1960 à 2011 considère la faute détachable du service comme pouvant engager la responsabilité personnelle du médecin, et plus largement de tout professionnel de santé agissant au sein d'un établissement de service public de la santé au Visa des lois des 16 et 24 août 1790 et 16 Fructidor an III. Le juge de la Cour s'exprimait alors en ces termes afin de retenir la responsabilité : « Attendu que l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il commet que si celui-ci constitue une faute détachable de ses fonctions ». Voir en ce sens, C. cass. crim. 2 décembre 2003, pourvoi n° 02-85254, *Bull. Crim.* 2003 n° 226 p. 911 ; ou encore, C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 1960, *Bull. civ.* n° 378 ; à l'occasion de la jurisprudence fondatrice, le juge de la Haute Cour évoque la nécessité de rechercher une faute détachable du service en vue de retenir la responsabilité du médecin du fait d'un acte dommageable commis contre son patient. Même solution dans, C. cass. 1^{ère} civ. 11 juillet 1962, *Bull.* n° 366 : « Attendu que les juridictions administratives sont seules compétentes pour statuer sur la responsabilité encourue par un médecin des hôpitaux à raison d'une faute médicale commise dans l'exercice de ses fonctions, sauf lorsque cette faute peut être considérée comme détachable du service. ».

¹²⁴² CAA de Lyon, 15 mai 2007 n° 03-1267.

¹²⁴³ C'est ce qui a été rappelé par la CAA de Lyon dans son arrêt du 15 mai 2007 préc. : « Il n'appartient en revanche qu'au médecin lui-même de déterminer les mesures qu'appelle l'état d'un malade, sans qu'en aucune façon il ne puisse accepter de se voir imposer la mise en œuvre d'une thérapeutique par la personne malade, quelle que soit la qualité de celle-ci ; que par suite, la responsabilité du service hospitalier ne peut être atténuée au motif qu'un acte dommageable a été sollicité par le malade lui-même. » En l'espèce, l'intervention litigieuse avait été pratiquée à la demande du patient, lui-même chirurgien. Les magistrats ont jugé que cette participation n'exonérait en rien le praticien. Le juste équilibre des rôles entre médecins et patients devant être trouvé. Cet arrêt de CAA de Lyon aurait le mérite de délimiter le pouvoir de codécision par la liberté thérapeutique du médecin qui reste maître de sa médecine. Les dispositions de l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique d'autodétermination de la volonté du patient, s'effacent devant l'interprétation du juge dont il apparaît qu'il entend continuer à sauvegarder le médecin garant des excès du patient-mourant dans son appréciation ignorante.

Le principe de liberté du médecin semble en accord parfait avec le texte même de la déontologie, mais adopterait une position de protection du corps médical au détriment de la liberté du mourant. Pourtant tout n'est pas impossible, et le législateur a permis au malade-mourant de refuser, après avoir accepté, ce qui n'est pas la même chose que de refuser en première intention. Il s'agira du *revirement de consentement* dont les racines semblent puiser à la source de la *liberté*.

4. Le revirement de consentement ou, la garantie maximale de l'autonomie du mourant

564.- La liberté de consentir serait donc positive, mais aussi pourrait être négative et obéirait aux caprices de la volonté du mourant en revenant sur ses propres déclarations. En reposant sur une liberté fondamentale, cette liberté devrait être absolue (**4.1.**). Pourtant l'atteinte légale à l'intégrité de la personne servirait de justification aux atteintes à la liberté de consentir (**4.2.**) de telle sorte que dans le conflit normatif entre droit privé et droit public, entre droit à l'intégrité et droit de consentir librement à l'acte médical, le médecin l'emporte (**4.3.**).

4.1. Liberté fondamentale de consentir

565.- Le droit de consentir aux soins est un acquis qui irrigue tout le droit de la santé, dépassant les limitations droit privé-droit public. Ainsi, le consentement libre et éclairé des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique s'est même vu être parachevé dans ce dernier, en un droit de *libre codécision* avec le médecin. Le Conseil d'Etat en a fait un droit distinct, considérant que « le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer son consentement à un traitement médical, revêt le caractère d'une liberté fondamentale »¹²⁴⁴.

566.- Le juge du Conseil d'Etat opère un tel raisonnement à la lumière de l'interprétation de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative, relatif au référé-liberté, et requis

¹²⁴⁴ Voir sur ce point CE., ord. 16 août 2002 ; *Feuillatey*, in *Petites Aff.*, 26 mars 2003, n°61, p. 4, note C. Clément.

devant le juge administratif¹²⁴⁵. Cette liberté fondamentale permet ainsi de consacrer le consentement comme le pilier du droit de la santé, interprété *a contrario* de la possibilité d'une intervention justifiée par l'urgence de l'imminence de la mort¹²⁴⁶, conforme aux concepts d'intégrité de la personne physique¹²⁴⁷ d'une part et d'ordre public¹²⁴⁸ d'autre part. La personne peut consentir ou non à recevoir un soin compte tenu de cette liberté fondamentale. Toutefois, cette liberté fondamentale ne saurait être absolue.

4.2. L'atteinte légale à l'intégrité comme garantie contre les caprices du mourant

567.- Si la loi entend faire des exceptions à l'expression du consentement, en permettant à un professionnel de santé de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne en cas de nécessité médicale et ou thérapeutique, elle en fait même une obligation, par le biais de l'article 16-3 du Code civil¹²⁴⁹. **Cette obligation va même assez loin dans l'atteinte à la dignité de la personne, car elle justifie l'atteinte à l'autonomie de la volonté par la nécessité d'une atteinte à l'intégrité physique.** Une atteinte en justifiant une autre, il apparaît pourtant que le législateur réaffirme corollairement à la *double atteinte*, l'existence *première* du respect de l'autonomie de la volonté, en « rappelant » en guise de chapeau introductif, « la primauté de la personne, interdi[sant] toute atteinte à la dignité de celle-ci et garanti[ssant] le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1984, *D.* 1985, *somm.* p. 368, *obs.* J. Penneau, *préc.* ; ou encore, C. cass. 1^{ère} civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet, *préc.* : « L'intervention [doit être] imposée soit par une nécessité évidente, soit par un danger immédiat. » Voir encore le Conseil d'Etat en la matière ; CE. Ord. 16 août 2002, *Cts Feuillathey*, *JCP* 2002, II, 10184, note P. Mistretta ; J. Penneau, *Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical*, Interview, *D.* 2002, p. 2877. Ou encore la jurisprudence CE. 26 octobre 2001, *Mme Senanayake*, *préc.*

¹²⁴⁷ La valeur du droit à la vie possédant une valeur constitutionnelle : voir par ex. art. 1^{er} de la loi Veil, art. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, ou encore C. cons. 27 juillet 1994, *préc.*

¹²⁴⁸ Et c'est cela qui justifie la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que celle concordante du Conseil d'Etat de considérer que la volonté du patient est accessoire lorsque sa « survie » est menacée. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet, *préc.* : « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient. » ; ou encore CE, ord., 16 août 2002, *Cts Feuillathey*, *préc.*, le juge administratif s'appuyant sur l'art. 16-3 du Code civil ainsi que les dispositions de la loi du 4 mars 2002 alors même qu'elle ne contient aucune exigence lorsque le patient émet un refus. Ici, le critère de l'intégrité physique est considéré en vue de justifier une intervention pour le respect de l'ordre public ; voir en ce sens CAA Paris plén., 9 juin 1998, *Mme Senanayake et Mme Donyoh*, *préc.*

¹²⁴⁹ Introduit par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, le législateur y consacre *a contrario* le principe selon lequel toute atteinte à l'intégrité du corps de la personne humaine est contraire à l'ordre public.

¹²⁵⁰ Art. 16 du Code civil.

568.- Notons que la présente rédaction démontrerait le souci du législateur exprimé dans l'urgence. Il aurait statué dans l'éphémère, *oubliant* de préciser que la dignité de la personne humaine se doit d'être respectée également jusqu'à la fin de la vie. Ou peut-être que cela allait sans dire ; seulement, dix ans plus tard, nécessité fait droit, et le Code de la santé publique se voit introduire un article L. 1111-4 qui dispose que « le médecin sauvegarde la *dignité* du mourant ». Notons que la dignité ne se fait ici qu'en écho non pas à la mort, mais quant à la *fin de vie*, tout comme s'il s'agissait du miroir de l'article 16 du Code civil qui fait quant à lui référence au *commencement de la vie*. En revanche, l'application de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique n'est pas générale, et n'entend rendre opposable ses dispositions qu'à l'encontre du médecin.

4.3. Un conflit de norme entre droit privé et droit public

569.- De manière à faire écho à la dignité, la *loi* réglementaire entend, par l'article 36 du Code de déontologie médicale, obliger le professionnel de santé à respecter la volonté du patient. Soulevons donc un conflit de norme rendu possible par cette **hypothèse pratique** où le mourant pourrait toujours exprimer son consentement, libre et éclairé, mais se trouverait dans un état de santé imminent quant à son issue mortelle, et s'opposerait à recevoir des soins appropriés.

570.- Ainsi alléguons-nous les articles 16-3 du Code civil, L. 1111-4 du Code de la santé publique et 36 du Code de déontologie médicale. Le premier relève du droit civil ; le second le soutenant dans l'ordre du droit public ; et le troisième, en quelque sorte, entrant en conflit quant à l'application unifiée des deux premiers, et se fondant sur un droit à caractère disciplinaire¹²⁵¹, et relevant de la juridiction contentieuse¹²⁵² administrative¹²⁵³.

¹²⁵¹ « Les fautes disciplinaires sont généralement définies comme des manquements aux obligations professionnelles telles que prévues par les codes de déontologie ». Voir J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique, Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, op. cit., pp. 84-85.

¹²⁵² Le contentieux en lui-même relève des conseils départementaux régionaux et du conseil national. Cependant, c'est au Conseil d'Etat d'apprécier la légalité des sanctions disciplinaires. Notons à cet effet que si la faute n'a pas de caractère légal et n'obéit donc pas à l'adage de droit pénal *nullum crimen sine legem*, la sanction quant à elle obéit au principe pénal, et de droit commun de légalité des délits et des peines ne prononçant des sanctions qu'en considération des textes régissant les ordres professionnels. *Ibid*, p. 88.

¹²⁵³ La responsabilité « ordinale » des médecins n'est pas la même pour les personnels relevant du statut de la fonction publique hospitalière. Notons succinctement que la responsabilité disciplinaire relève de la compétence du conseil régional de l'Ordre des médecins en première instance, puis du conseil national de l'Ordre en appel.

571.- Il s'agirait de préciser qu'il existerait, en amont de toute responsabilité de nature judiciaire, un droit à caractère éthique et moral, relevant d'un principe sous-jacent à caractère éthique et métaphysique, et traduit dans le langage limitatif d'une philosophie tant *morale* que *juridique*¹²⁵⁴. Ce principe sous-jacent serait celui de la sauvegarde de la dignité humaine comme *fondement même de la volonté supérieure d'existence*. Il obligerait le juge à statuer quelque soit l'existence ou non d'une référence textuelle¹²⁵⁵. Et cette obligation de *justice* semblerait se prolonger dans les obligations du médecin, et notamment celle de porter un secours loyal, sans pour autant que cette loyauté soit une obéissance aveugle à la volonté du mourant. Dans les cas de fin de vie représentés par le terme d'une maladie jugée irréversible quant à son issue, il s'agit de rappeler le sens de l'article 38 du Code de déontologie médicale interdisant au médecin de provoquer délibérément la mort du malade. Cela impliquerait dès lors que le médecin ne pourrait s'abstenir, dès lors qu'il saurait qu'une telle attitude de refus d'administrer un soin entraînerait la mort du patient à raison du respect de la volonté du patient.

572.- Rappelons que le CCNE a invité le législateur à créer « une exception d'euthanasie » que le médecin pourrait invoquer devant le juge pénal¹²⁵⁶. Cette possibilité serait celle qui permettrait au médecin de s'abstenir dans l'administration de soins, dès lors que cela représente la volonté expresse du patient mourant, volonté exprimée après une mûre réflexion contredisant sa première volonté¹²⁵⁷. Le législateur y a répondu favorablement en 2005 en introduisant les dispositions de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Le médecin pourrait alors juger opportun, compte tenu de l'état de santé du malade, de ne point s'acharner. Une telle hypothèse semble dès lors en effet permettre aux praticiens de trouver

Enfin, c'est au Conseil d'Etat et bien plus exceptionnellement à la Cour de cassation d'opérer le contrôle de légalité des sanctions prononcées par les conseils de l'Ordre. *Ibid*, pp. 83 et 90.

¹²⁵⁴ Sur la distinction entre responsabilité morale et responsabilité juridique, voir S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, op. cit, pp. 113 s.

¹²⁵⁵ L'art. 4 du code civil n'y fait-il pas référence en disposant que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » qui est dès lors un délit.

¹²⁵⁶ C.C.N.E., Avis n° 63 préc.

¹²⁵⁷ Art. L. 1111-4 al. 3 qui dispose que si « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »[.] « ce consentement peut être retiré à tout moment. » et c'est là qu'est le revirement de consentement.

une alternative entre le fait d'ignorer un état de santé pour ne point se voir reprocher une quelconque abstention volontaire, et le fait même d'aider à mourir¹²⁵⁸.

573.- Pourtant, la législation du 9 juin 1999, visant à développer les soins palliatifs, devrait participer au contraire à prévenir de telles hypothèses qui semblent en tout état de cause pouvoir soulever des cas de responsabilité. Ainsi, et la loi de 2002 a été précisée en son application par la Cour de cassation, l'obligation de convaincre le patient s'éteint avec l'interdiction de tout *acharnement thérapeutique*. Ainsi, aux termes de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique le médecin doit convaincre ; mais il ne commettrait aucun manquement dès lors qu'il n'aurait pas suffisamment informé quant au danger de l'acte médical préconisé¹²⁵⁹. De plus l'article 36 du Code de déontologie médicale autorise le praticien à entendre le patient exprimer son consentement à recevoir un soin, mais aussi son refus, ou encore à revenir sur son consentement donné antérieurement. Cette hypothèse se trouve donc être opposable par un médecin dont les ayants droits du patient, alors mort, viendraient à désirer mettre en cause sa responsabilité en raison de la survenue de la mort de leur proche.

574.- Nous pouvons donc comprendre que, **temps que le mourant se trouve être lucide, exprimant son consentement libre et éclairé auprès de la *personne* compétente à le recevoir, il pourrait conserver son droit intégral à voir respecter sa volonté dans l'administration de soin ou dans le refus même après accord de celle-ci. Le revirement de consentement serait la garantie maximale en ce sens que le mourant pourrait toujours, à l'issue d'une réflexion de pure maturité, décider que l'ordre naturel auquel il s'inféode, ou bien encore que sa volonté autonome, dans une autre perspective philosophique, serait de, quoi qu'il en soit, revenir sur son autorisation initiale, et ainsi refuser un traitement. Il ne s'agirait donc plus du refus premier de l'art. L. 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique, par hypothèse *irréfléchi*, mais d'une position postérieure à l'acte de volition de survie, dans un mouvement spirituel de *liberté*.**

¹²⁵⁸ Voir en ce sens pour une approche signifiant un certain *laxisme*, A. Porthais, *Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie*, in *JCP Ed. G.* n° 18, 2 mai 2011, p. 536.

¹²⁵⁹ C. cass., 1^{er} Civ., 18 janv. 2000, *JCP* 2001 II 10473, note A Dorsner-Dolivet.

D. Premiers éclaircissements de philosophie du droit

Appliquée à la responsabilité¹²⁶⁰ du refus, comme mode de garantie du sujet de droit

575.- *L'approche critique d'une philosophie de la responsabilité du refus* dévoilerait une conception idéaliste de la notion¹²⁶¹ de refus¹²⁶², procédant d'une élaboration de l'autonomie de la volonté, appréciée limitativement quant à sa capacité à être authentiquement *libre*¹²⁶³. En regardant la *personne idéalement*, ce que nous percevons du sujet de droit ne suffirait pas. Il serait tantôt coupable et responsable, se liant et se déliant au regard de la loi, tantôt victime et innocent, se rattachant et se détachant au corps social. Le sujet de droit serait alors dépendant de l'*autre*, cet autre sujet de droit qui lui ressemble ou qui lui est un tout autre¹²⁶⁴ ; ce qui est particulièrement sensible dans une philosophie hégélienne, disposant que la *personne* ne s'actualise que dans la relation *intersubjective*.

576.- Et comme si la dépendance bipartite ne suffisait pas, le lien se prolongerait dans l'interdépendance des groupes, des communautés, de tout autant de signes de ralliement qui font exister le sujet en le justifiant d'être parce qu'il ressemble ou *dissemble*¹²⁶⁵ à ce qui est décrit comme l'*identité* commune. Ainsi, lorsque l'on est médecin on ne saurait être identique au mourant, mais on pourrait le devenir, car le principe même d'une société compartimentée est de savoir faire de l'*être*, dans une relation tronquée (1.), ce que la loi entend lui accorder comme identité (3.), par l'intercession *relationnaliste* du droit¹²⁶⁶ (2.).

¹²⁶⁰ Nous l'entendons comme toute à la fois *objective* et *juridique*, et *subjective* et *morale*.

¹²⁶¹ Pour une approche de définition philosophique, voir notamment J.-M. Trigeaud, *Responsabilité juridique*, in Les notions philosophiques. Dictionnaire, Tome II, Encyclopédie Philosophique Universelle, PUF, 1990, p. 2254 s.

¹²⁶² Le fait dont serait issue la responsabilité même. Il s'agirait alors du critère matériel de la faute engageant responsabilité, acte négatif qui rompt l'équilibre établi par la norme générale juridique de paix sociale, norme distinguant déjà à la manière kantienne responsabilité morale et responsabilité juridique, la première seule pouvant définir l'être autonome. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Responsabilité juridique*, *ibid*, p. 2255 ; ou encore, S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, op. cit, p. 119-120.

¹²⁶³ Le passage de la responsabilité morale, seule à caractériser l'homme autonome celui qui est métaphysiquement libre chez Kant, à la responsabilité juridique qui se caractérise par le langage commun de la norme, ne se passe pas sans *dommages*. En effet, en vue de retrouver une toute autre *liberté* que celle absolument *libre*, mais rendue impossible car demeurant dans une intériorité insaisissable, il est nécessaire de réduire la liberté à un ordre normatif, universellement saisi, et procédant d'une universalité de la conséquence de l'acte et non plus de la cause.

¹²⁶⁴ Sur la dépendance, voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit., p. 15.

¹²⁶⁵ Il s'agirait de la discrimination, celle qui divise pour recomposer ; voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 11 s. Sur une approche de philosophie politique de la notion de discrimination, sur le *relationnalisme* comme fondement de l'erreur de tout les *communautarismes*.

¹²⁶⁶ Sur le *relationnalisme* comme fondement de l'erreur philosophique du *pseudos* platonicien, fondement de tout les *communautarismes*, voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 161 s.

1. La relation tronquée, premier fondement d'une discrimination théorisée

577.- Elle procéderait d'une philosophie *génériciste*, « quasi-phénoménologique »¹²⁶⁷, ayant rompu le lien entre le *signe* et son *sens* qui le précède, métaphysiquement¹²⁶⁸, entre l'irréductible et l'apparence nécessairement générique et partielle qui l'actualise¹²⁶⁹. Il s'agirait d'une philosophie de la distinction. Elle permettrait aux uns et aux autres de se reconnaître jusque dans le fait de nier une commune appartenance, jusque dans le nihilisme rationalisé. Il y aurait le médecin qui ne serait pas le mourant, et inversement, et leurs identités se nieraient pour exister l'un avec l'autre. Et non pas l'un dans l'autre.

578.- Lorsque l'un refuse, il refuse pour lui, mais engage l'autre. Chaque règle qui commande l'identité dans le refus est un signe d'appartenance à un groupe déterminé : le groupe des mourants, comme si chaque mourant pouvait comprendre cet autre que lui, qui lui est identique, par le seul fait qu'il soit aussi un mourant.

579.- Les signes seraient à l'image d'un « réceptacle *a priori* vide »¹²⁷⁰, dépourvus d'un sens *premier*, présentés comme étant le droit lui-même, entièrement reconnus car qualifiés par des attributs fondamentaux et sacrés. Ceux-ci seraient tous autant de « sac mou »¹²⁷¹, à l'instar de la dignité, opposant une image idéale, renvoyant aux cauchemars des ténèbres des temps où leur absence des principes fondateurs et constitutionnels de l'Etat justifiait les pires crimes contre l'humanité. *Cela revient à dire que sans dignité, au texte, il n'y aurait pas de dignité possible.*

580.- Le droit du refus ne serait alors en ce sens qu'une ébauche de la responsabilité du refus, ne retenant cette capacité que pour garantir en apparence l'existence de cette possibilité, sans pour autant la *re-consacrer*. Car de consécration il n'y en a que d'originelle.

¹²⁶⁷ *Ibid*, p. 11. Et non pas phénoménologique car cela présupposerait que l'être-étant soit encore considéré comme entretenant un lien existentialiste que suggère une métaphysique. Faute de quoi il ne resterait donc qu'une *pseudo* phénoménologie ayant rompu le lien comme le nihilisme nietzschéen l'insinuait un siècle plus tôt.

¹²⁶⁸ Voir en ce sens S.-T. Vassilie-Lemeny, *Pour une philosophie du sens et de la valeur*, op. cit.

¹²⁶⁹ Voir en ce sens sur *généricisme* du signe au dessus du sens, J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit., p. 15.

¹²⁷⁰ J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, *ibid*, p. 17.

¹²⁷¹ Voir B. Mathieu, *op. cit.*

581.- C'est dans l'ordre de l'essence, celle d'un réel *fondateur* saisi au sens d'un réalisme platonicien, et que les apparences rendent effectif dans le monde du sujet de droit, que l'*être* serait à même de remplir la *coquille* ; il serait le sens qui donnerait une direction au signe, afin que celui qui le voit¹²⁷² sache reconnaître singulièrement en ce signe ce qu'il y a de plus universel, et qui lui rappelle sa commune appartenance à la dite universalité. Le droit du refus du mourant serait, sans équivoque, le droit de la *personne*-sujet de droit, de s'opposer à ce qu'elle juge contraire à sa *personne*. Cela présupposerait qu'une présomption de capacité soit reconnue comme ontologiquement encrée dans l'*être* même de la *personne*, capacité non pas à prendre la bonne décision, mais, en *premier*, à *être* apte « à apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé ainsi [qu'à avoir la] faculté à agir selon cette appréciation. »¹²⁷³.

582.- C'est pourtant ce que les lois du 4 mars 2002 et du 22 avril 2005 combinées semblaient vouloir pour le mourant, en lui rétablissant sa place de décideur, ou tout au moins de *co*-décideur de son devenir, autonomisant sa volonté de celle du médecin.

583.- Dans ces conditions, la *personne*-sujet de droit s'actualiserait dans la volonté de la *personne* de voir se réaliser ce qui en elle est possible, de sorte que vive à l'*extérieur* ce qui correspond à cette indicible universel, *singulièrement intérieur*. Il s'agirait alors de ce qui est le plus digne, correspondant au *rétablissement* de la relation, métaphysiquement ininterrompue, et que l'homme doit vouloir¹²⁷⁴. C'est l'objet même de l'article L. 1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique. Le mourant serait capable d'exprimer, par son consentement, positif, son acceptation, ou négatif, son refus ; et même de revenir sur l'un ou l'autre car il serait maître de son devenir, le corps médical, dans une relation de codécision, ne venant qu'après, en quelque sorte en soutien de la décision finale.

584.- Le devoir d'information valant en ce sens comme garde fou *objectivant* la décision, eu égard aux éléments contenus dans les potentialités connues et admissibles de l'état de santé, qui est déjà en lui-même une potentialité qui s'actualise. Il s'agirait alors d'une authentique relation d'*altérité*.

¹²⁷² Par le cœur et non plus la seule raison, voir en ce sens, P.-A. Belley, *Connaître par le cœur. La connaissance par connaturalité dans les œuvres de Jacques Maritain*, Pierre Tequi éd., Croire et Savoir, 2003, p. 16 ; connaître exige que la vérité soit « cherchée dans son objectivité même sous sa *ratio veri*. ». Connaître par le cœur c'est voir l'*imago dei* par l'*amour* le plus *hautement* placé.

¹²⁷³ D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, *ibid*, p. 37.

¹²⁷⁴ Voir chez J.-M. Trigeaud la notion de volonté comme seul facteur d'actualisation de la *personne*, c'est par la volonté que la *personne* existe, car avant de vouloir elle n'est en quelque sorte rien de plus qu'une potentialité. Notamment J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, pp. 85 s.

585.- La dépendance, au *contraire*, donnerait un sens à ce qu'elle entend être, au moyen du signe auquel elle attribue une existence par dissociation. Entendrait-on dès lors ce qui serait une *pseudo* relation de médecin à mourant¹²⁷⁵. Il s'agirait en ce sens d'une toute autre relation.

2. Une relation fondée sur la nécessité d'une structure *a priori*

586.- Elle définirait les modalités de réalisation du lien en associant *l'un* à *l'autre* ; et ce serait une dépendance. Et la dépendance serait réelle, car sans hôpital il serait devenu indigne de mourir ; seule la mort des indigents malades se faisant à l'extérieur.

587.- L'obligation d'accompagnement vers la mort serait en ce sens **premièrement morale**, bien que cela ne soit que suggéré en différentes occasions¹²⁷⁶. Et si l'obligation est premièrement morale, celle d'un échange entre *présués* semblables, elle n'apparaîtrait que sous les traits de la *loi*, sous la forme d'une obligation de moyens ; le seul résultat certain étant la mort. Or, en réalité, nous observons que le rapport d'échange entre humains serait basé sur des exigences qui seraient extérieures à ce qu'il y aurait de plus irréductible en la *personne*, de telle sorte que le lien entre humains serait plus aisément entretenu. Ceci se vérifierait, car l'*indicible* kantien ne pourrait servir de *fondement qu'à une métaphysique des mœurs* que le droit ne saurait prendre pour fondement de *sa raison pratique*. Toutefois, ces exigences, normées disons-le, afficheraient le langage du plus sacré, du plus haut, mais, comme le réceptacle, et non le contenu.

588.- Les exigences extérieures seraient autant d'obligations vouées à créer la satisfaction des acteurs, génériques eux-mêmes, réduisant *les droits de l'homme* à autant d'ustensiles de justice¹²⁷⁷. Le médecin serait une fonction eu égard au mourant qui serait l'objet de l'exercice de sa fonction. Les deux seraient acteurs passifs de leur état, en ce sens qu'ils seraient

¹²⁷⁵ D'un *pseudos* entendu au sens platonicien, celui de tous les sophismes qui prennent la partie pour le tout ; le mourant défini par la loi à l'instar de la *personne* intégrale.

¹²⁷⁶ Voir tout de même en ce sens G. Mémeteau, *La mort dans la loi. De quelques relations entre la loi du 22 avril 2005 et des règles morales premières*, op. cit, *ibid*. Notons de plus que les avis et recommandations du CCNE en sont friands tout comme les avis et recommandations de la HAS.

¹²⁷⁷ Droit à la vie, droit à la dignité, droit à l'accès aux soins, etc, revendiqués comme sacré dans la coquille vide de toute sacralité au nom d'un principe de laïcité niant le phénomène subjectif du religieux pourtant aux sources de l'inspiration à laquelle la science doit tout.

génériquement déterminés quant aux directions qu'ils pourraient prendre l'un par rapport à l'autre.

589.- Le refus du patient est déterminé par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique et fonderait son autonomie, la *réifierait*. Quant au pouvoir du médecin de refuser le refus de soins, il serait aussi légalement fondé sur son obligation¹²⁷⁸ de devoir soigner ; *déontologiquement* fondée dans l'ordre disciplinaire¹²⁷⁹, pénalement fondé dans le devoir de porter secours à celui dont l'état l'exige¹²⁸⁰, et *jurisprudentiellement* fondé sur la nécessité d'outre passer l'avis du mourant en vue de préserver sa vie dans l'imminence de la mort¹²⁸¹.

590.- Les volontés s'opposeraient, car positivement formulées. Elles se nieraient, *a priori*, bien que le langage normatif de chacune, pris indépendamment l'une de l'autre, porterait le message de la reconnaissance d'un droit éminemment fondamental. Elles ne pourraient s'harmoniser, puisque les deux présuseraient *être* la mieux fondée par rapport à l'autre, se rendant nécessaire afin d'assurer le lien d'humanité¹²⁸². C'est ainsi que celui qui ne respecterait pas les termes de l'obligation légale pourrait être poursuivi, car il serait *a priori* responsable d'avoir rompu le lien.

591.- La faute caractéristique de la rupture du lien serait d'autant plus grave qu'elle reposerait sur une obligation de résultat. Et en ce sens l'obligation d'information est une obligation de résultat, renforcée lorsqu'elle porte sur l'information des risques de voir la mort se réaliser en cas de refus de soins¹²⁸³.

592.- Celui qui ne respecterait pas le texte, ou en tout cas la source de droit applicable, pourrait avoir voulu dominer l'échange, en avançant des prétentions subjectives, car en dehors du cadre légal. C'est ici que ressurgit le risque du subjectivisme triomphant de Batiffol, voyant dans le refus une possibilité de « pure méconnaissance de l'homme »¹²⁸⁴. Ceci serait parfaitement visible dans la seule faute résultant d'un tel comportement, puisqu'il s'agirait

¹²⁷⁸ Obligation de moyens. Sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultats, voit J.-M. Trigeaud, *Responsabilité juridique*, in *Les notions philosophiques.*, op. cit., p. 2256.

¹²⁷⁹ Art. 35 du Code de déontologie médicale notamment.

¹²⁸⁰ *A contrario* de l'art. 223-6 du Code pénal notamment.

¹²⁸¹ Conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, apparaissant notamment à l'arrêt *Feuillatey*, préc.

¹²⁸² Voir sur cette humanité que le positivisme juridique a transféré de la *liberté vers* les droits de l'homme, J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome I, op. cit, *passim*.

¹²⁸³ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹²⁸⁴ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 166.

d'une *faute d'humanisme*¹²⁸⁵. Or celui-ci serait bon par intention ; il serait le fruit d'un idéalisme procédant par *objectivisation* rationnelle, et dont le but serait de pacifier, *a priori*, l'échange¹²⁸⁶. Il ne pourrait donc être entaché de critique, car il aurait pour objectif de couper l'élan naturel au conflit, considéré dans cette hypothèse, comme intrinsèque aux comportements humains.

593.- Toutefois une telle relation ne saurait faire autrement que de succomber aux effets de la tentation de domination. En effet, c'est parce que les échanges entre sujets de droit reposeraient sur leur dépendance à la norme, qu'une telle situation se révélerait pourvoyeuse d'un déséquilibre, d'une injustice¹²⁸⁷. Or, allant plus loin encore dans la justification de la nécessité d'une norme idéaliste, la critique ne saurait être admise, *a fortiori* lorsque le mourant deviendrait victime du refus du médecin de suivre son refus de recevoir un soin. Le refus du médecin reposerait sur le bien fondé de son obligation d'information, devenue obligation de convaincre, obligation de sécurité de résultat¹²⁸⁸, celle-ci étant donc *a priori* également bien fondée, car participant des connaissances acquises de la science¹²⁸⁹.

594.- Le mourant serait donc l'objet d'un système, puisque sa qualité de sujet de droit ne suffirait pas à le protéger. *L'objectivisation* de son état serait donc nécessaire afin de lui garantir de plus amples certitudes. Il serait considéré comme le *signe* de la responsabilité, c'est à dire le point de *départ-fondement* des obligations du médecin qui n'aurait, quant à lui, pas

¹²⁸⁵ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc. Notons une évolution majeure en la matière, évolution majeure qui fait du droit à être informé en matière médicale un droit découlant de la loi, ce qui explique le visa de l'article 1382 au lieu de l'article 1147 du code civil habituellement visé. Ainsi s'opère un rapprochement par rapport aux droits de la personnalité, d'une responsabilité délictuelle, revenant aux sources du droit de la *personne*, avant celui du sujet de droit. Cette jurisprudence nouvelle, prolongeant l'arrêt *Teyssier*, préc., rappelle ce que recouvre à la fois la faute d'humanisme du médecin vis-à-vis du patient, et le droit qu'à le patient de conserver la maîtrise de sa destinée.

¹²⁸⁶ Le positivisme juridique est fondé sur l'idée de pacification sociale partant du présumé selon lequel la relation sociale est conflictuelle : voir en ce sens les théories rousseauiste, kelsénienne et schmittienne notamment.

¹²⁸⁷ Voir en ce sens et de manière complémentaire J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit. et du même auteur *Justice et Hégémonie*, op. cit. Plus particulièrement sur la question de la discrimination.

¹²⁸⁸ Obligation de convaincre : obligation de résultat non pas dans l'effet mais dans le fait même de la délivrance de l'information en elle-même. Cependant nous le notions, il y aurait un glissement entre l'obligation de résultat de délivrance, et l'obligation de résultat de convaincre qui quant à elle n'existe pas, puisqu'il ne peut s'agir que d'une simple obligation de moyen, le dernier mot appartenant théoriquement au mourant. Voir tout de même pour une jurisprudence constante de l'obligation de sécurité de résultat à charge tant des médecins que des établissements de santé, engendrant une présomption de responsabilité : C. cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999, *Bull. Civ.* 1999, I, n° 220 et 222, p. 141 ; C. cass. 1^{ère} civ., 13 février 2001, *Bull. Civ.* 2001, I, n° 32, p. 20 ; C. cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2005, *Bull. civ.* 2005, n° 59.

¹²⁸⁹ Or l'obligation de conscience du médecin participe de l'obligation de délivrer une information fondée sur les données acquises de la science, obligation de résultat lorsqu'il s'agit de convaincre le mourant de la pertinence de l'intervention qui lui est soumise.

respecté les termes de l'échange légal, contractuellement formé pour l'occasion. Ce médecin là serait celui qui, par hypothèse aurait voulu dominer, par sa connaissance, sa conscience, sa lucidité, son discernement, autant de justifications légalement ou à tout le moins *jurisprudentiellement* fondées, contre la volonté du mourant de s'autonomiser. Or le mourant qui désire son autonomie serait aussi sujet aux excès d'une volonté de domination, mais ici inversée¹²⁹⁰. En outre si le *signe*, spectre de la mort médicalement évaluée, ne suffisait pas à justifier l'état de mourant, alors il serait contraint de renvoyer aux critères d'existence limitatifs, le faisant être artificiellement. Par exemple, il en serait ainsi de la dignité, exposée en tout texte, revendiquée, tout comme l'éthique, et dont on ne saurait quelles relations elles entretiendraient. Car quoiqu'il puisse en être, celui qui refuse serait toujours *a priori* trop faible d'esprit pour connaître objectivement ce qu'il y a de meilleur pour lui, sa faiblesse ne pouvant apprécier les références, dignité, éthique, *etc*, et ne parviendrait à s'exprimer en conséquence que *subjectivement*.

595.- Il s'agirait donc, pour le protéger, d'*objectiver* son statut. Et puisqu'il ne pourrait en être ainsi au cas par cas, d'une singularité à l'autre, alors il devrait en être génériquement¹²⁹¹, par le biais de la loi d'application générale, permettant de conceptualiser le mourant. Cette entreprise ne serait pas un secret ; elle serait toute au contraire revendiquée comme fondatrice de la protection, et pourrait s'appliquer également en ce sens à ce qui relève de l'intimité : l'expression d'un refus.

3. La conceptualisation du refus du mourant.

596.- Elle se dessinerait alors dans les affirmations de principe de la loi. Cette loi définirait les critères d'existence du sujet/objet¹²⁹² en se faisant spécifique ; et de subsidiaire, elle

¹²⁹⁰ L'autodétermination se justifierait par son renvoi à la *liberté*. Or présupposons que la liberté, dans toutes les doctrines et approches théoriques, demeure la dominante ontologique, y compris chez ceux qui en font un concept vide. C'est en ce sens que la domination par la liberté s'en trouverait inversée eu égard à la domination par la volonté de simplement dominer.

¹²⁹¹ J.-M. Trigeaud, *ibid*, p. 22.

¹²⁹² Il y aurait un glissement du statut de sujet de droit à celui d'objet de droit, la loi choséfiant la personne insaisissable afin de dessiner ses contours en vue de mieux en contrôler les critères existentiels dans un but déclaré de le protéger. Cependant, une telle démarche ne saurait être que celle de la définition de la chose, de ce qui est objectivement identifiable, selon une taxinomie. L'individu en serait alors objet de droit en ce sens que les traits caractéristiques de celui-ci sont isolables les uns des autres ; mais une telle notion ne saurait être assimilée à celle de sujet de droit porteuse d'un sous-jacent ontologique qu'est la personne, subjective et irréductible, d'une subjectivité métaphysique qui se découvre elle-même dans le jugement de ses passions et ses peurs ; *sub jectum*

deviendrait de principe, elle serait d'application générale, reléguant le principe *premier* au rang de l'exception. La dignité objectivée servirait de fondement discriminant (3.1.) conduisant à apeurer le mourant, en le culpabilisant quant à sa propre mort (3.2.). Le refus du refus serait un droit objectif du médecin à protéger le mourant de lui-même, mais peut-être plus encore à se protéger lui aussi (3.3.).

3.1. Dignité objective et discrimination

597.- Il en serait ainsi de la dignité¹²⁹³, celle qui est proclamée lorsque l'on meure et que l'on refuse de voir le corps médical continuer d'administrer des soins. La dignité ne suffisant pas, il serait nécessaire de la spécifier au cas identifié : ici le refus. Puisque la dignité du refus n'est pas rationnelle, alors le droit positif se devrait de l'objectiver¹²⁹⁴, car ce serait la meilleure solution pour la mieux garantir, en bonne conscience. Par conséquent, la dignité deviendrait objet d'un *généricisme*, construit à partir d'une multitude indéfinie de composantes positivement déterminées.

598.- La responsabilité du mourant pourrait être une chance pour lui d'assumer moralement son rôle, dans la relation d'échange entretenue derrière le masque de la culpabilité. L'hyperprotection aurait pour effet de responsabiliser le mourant, par l'intermédiaire de règles qui lui seraient extérieures, mais dont il serait établi que les termes feraient état d'un langage commun¹²⁹⁵. La responsabilité du corps médical se ferait réparatrice quant à elle, lorsque conduisant à justifier le dépassement de la référence textuelle pour renvoyer vers un sens *premier*, elle se retrancherait derrière sa justification protectrice. **Il s'agirait d'une auto protection, celle d'un corps médical qui ne voudrait pas prendre le risque de croire à la liberté du mourant de connaître, en dehors des savoirs scientifiques, ce qu'il y aurait de justement fondé à refuser un soin.** Derrière cela se cacherait le sens plus profond d'un individualisme procédant de la division, se justifiant derrière la nécessité d'une philosophie

latin réactualisant les sous-jacent réalistes d'une philosophie platonicienne des idées. Nous reviendrons sur ce point lorsqu'il s'agira de traiter de l'indemnisation en deuxième Partie.

¹²⁹³ *Ibid*, p. 21-22.

¹²⁹⁴ Faire la loi.

¹²⁹⁵ L'impératif catégorique kantien.

politique, déployant un idéalisme du droit qui entrecroise les sujets de droit en vue de les rassembler en raison du fait qu'ils seraient, par hypothèse, ontologiquement différents¹²⁹⁶.

3.2. Culpabilité de la mort

599.- Il en serait ainsi d'un *enfer* de la division, de la discrimination, rendu possible par la volonté de dire ce que serait la chose, alors que le langage employé, bien que commun à différents domaines, ne pourrait être que limitatif eu égard à ce dont il traite¹²⁹⁷. La présomption serait apocalyptique : le mourant, inconscient de son état, de la gravité de celui-ci, ne serait plus qu'un *autre* dans l'échange qui l'opposerait aux vivants, ceux qui lui rappelleraient la préciosité de la vie qu'il entendrait quitter prématurément, par refus de soins. Néanmoins, lorsqu'il s'agirait de justifier l'acte d'euthanasie, par compassion face à la souffrance, véritable **tentation de l'irréfléchi**, les même *souffleurs* de culpabilité, le moment venu, verraient réapparaître les risques d'un *dernier jugement* les rattraper. Il serait en ce sens préférable de garder le mourant dans la position de responsabilité de son propre état de victime par le seul refus du bien qui lui serait offert de continuer la vie. Il faudrait donc le protéger de cette insouciance, et le droit en tant que régulateur, que pourvoyeur de rectitude se devrait d'assumer cette mission¹²⁹⁸. Pourtant, dans le prolongement d'un droit du mourant, il y aurait le médecin chargé d'accomplir sa tâche, son obligation *bioéthiquement* fondée de servir la cause du malade. Il pourrait progressivement asseoir le débat qui ne serait plus qu'unilatéralement fondé, car justifié par l'impératif du secours que le droit-devoir d'information a su si habilement introduire.

600.- Rien ne pourrait empêcher la marche du traitement, faisant du malade le seul responsable de sa propre mort, face au médecin qui n'aurait qu'à prouver qu'il avait tout mis en œuvre pour empêcher celle-ci ; simple obligation formaliste et humaniste, mais jamais

¹²⁹⁶ Il s'agirait de toute l'ontologie phénoménologique de Heidegger qui identifie des épiphénomènes et les conjuguent à souhait afin de créer des paradigmes de phénomènes traduisant l'état de l'être là en un instant. Et la responsabilité est prise ainsi au temps et à l'espace donné, sans considération étendue de la personne auteur présumée.

¹²⁹⁷ Voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable* et du même auteur *Justice et Hégémonie*, op. cit. Notamment sur l'idée d'une discrimination d'Etat fruit d'une philosophie politique idéaliste généralisant l'existence de ce qui est le plus irréductible et indicible.

¹²⁹⁸ Voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, *ibid.*, pp. 73 s.

*personnaliste*¹²⁹⁹. Par conséquent comprenons enfin que, revendiquer la liberté du malade pourrait servir à mieux légitimer la contrainte qui est opérée sur lui¹³⁰⁰. En visant la responsabilité du médecin, en la délimitant légalement, en ajoutant nombre d'obligations, c'est en réalité les droits du mourant que la loi renforcerait¹³⁰¹. En réalité, ce mouvement de garantie ne serait qu'une apparence, un *masque*. Car la loi, encadrant l'action, limitant le champ des possibles qui sont par nature indéfinis, exposerait les termes fondamentaux, telle que la *liberté*, les principes *premiers*, telle que la dignité, en invoquant leurs exceptions sous entendues. Elles justifieraient alors les atteintes afin de protéger des excès de l'abus de l'usage d'un droit fondamental¹³⁰² : la dignité justifiant le refus de soins serait par exemple reléguée en vertu de la primauté à protéger la responsabilité du médecin, au nom de la reconnaissance d'un principe de précaution. **La loi protégerait alors le droit plutôt que la personne qui l'incarne**¹³⁰³. **Et il semblerait que ce soit le cas d'un droit au refus du mourant strictement encadré, mais dont l'applicabilité serait impossible.**

3.3. Protection inversée et bénéfice responsable

601.- Au fond, à force de réductions successives, d'élaborations de droits exceptionnels, de droits subsidiaires et spécifiques, celui dont la responsabilité devait être élargie se verrait finalement progressivement *déresponsabilisé*¹³⁰⁴. Serait-il possible alors de justifier une telle *déresponsabilisation* par le principe de droit commun qui permet l'atteinte à la liberté du

¹²⁹⁹ L'individu est certes considéré, mais selon les critères extérieurement identifiables, le lus souvent médicaux et surtout d'opinion. La personne est non seulement reléguée, mais plus encore ignorée, le plus fréquemment involontairement, la compassion de complaisance suffisant à satisfaire la bonne action au nom d'un discours du communément admis. Sur le choix subi de la mort, voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, *ibid*, p. 203 : « celui qui croirait choisir la mort choisirait plus *ce qui a été choisi pour lui*, par peur d'être soi, de rompre une allégeance de groupe qui le tient ». Il préférerait rester l'individu d'une société plutôt que d'être la personne qui fait la société. Ici s'opposent deux conceptions radicales de philosophie politique. Une philosophie de l'individu idéaliste et structuraliste, projetant les artefacts d'une société emmurée sur le constat pessimiste d'un état de nature féroce ayant pour conséquence le conflit naturel entre les hommes : ici seraient les théories de Kant sur l'individu, Hobbes sur l'état de chute, et Schmitt sur le *relationnisme* ami-ennemi. D'un autre côté, bien que celle-ci n'entende pas s'opposer et que ce sont ses adversaires qui s'y oppose, une philosophie réaliste et personnaliste considérant le droit non comme un outil de contrainte, mais comme un régulateur de liberté : ici seraient les théories de Platon sur l'idée de justice, Aristote sur le droit comme outils de régulation, Averroès sur le critère de distinction, Saint Thomas sur l'amour comme principe actif de toute justice. Et la liste n'est pas exhaustive.

¹³⁰⁰ J.-M. Trigeaud, *ibid*, p. 26.

¹³⁰¹ Voir en ce sens R. Theis, *Respect de la loi : respect de la personne*. Kant, Le Portique, Revue de philosophie et de sciences humaines, *Le Respect*, novembre 2003., sur les conceptions idéalistes justifiant que la personne soit assimilée à la loi.

¹³⁰² Ce qui est le cas dans l'art. 16-3 du Code civil.

¹³⁰³ Voir R. Theis, *ibid*.

¹³⁰⁴ J.-M. Trigeaud, *ibid*, p. 24.

consentement dès lors que l'ordre public l'exige¹³⁰⁵ ? Car si le refus est l'expression d'une volonté négative, il est avant tout l'expression d'un *dissentiment* aux termes proposés par le médecin, *via* la délivrance de l'information. Et en ce sens, le consentement de l'article 16-9 du Code civil serait la base suffisante en vue de justifier la caducité du *dissentiment* face à une exigence d'ordre public. En l'occurrence, cette exigence serait fondée sur la nécessité du secours, basée sur le principe du respect de la vie.

602.- Ce serait pour cette raison que l'obligation de convaincre le patient serait atténuée du fait de l'expression d'une *volonté seconde*, en ce sens que le patient aurait déjà reçu toutes les informations nécessaires lorsqu'il se serait prononcé pour la *première fois*. Toutefois, le médecin ne saurait être totalement exonéré d'une telle obligation, et se devrait de l'accomplir par respect à la fois de la loi, mais aussi, par hypothèse, en raison de la possibilité de la faiblesse du mourant qui se résignerait. Et alors que l'apparente garantie du droit du mourant se retrancherait derrière l'obligation du médecin, la responsabilité de celui-ci serait jugée plus importante, d'un enjeu social plus conséquent que celle du mourant dont l'issue serait déjà connue.

603.- Cette situation pourrait connaître des interprétations différentes dès lors que la personne mourante n'exprimerait plus d'elle-même sa volonté, mais que c'est par l'intermédiaire d'un tiers que celle-ci serait représentée. Nous l'avons vu, la *personne-mourante* peut se voir placée sous régime de sauvegarde de justice ou encore sous tout autre type de régime d'incapacité ; mais cela demeure du droit commun soumis au contrôle du juge. La loi de 2002 a entendu introduire en l'espèce une variante à cette hypothèse, une simplification car il n'est besoin de requérir à une quelconque décision de justice.

Section.II. L'intégration de la personne de confiance au processus décisionnaire

604.- Si « le trop de confiance attire le danger »¹³⁰⁶, l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, qui a introduit la notion de personne de confiance¹³⁰⁷ au *corpus* légal, représenterait

¹³⁰⁵ Principe contenu notamment à l'art. 16-9 du Code civil justifiant les dispositions de l'art. 16-3 du Code civil quant aux atteintes à l'intégrité, et les cas d'écartement du consentement.

¹³⁰⁶ P. Corneille, *Le Cid*, Acte II, Scène VI, *Don Fernand*, *Don Arias*, *Don Sanché*.

un risque majeur pour le mourant. Il n'y a que très peu d'intérêt doctrinal¹³⁰⁸ pour la personne de confiance alors que son rôle apparaît être *crucial* ; et ses tâches semblent essentielles¹³⁰⁹.

605.- La personne de confiance est un membre de la famille du mourant, ou encore une personne extérieure au cercle familial en tant qu'elle peut être un tiers ; elle peut également être le médecin traitant. C'est le malade, invité à y procéder, qui la désigne par écrit révocable à tout moment¹³¹⁰. Sa désignation n'est pas obligatoire¹³¹¹. Dès lors qu'une personne est hospitalisée, elle est soumise à exprimer son choix quant à la désignation de la personne de confiance. Celle-ci ne peut exercer *pleinement* son rôle que dès lors que le malade ne peut plus exprimer sa volonté et recevoir l'information légale. Ainsi, la personne de confiance ne se substitue pas à la personne malade dans l'expression de sa volonté, de son consentement au sens juridique de celle-ci¹³¹². La personne de confiance aurait donc un rôle juridiquement établi, mais toutefois, en apparence, aucune densité effective. Ainsi, procéder à l'introspection du rôle limité de la personne de confiance relève d'une entreprise spéculative ; mais sans spéculation, il n'y a pas de recherche. Il y a donc lieu, selon l'attitude suivie jusqu'ici dans la présente étude, de tenter de trouver un sens tout à la fois pratique, théorique et philosophique, à l'intégration de la personne de confiance au dispositif légal, eu égard à son rôle, si minime soit-il, dans le processus décisionnaire.

606.- Elle serait donc également soumise à la règle selon laquelle le consentement doit s'incliner devant l'ordre public, aux termes de l'article 16-9 du Code civil justifiant les atteintes de l'article 16-3 du même code. Si le législateur a entendu simplifier la procédure de

¹³⁰⁷ Celle-ci serait une forme de mandataire de la personne sujet de droit de soins mourante, et est le fruit de la démarche de démocratie sanitaire entamée par l'avènement de la loi du 4 mars 2002, et consacrée dans la loi du 22 avril 2005, mise en application par le décret du 6 février 2006, préc.

¹³⁰⁸ Voir tout de même A. Bensamoun, *La personne de confiance, réflexions sur une institution émergente en droit familiale et médicale*, in *RJJ Droit prospectif*, 2007- 4, pp. 1669-1693., ou encore C. Swan, *La médecine et le droit*, op. cit., pp. 79-81.

¹³⁰⁹ Notons que le CCNE estimait qu'il était nécessaire d'introduire la présence d'un interlocuteur à la législation sur la personne mourante, d'une personne « représentant », en tant que « mandataire » ou « répondant », afin d'assurer le lien entre médecin et malade. Le CCNE inspire ici de manière évidente la loi du 4 mars 2002. Voir CCNE, avis n° 26, Avis concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs. » 24 juin 1991. Cette recommandation portait particulièrement sur la notion de *consentement éclairé*.

¹³¹⁰ Art. L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique.

¹³¹¹ L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique dispose que « Toute personne majeure *peut* désigner une personne de confiance ». Pouvoir n'est pas devoir. Ce droit n'en n'est pas moins important et les personnels soignant insistent particulièrement sur ce qu'ils estiment être un devoir du malade en quelque sorte en contrepartie de sa prise en charge.

¹³¹² Sauf dans le cas de la recherche *biomédicale*, cas sur lequel nous reviendrons au Paragraphe VII de la présente section.

représentation pour ne la circonscrire qu'au sein de l'hôpital, afin de la *déjudiciariser*, la seule référence de l'article L. 1111-6 semblerait insuffisante en raison des incertitudes liées à l'absence de contrôle effectué durant l'intégration de la personne de confiance au processus décisionnaire.

607.- La personne de confiance est ainsi la personne qui va, non pas consentir ou non à tout type d'action à caractère médical dès lors que le malade concerné est en état d'inconscience, ou tout au moins de conscience insuffisante¹³¹³, mais plutôt donner un avis qui devrait concorder avec ce que le mourant désirait (**Paragraphe.II.**). Cela suppose une problématique relative au respect de la volonté, dès lors que la personne de confiance pourrait, en s'associant au personnel médical, s'opposer au devoir d'informer ou encore d'administrer des soins engageant la survie du malade¹³¹⁴. Dans ces conditions, la question de l'authenticité du respect de la volonté de la personne se poserait dès lors que celle-ci ne serait plus en mesure de s'exprimer (**Paragraphe.I.**). Il s'agirait de considérer l'influence que le corps médical pourrait avoir sur la personne qui ne serait plus directement concernée par la maladie (**Paragraphe.III.**), et inversement l'influence que pourrait avoir la personne de confiance sur le corps médical quant aux choix d'un acte ou au contraire son refus (**Paragraphe.IV.**). Son rôle serait tout de même en ce sens primordial, attendu que l'incertitude du mourant exposerait la personne de confiance (**Paragraphe.V.**), ce qu'une approche de philosophie du droit révélerait comme source de causes d'une responsabilité morale que le droit ne saurait ignorer (**Paragraphe.VI.**). C'est en ce sens qu'il s'agirait de s'interroger quant à la faculté d'opposer la possibilité des germes de la responsabilité juridique de la personne de confiance, bien que celle-ci apparaisse impossible (**Paragraphe.VII.**).

¹³¹³ Le texte ne précisant rien en la matière ne disposant que de d'une personne « hors d'état d'exprimer sa volonté ». Le terme générique de volonté renvoie donc à tout ce qui concerne les questions de conscience, de discernement, de capacité, de consentement, etc.

¹³¹⁴ Tout droit étant reconnu au malade et que la personne de confiance, en fonction de ce qui lui est accordé, peut requérir en tant que représentant. La théorie du droit commun des droits du mandataire et du mandant servant de sous-jacent simplifié à la conception même de la représentation par la personne de confiance.

Paragraphe.I. La question de la *légitimité* de la personne de confiance dans la transmission du vouloir du mourant

608.- Une telle hypothèse conduit à un examen minutieux du respect de la volonté. Attendu que la désignation de la personne de confiance ne constitue pas une décision de justice, mais seulement un acte express de protocole administratif, conjoint à l'admission au sein de l'unité hospitalière, il semblerait que la place de la personne de confiance soit scellée par le droit administratif. Pourtant, si sa désignation est faite par la *personne* usager de service public¹³¹⁵, ce dernier devrait être regardé ici en tant que sujet de droit-*personne*. C'est bien la confiance qui fait foi en tant que notion juridiquement variable, entre principe de *légitime confiance* du droit contractuel, et confiance moralement saisie et renvoyant à l'*éminemment* intime, à ce qui appartient à la vie privée de la personne.

609.- L'*insuffisance du principe de légitime confiance* serait avérée, celui-ci n'étant pas un principe à valeur constitutionnelle¹³¹⁶. Il conviendra dès lors de décliner sa prétention à pouvoir considérer la confiance comme une notion maîtresse de la relation médicale au sens où elle aurait une opposabilité normative. Aussi, elle sera sous-jacente, comprise entre les lignes, comme fondatrice du rapport qui se fait entre les différents acteurs de l'établissement de santé, les malades, mourants, leurs familles et proches y compris. Elle serait donc cette intimité du *croire avec*, que l'étymologie du terme suggère¹³¹⁷.

610.- Par conséquent, c'est en opposant les conditions d'application du statut de la personne de confiance aux dispositions de l'article 9 du Code civil, ainsi qu'à l'interprétation constante du juge civil en la matière¹³¹⁸ que pourrait émerger un *droit à*

¹³¹⁵ Dont il est avéré qu'il ne peut être apprécié qu'à la lumière du seul droit public et qu'ainsi la mixité de son statut suffit à le qualifier, en *premier*, de *personne*, physique de droit commun.

¹³¹⁶ En ce sens, le principe de légitime confiance serait rattachable au principe de liberté contractuelle que l'art. 1101 du Code civil présuppose comme acquis. Cependant, la liberté contractuelle n'est pas un principe à valeur constitutionnelle, Cons. const. Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *JCP* 1995. II. 22404, note Boussole ; *D.* 1995. *Somm.* 351, obs. Gaïa ; *RTD. Civ.* 1996. 151, obs. Mestre. Toutefois, le conseil précise qu'il ne saurait être porté atteinte à cette liberté par le législateur aux termes de la reconnaissance de celle-ci à l'article 4 de la DDHC : C. const. Décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *JO* 14 juin ; *RTD. Civ.* 1998. 796, obs. Molfessis. C'est en ce sens que dans le prolongement de l'absence de reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique, le conseil estimera qu'il en va de même du principe de confiance légitime : Cons. const. 7 novembre 1997, *D.* 1999. *Somm.* 235, obs. Mélin-Soucramanien.

¹³¹⁷ Le mot confiance serait le fruit de la réunion du préfixe latin *con*, *avec*, et du verbe *fidere*, *croire*.

¹³¹⁸ Notons que la cour de cassation fut la première à affirmer l'autorité du respect de la vie privée ; voir en ce sens, C. cass. 1^{ère} civ. 23 octobre 1990, *Bull.* 1990. I, n° 122, p. 158. : « Toute personne quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée. ». C'est tout

la confiance, reposant sur le droit de croire, avec quelqu'un, ou en quelqu'un, ou en quelque chose. Il s'agirait d'un droit subjectif, d'inspiration morale, dont la valeur serait opposable au nom d'une obligation de résultat, car entachée de la valeur de son droit de référence : le droit à la vie privée¹³¹⁹. Le résultat exigible serait une obligation de sécurité.

611.- La personne de confiance devrait en ce sens s'acquitter de son obligation de *représenter* la personne. **Elle ne serait pas liée quant au résultat, mais quant au fait de délivrer l'information propre à exprimer la volonté du mourant.** Au demeurant, si la croyance est une assise solide pour la confiance, elle appartient quant à elle explicitement à la jurisprudence tirée de l'interprétation de l'article 9 du Code civil, et peut ainsi être considérée comme ayant une pleine valeur constitutionnelle¹³²⁰. C'est en ce sens que s'il existait un **droit à la confiance**, il reposerait donc sur le droit de voir protéger sa croyance¹³²¹. Ainsi, il apparaît que la conformité de la désignation de la personne de confiance, dont dispose l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, relèverait d'un sous-jacent de droit civil qui serait le ciment de la désignation de cette personne. Pour autant, l'engagement de représentation étant pris au sein de l'établissement public de santé, il se pourrait qu'il soit entaché d'un caractère public, relevant d'une représentation opposable à l'ordre public.

le droit de la *personne-malade-mourante* qui procéderait de la consécration du droit à la vie privée de la *personne*, mais en tant que concept isolément et spécifiquement regardée par sa maladie.

¹³¹⁹ Voir en ce sens la réflexion de Bernard Beignier qui considère le droit à la vie privée en tant que droit subjectif, et ainsi le fait être un droit « à vivre sa vie » en ce sens qu'il ne s'agirait plus « d'imposer aux autres un devoir minimum de respecter son individualité mais de se fonder sur celle-ci pour opposer à la société son choix de vie. ». D. Beignier, *Vie privée et vie publique*, op. cit. Comprendons que la vie privée ainsi considérée suggère une acception élargie de la *personne* qui exige le respect de sa *tranquillité*, de sa *sérénité*, et que c'est dans cette perspective que tout ce qui correspond à la **dignité**, à l'**intimité**, à l'**intégrité** de la *personne* participe de la *tranquillité*, mais surtout de la *sérénité* de celle-ci entendu comme principe *ataraxique*.

¹³²⁰ L'article 9 du Code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée. La vie privée fut consacré comme appartenant aux principes à valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 2 de la DDHC : Cons. const. Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

¹³²¹ Il s'agit d'une composante de la liberté de religion qui est un aspect de la liberté de conscience, reconnue en tant qu'élément intrinsèque au droit à la vie privée. La liberté de religion désigne le droit subjectif fondamental des personnes de choisir et de pratiquer une religion donnée et plus largement l'évaluation du respect de ce droit.

Paragraphe.II. La représentation du mourant par la personne de confiance

L'injonction d'ordre public de représentation du consentement

612.- Celle-ci trouverait son fondement dans le droit civil¹³²². Il s'agirait en apparence d'une injonction d'ordre public (A.), relevant d'un droit public de la santé¹³²³ (B.).

A. Incapacité et mesure d'ordre public

A la recherche du statut de la personne de confiance

613.- Toute mesure visant à placer une personne sous régime d'incapacité est une mesure d'ordre public, c'est à dire à caractère général dans son application. L'engagement impliquant des droits et devoirs réciproques, il s'agirait de le rapprocher de l'administration légale commune à celle du mineur sous tutelle¹³²⁴, même si, rappelons-le, il ne s'agit pas d'un « régime de protection légale du type de la mise sous tutelle »¹³²⁵. Dès lors, il apparaît que la responsabilité de la personne de confiance reposerait à la fois sur son statut de représentant d'un usager de service public, pouvant agir sur les fondements du droit public administratif, mais également en tant que personne privée, liée à un usager de service public qui se devrait d'être saisi en tant que personne physique.

614.- Il existerait donc un *quasi contrat* liant ces deux personnes privées, compte tenu de l'existence d'une relation potentiellement à caractère juridique dans ses effets, et avant tout juridique en ce sens que toute représentation obéirait premièrement au droit commun¹³²⁶. Il ne pourrait en être autrement, attendu que le seul fait de rapporter les propos de l'un, engageant celui-ci, par l'autre, engagerait nécessairement cet autre, sur un plan juridique, et non plus uniquement sur un plan moral¹³²⁷.

¹³²² La notion de consentement est la base du droit contractuel qui pourrait être envisagé sur la question du lien entre le mourant et la personne de confiance.

¹³²³ La mesure étant présente au seul Code de la santé publique.

¹³²⁴ Il en serait du mourant tel un enfant sous la responsabilité de ses père et mère.

¹³²⁵ C. Swan, *La médecine et le droit*, op. cit., p. 80.

¹³²⁶ La représentation serait simplement entendue comme le système permettant à une personne d'en voir une autre agir en son nom et son compte.

¹³²⁷ Le fondement moral de la représentation en droit privé reposerait sur l'approche des droits subjectifs qui font la personnalité juridique, en tant que « la personnalité juridique est précisément cette aptitude à être titulaire actif ou passif de droits subjectifs » : voir en ce sens F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., pp. 270 s.

615.- Une fois débarrassée de tous les éléments superfétatoires dont la normativisation a entendu la charger, la représentation se ramènerait simplement à la situation où une personne (le représentant) imputerait les conséquences d'une décision qu'elle prendrait à une autre (le représenté), et pour cet autre, parce que l'acte passé serait censé être dans l'intérêt de cette dernière. Cette relation serait nativement déséquilibrée. En effet, entre représenté et représentant naîtrait l'inévitable risque que le représentant privilégie ses intérêts au détriment de ceux du représenté. Un pan entier de la doctrine a élaboré une théorie dite microéconomique en ce sens, et a qualifié ce risque de *risque d'agence*¹³²⁸. Au-delà du concept, et malgré la généralité du problème, disons que la représentation apparaîtrait sous le jour du conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté. L'objet du régime juridique de la représentation serait alors de trouver les moyens d'équilibrer la relation, en perfectionnant les conditions du statut de chacun, et de garantir au représenté que le risque d'agence soit limité à sa plus faible expression, en circonscrivant strictement les possibilités d'énonciation de la dite représentation¹³²⁹.

B. Un fondement légal bien léger

616.- Or s'il n'existe pas de régime juridique express de la représentation, en raison de l'absence de définition juridique du statut de la personne de confiance, le seul document administratif de désignation de la personne de confiance remis aux services hospitaliers, suffirait à rendre opposable l'action de la personne de confiance. En effet, en tant que représentante du mourant, elle agirait en quelque sorte, mais pas exactement, en son nom et pour son compte. Il s'agirait donc d'un régime spécial de représentation, ayant les formes élémentaires du régime de base, faisant de l'acte du représentant celui qu'aurait accompli le représenté, sans pouvoir faire mieux. Ce serait un régime *a minima*, portant dérogation quant à l'obligatorité de la mise en action des décisions du représentant. Saisie au titre de sa qualité de personne physique, à raison du lien sous-jacent de confiance, d'intimité les liant, la personne de confiance pourrait répondre de ses actes devant le juge civil.

¹³²⁸ La « théorie des mandats » ou « théorie de l'agence » s'attache à étudier les conséquences économiques de la séparation entre les propriétaires du capital (les actionnaires) et les managers salariés et professionnels d'une organisation (les gestionnaires). Voir en ce sens les origines de cette théorie, M. Jensen et W. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure*, Journal of Financial Economics, Vol 3, pp305–360, 1976.

¹³²⁹ Voir en ce sens Ph. Didier, *La représentation en droit privé*, LGDJ, col. Thèses, 2000.

617.- La personne de confiance serait dès lors à la fois liée à la personne du malade, en tant que personne usager d'un service public, et ce par l'intermédiaire de l'application du Code de la santé publique, au sein de l'unité hospitalière, mais également en tant que personne physique de droit privé, car liée par un *affectio* saisi par le droit civil en tant que garantie de protection de la vie privée de la *personne*-mourante. **Ceci aurait pour conséquence que la personne de confiance devrait agir comme si elle était le malade lui-même dans l'expression du consentement** requis en application de l'article 36 du Code de déontologie médicale. Car si le régime applicable entrevoyait *a minima* l'opposabilité de la représentation, en revanche, le seul fait de représenter nécessiterait la plus grande vigilance du juge quant à l'exactitude du respect de la volonté du mourant.

618.- Cependant, il apparaîtrait que, selon certains auteurs, le rôle de la personne de confiance se limiterait à s'exprimer « au nom du mourant et non en son nom »¹³³⁰, rendant toujours opposable la faute du professionnel de santé si celui-ci s'était conformé à l'avis de la personne de confiance¹³³¹. Restons toutefois réservé, car, dans les faits des couloirs hospitaliers, dans l'urgence d'une fin de vie, devant l'imminence de la mort, face aux tiraillements caractéristiques lorsque l'on côtoie la mort, l'influence que pourrait avoir un proche désigné ne saurait se limiter à une simple représentation dénuée de tout intérêt. L'humain étant naturellement porté vers la facilité de sa subjectivité, la confiance remise en cette personne devrait être prudente, car la portée de sa parole pourrait tout de même être lourde de conséquences. Et la responsabilité de la personne de confiance ne saurait être ignorée¹³³².

¹³³⁰ Dr I. Kahn-Bensaude, *La personne de confiance*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 8 octobre 2010, Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre. Cette position médicale ne saurait exonérer le juriste de chercher les fondements de la responsabilité de la personne de confiance dans la prise de décision et ainsi l'opposabilité de sa parole.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² Notons que le juge civil renvoie expressément à l'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique lorsqu'il rappelle « le principe de la présomption d'existence d'un préjudice causé par le manquement du médecin à son obligation d'informer son patient ». Il associe alors à l'obligation de présumer sur le fondement de l'article L. 1111-6 du code de la santé publique, les articles 16, 16-3 et 1382 du Code civil. Voir en ce sens, C. cass. 1^{ère} civ. 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24447, non publié au bulletin. Il s'agirait donc d'une question de dignité à laquelle la protection de la vie privée de la personne ne serait pas totalement étrangère. Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 1^{er} juillet 2010, *Société de conception de presse et d'édition, SCPE c. Mme X et consorts*, Bull. civ. n° 7, 2010, pp. 142-144.

619.- Son rôle ne se limitant pas au seul cas où la personne mourante est inconsciente¹³³³, elle pourrait aussi intervenir lorsque la personne serait seulement hors d'état d'exprimer sa volonté¹³³⁴, ce qui ne présuppose pas l'inconscience. Enfin, elle le pourrait également à chaque fois que le mourant estimerait qu'il serait nécessaire qu'un *consortium* se réunisse pour une décision importante le concernant¹³³⁵. En toutes ces occasions, le rôle de la personne de confiance semble pouvoir aller jusqu'à épauler la personne mourante, lui apporter un soutien¹³³⁶. C'est en ce sens que sa place peut susciter une influence sur les décisions même du mourant, mais aussi dans la collégialité de la décision¹³³⁷.

Paragraphe.III. L'influence de la personne de confiance dans le processus décisionnaire

620.- Il s'agirait de s'interroger quant au respect de la volonté première de la personne du mourant. Ainsi, si la personne mourante a régulièrement exprimé ses choix, et notamment ceux quant aux interventions thérapeutiques au moment où le pronostic vital est directement engagé, il semble qu'il ne puisse résider une quelconque confusion dans l'expression de la volonté. L'existence légale des directives anticipées¹³³⁸ démontre le vœu du législateur de conférer à la parole de la personne de confiance une authentique influence¹³³⁹ quant au respect

¹³³³ La personne de confiance intervient également en dehors des cas de pathologie grave, comme un accompagnateur sanitaire.

¹³³⁴ La distinction n'est d'ailleurs pas faite à l'article L. 1111-6 du code de la santé publique. Cependant c'est le fait d'être hors d'état d'exprimer sa volonté qui est retenu, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique exigeant que la personne de confiance soit consultée.

¹³³⁵ L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique al. 1 précisant à cet effet que « Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. »

¹³³⁶ Art. L. 1110-4 al. 9 du Code de la santé publique.

¹³³⁷ L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique fait état du devoir pour le professionnel de santé d'informer notamment la personne de confiance dans le cas d'une phase terminale et lorsqu'il devrait administrer un traitement qui pourrait avoir vocation à abrégé la vie du mourant. Voir aussi art. L. 1111-4 al. 5 du Code de la santé publique sur la procédure collégiale. Notons que la tendance contemporaine serait d'étendre l'initiative de la procédure collégiale aux ayants droits et proches du mourant ; voir en ce sens les propos de J.-L. Roméro, président actuel de l'ADMD : interview disponible sur www.admd.net.

¹³³⁸ L'ADMD s'est logiquement battue pour la consécration de celles-ci. Ceci démontrerait l'effectivité de l'influence d'une telle association sur les pouvoirs publics posant la question de la pseudo juridicité des recommandations émanant de celle-ci. Voir en ce sens ADMD, *Les droits des Vivants Sur la Fin de Leur Vie. Pourquoi La loi Doit les Protéger*, A propos des propositions de la loi n° 312 (Rectifié) déposé au Sénat le 18 mai 1989, n° 999 déposée à l'Assemblée Nationale le 26 octobre 1989.

¹³³⁹ Aux termes de l'art. R. 1111-17 du code de la santé publique, la participation de la personne de confiance est sollicitée à titre de témoin afin de parapher les directives anticipées de celui qui est en état d'exprimer sa volonté, mais serait dans l'impossibilité de l'écrire. Le mourant lourdement invalide sur le plan physique pourrait être de ceux là, à condition du respect des termes de l'alinéa 2 de l'article L. 1111-11 du code de la santé publique. De

de la volonté du mourant¹³⁴⁰, mais reléguée derrière celles qui sont la volonté *authentifiée* du mourant¹³⁴¹.

621.- Il existe cependant des oppositions au respect du consentement du mourant, comme par exemple lors de la transmission de l'information médicale à un autre professionnel de santé, afin d'éviter une opposition exprimée auparavant¹³⁴². Il s'agirait du devoir de persuader de la nécessité d'un protocole thérapeutique. Et la place de la personne de confiance dans une pareille hypothèse poserait problème, car consultée quant à la volonté du mourant, elle ne saurait opposer sa volonté, mais seulement celle du mourant, sans pour autant rendre opposable ses recommandations. La valeur de l'intervention de la personne de confiance interroge.

622.- La valeur de sa parole de confiance équivaudrait à un avis¹³⁴³. Or un avis n'a pas de valeur exécutoire, et ne peut être considéré qu'à titre consultatif¹³⁴⁴. Il semblerait que cela remette en question la valeur de la volonté même du mourant, puisque seule la personne de confiance est habilitée à la représenter. *Amoindrir la parole de la personne de confiance reviendrait à amoindrir celle de celui qui est hors d'état de s'exprimer.* Cette réserve du législateur semble reconnaître la fragilité de la parole de celui qui, en tant que personne de confiance désignée par le mourant, doit nécessairement en être un proche, une personne dont l'empathie pourrait handicaper son discernement.

623.- Toutefois le régime de l'avis ne serait pas systématique, car l'autorisation est parfois requise, notamment dans le cadre des recherches biomédicales de l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique. Attendu qu'il n'y a aucune précision quant au statut de la

plus la personne de confiance peut être la gardienne des directives anticipées aux termes de l'article R. 1111-19 du Code de la santé publique.

¹³⁴⁰ Art. L. 1111-11 al. 1 du Code de la santé publique : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. » Celles-ci participeraient d'une entreprise de contractualisation des valeurs que la personne entend défendre eu égard à sa propre mort. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 215-216.

¹³⁴¹ Art. L. 1111-11 al. 2 du Code de la santé publique dispose que les directives anticipées doivent avoir été rédigées au moins trois ans avant l'avènement de l'état d'inconscience afin que « le médecin en [tienne] compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant. ». c'est « un décret en Conseil d'Etat qui définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées » leurs conférant alors un authentique caractère d'ordre public.

¹³⁴² Art. L. 1111-17 du Code de la santé publique.

¹³⁴³ Art. L. 1111-12 du Code de la santé publique disposant que « l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin »

¹³⁴⁴ Voir en ce sens R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 497-498.

personne sur qui de telles recherches pourraient être effectuées, considérons que le cas du mourant pourrait être abordé. Car le mourant ne meurt pas encore, il est en train, et son état intermédiaire peut inviter le corps médical à procéder à des expérimentations sous formes de recherches *in vivo*, dans l'intérêt de développer l'avancement de la recherche. Dans ce cas la parole de la personne de confiance vaut autorisation, c'est à dire obéit au droit commun de la responsabilité des représentants des régimes d'incapacité. La personne de confiance pourrait en ce sens avoir à répondre des dommages causés à la personne mourante du fait de l'autorisation donnée, d'une part, mais d'autre part du fait de l'autorisation donnée contre la volonté exprimée de la personne mourante ; ou enfin contre sa volonté expressément rapportée aux directives anticipées. La Cour de cassation rappelle en 2011¹³⁴⁵ que le médecin répond du dommage causé personnellement au sein de l'établissement public de santé autrement que dans le cadre d'une procédure disciplinaire puis administrative et le cas échéant pénale. La faute de la personne de confiance quant à elle ne saurait être ignorée. Et c'est sur le plan de la responsabilité civile, celle de l'article 1382 du Code civil, que le juge devrait rechercher le lien causal entre une faute et le dommage causant un préjudice pouvant aller jusqu'à l'action pénale dans le cas d'une mort prématurée. Comprendons désormais le caractère privatiste, *premier*, de l'engagement de la personne de confiance.

Paragraphe.IV. La relation *intuitu personae* liant la personne de confiance et la personne du mourant

624.- Elle serait certes opposable à l'établissement public, mais reposerait avant tout sur le droit commun des contrats (A.). S'il devait y avoir une requête à opérer quant au non respect de la volonté du patient, non respect ne pouvant incomber en l'espèce qu'à la seule personne de confiance¹³⁴⁶, celle-ci devrait, par hypothèse, être déposée devant le juge civil (B.).

¹³⁴⁵ C. cass. crim. 8 février 2011, préc.

¹³⁴⁶ Le cas du non respect pouvant aussi incomber au personnel médical sur un plan déontologique et ou administratif.

A. Aux sources du *pseudo*-contrat : la confiance

625.- Tout d'abord, retenons que la relation qui unit la personne de confiance à la personne mourante, est fondée sur la seule désignation de la première par la seconde¹³⁴⁷. Cette désignation n'est pas obligatoire, il s'agit d'un *droit à*¹³⁴⁸ que le patient se voit être pourtant vivement recommandé d'admettre¹³⁴⁹, comme une garantie du respect de sa personne, *a fortiori* s'il devait se retrouver hors d'état d'exprimer sa volonté. Cela constituerait en cela une forme de protection préalable, au même titre que les directives anticipées de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique, mais avec moins de formalisme.

626.- Correspondant à un régime de représentation limité, la personne mourante pourrait être, dans une certaine mesure, assurée de la pérennité de sa volonté, au nom de la confiance en elle-même (1.). Pourtant, c'est sur le fondement du contrat de droit commun que la personne de confiance serait soumise à une *obligation sans cause réellement fondée* (2.).

1. Confiance et juste mesure

627.- La mesure de l'appréciation de la personne de confiance reposerait sur la confiance elle-même, et appellerait une appréciation *subjective*, reposant sur des critères relevant d'un réalisme considérant le juste comme moyen de la mesure.

628.- Il s'agirait en ce sens d'exiger de la personne de confiance sa capacité à distinguer ce qui est de son ressort, et ce qui ne correspondrait qu'à une *volonté* qui lui est *extérieure*, en tant qu'elle appartiendrait à la personne qu'elle représente, mais au surplus une volonté qui lui serait *extérieure* à elle, ainsi *qu'extérieure* à la personne mourante. En cela, la juste mesure se

¹³⁴⁷ L'art. L. 1111-6 du Code de la santé publique rappelant que la personne-patient, car il ne peut s'agir encore que d'un présumé mourant, a le pouvoir de choisir ou non et de désigner une personne dite de confiance.

¹³⁴⁸ Droit subjectif de jouissance.

¹³⁴⁹ Ceci ressort non pas des textes, mais de la pratique lorsque la personne entre à l'hôpital. Le formulaire de désignation d'une personne de confiance est présenté comme un formulaire parmi tant d'autre dont il est besoin de remplir les cases manquantes en vue de satisfaire à l'exigence procédurière administrative. Il apparaît qu'il n'y aurait qu'une information mineure quant à la personne de confiance, et que le sujet serait quasi tabou tant il soulèverait la possibilité d'évoquer une mort certaine, ou tout au moins des cas d'aggravation concrets de l'état de santé que la mise hors d'état d'exprimer sa volonté peut suggérer. Retenons que l'art. L. 1122-1 du Code de la santé publique autorise, dans une certaine mesure, l'investigateur à opérer une rétention d'information de diagnostic lorsqu'il en va de l'intérêt de la personne et que les circonstances n'ont pu permettre la révélation d'un tel diagnostic.

devrait de répondre aux critères platoniciens de la *sophrosunè*, guidée au moyen de la *vertu* augustinienne qui n'est autre qu'« une bonne qualité de l'esprit, par laquelle ont vit droitement, dont personne ne fait mauvais usage et que Dieu seul produit en l'Homme. »¹³⁵⁰. Notons sans plus entrer en détails que la *sophrosunè* serait traduisible par la *tempérance*. Ce souci de tempérance est permanent chez Platon qui entend écarter son contraire qui en est la démesure, ou l'*akolasia*, source de toutes les injustices en ce qu'elle est le fruit d'un *pseudos*, celui des sophistes qui ne mettent la raison à profit qu'en vue d'obtenir un bénéfice partiel et partial, bénéfique qui serait pris pour le *tout* n'étant en réalité qu'une *partie* isolée du *tout* ; et **ce serait là l'injustice**¹³⁵¹.

629.- Dès lors l'absence de confiance serait source d'injustice, et c'est en se remettant à celui qui inspire la *magnanimité*, au sens aristotélicien du terme¹³⁵², que le mourant trouverait à faire respecter la juste mesure de l'appréciation des valeurs de sa vie.

630.- Cependant, rien ne peut obliger la personne de confiance à suivre la volonté du mourant. Attendu que le lien qui les unit n'est entaché d'aucun formalisme à caractère juridique¹³⁵³, qu'il n'est soumis à aucun contrôle¹³⁵⁴, il serait judicieux de rapprocher la dite union sur le fondement du droit commun de la relation contractuelle. Synallagmatique, le contrat présupposerait de la confiance des partenaires.

¹³⁵⁰ Saint Augustin, *Sentences*, II, 27.

¹³⁵¹ Voir notamment chez Platon, *Timée*, trad. E. Chambry, GF Flammarion, 1969, 72e2-73a8 p. 450, sur l'opposition entre l'*akolasia* et la *sophrosunè*, ou encore *La République*, *ibid*, IV, 430e-431e, pp. 233-235. Aristote en fit également une vertu cardinale car, tout comme Platon, il l'associa à la prudence, au courage ainsi qu'à la justice dans son *Ethique à Nicomaque*, op. cit., 1992, II 7, 1107b5-6, pp. 40-44., pour la définir comme une médiété, *mesotès*, qu'il opposa à l'*akolasia* entendue comme un excès, *hyperbolè*. Enfin, Thomas d'Aquin reprendra cette classification en fondant toute sa morale du bonheur sur les vertus cardinales. Il y ajoutera les vertus théologiques que sont la *foi*, l'*espérance* et la *charité* ainsi que les *dons de l'Esprit Saint* qui forment toute la structure anthropologique de la personne « mise debout » dans sa nature et par la grâce. Voir Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*

¹³⁵² Voir en ce sens le développements d'Aristote : Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit.,

¹³⁵³ Il s'agit d'une simple désignation dont l'engagement n'a qu'un caractère moral et donc subjectif, celui de la valeur de la confiance.

¹³⁵⁴ La désignation se fait sur un simple document pré rempli, ou à défaut sur une feuille de papier précisant l'identité des parties concernées. Par la suite, c'est l'administration hospitalière qui enregistre puis consigne le document.

2. Un contrat difficile à faire apparaître

631.- Les termes mêmes du contrat seraient réunis¹³⁵⁵ : un engagement à caractère synallagmatique imparfait¹³⁵⁶, le consentement de la part des intéressés ayant été librement et clairement exprimé. La notion de consentement est ici au commencement de la relation, dans la mesure où la personne de confiance devrait consentir à honorer son rôle. Cependant, notons qu'il n'est nulle part fait mention d'une quelconque acceptation de sa part, et que sa désignation n'apparaît être qu'un pouvoir unilatéral de la part du malade, entachant dès lors le potentiel contrat d'un vice du consentement. Le consentement de la personne de confiance serait présumé en la matière, en raison de la dite confiance remise en elle, à l'appréciation du malade. Remarquons enfin l'absence de toute information à la personne de confiance quant à sa désignation, sa présence n'étant pas requise, ce qui la rendrait inopposable.

632.- Toutefois il s'agirait d'un contrat particulier, qui renverrait alors vers le droit spécial de la représentation¹³⁵⁷, celle-là devant être spécifiquement examinée au regard du fait que le représenté serait, au moment de l'entrée en vigueur effective de la représentation, une personne *hors d'état d'exprimer sa volonté*¹³⁵⁸ ou tout au moins dans un *état de faiblesse* qu'elle reconnaîtrait elle-même comme susceptible de nécessiter la présence d'un soutien dans sa prise de décision¹³⁵⁹. Cela réexpédierait donc l'approche théorique, *a priori*, au régime d'incapacité le plus strict, à savoir celui de la tutelle¹³⁶⁰. Or, si dans le régime de la tutelle, mesure légale de protection, la personne protégée voit ses intérêts défendus par une personne désignées par tiers intervenant, le cas de la personne de confiance contreviendrait à cette hypothèse. Il faudrait donc vérifier que la dite mesure de protection relèverait en réalité d'une *quasi tutelle*, répondant *grosso modo* au régime de la tutelle, celle-ci devant être **nécessaire, proportionnelle et subsidiaire**¹³⁶¹. Examinons de plus près les critères d'applications d'un tel régime, en vue de comprendre quelle pourrait être le degré d'opposabilité de la participation au processus décisionnaire de la personne de confiance.

¹³⁵⁵ Le contrat d'espèce serait dit consensuel dans la mesure où aucune formalité n'est requise, et serait un contrat à durée déterminée, son effectivité ne s'éteignant qu'avec la fin de l'hospitalisation, le dessaisissement de la personne de confiance, et le décès de la personne malade.

¹³⁵⁶ Car *a priori* seule la personne de confiance serait débitrice d'une obligation. Art. 1102 du code civil.

¹³⁵⁷ Droit du mandat.

¹³⁵⁸ Art. L. 1111-6 al. 1 du Code de la santé publique.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ Ouverture de la tutelle se fait aux conditions prévues à l'art. 425 du Code civil.

¹³⁶¹ C'est ce que la réforme du régime des incapacités, issue de la loi du 5 mars 2007 et entrée en vigueur le 1er janvier 2009, a entendu avancer en tant que principes fondateurs.

B. Prospections sur les critères du contrat de confiance

633.- *La place de la personne de confiance est nécessaire* à compter du moment où la personne mourante n'est plus en mesure d'exprimer son consentement. Cependant, contrairement au rôle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, la parole de la personne de confiance ne vaut que pour avis¹³⁶². En revanche la nécessité est effective dès lors que l'autorisation exécutoire de la personne de confiance est requise, afin de permettre à une équipe de professionnels de santé d'opérer des recherches à caractère *biomédical* sur une personne hors d'état d'exprimer sa volonté¹³⁶³. Il pourrait en être ainsi du mourant dont la pathologie susciterait un vif intérêt au sein de la communauté scientifique médicale. Notons que l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique ne fait pas mention de l'expression d'un consentement préalable exprimé par le mourant, alors encore en état de conscience, ce qui en reviendrait à supposer que la personne de confiance jouerait son rôle dans une réelle juste mesure appréciative, eu égard à sa connaissance suffisante de la personne qu'elle représenterait. Ainsi, le critère de la nécessité semble être à géométrie variable, selon que l'avis ou l'autorisation soit requis, seul le second pouvant être un critère stable quant à la nécessité de la représentation.

634.- *La proportionnalité de la précaution protectrice* que pourrait recommander la personne de confiance, en soumettant son avis au personnel médical, serait adéquate dans la mesure où elle ne contreviendrait pas aux règles d'ordre public, telles que les *règles déontologiques* soumises aux professionnels de santé, aux *règles administratives* applicables au sein de l'établissement public de santé, ainsi qu'au droit civil des *libertés individuelles* et des *droits de la personne*, et enfin aux *droit pénal* protégeant le mourant des atteintes à sa personne. Il s'agirait donc de considérer toute atteinte à l'intégrité, à la dignité ou encore à l'image notamment pour ne citer que celles-ci, comme étant potentiellement opposables devant le juge civil. La nécessité de l'urgence ne pourrait donc en aucun cas justifier une atteinte disproportionnée contre le mourant, à raison d'un avis de la personne de confiance. En revanche, l'autorisation des recherches *biomédicales* serait appréciée autrement, dans la mesure où le consentement préalable de la *personne-mourante* n'aurait pas été requis, et

¹³⁶² Art. L. 1111-12 du Code de la santé publique.

¹³⁶³ Art. L. 1122-2 al. 7 du Code de la santé publique.

qu'ainsi, l'accord de la personne de *confiance* serait, *a priori*, toujours favorable à l'équipe de professionnels de santé qui le requiert. En l'espèce, la proportion serait donc à l'appréciation du personnel médical, sauf cas d'atteinte manifeste à l'ordre public, en dehors des cas prévus par l'article 16-3 du Code civil, et dont seuls les professionnels de santé peuvent se justifier.

635.- *L'intervention de la personne de confiance doit être subsidiaire* dans la mesure où ses avis ne peuvent être entachés d'un quelconque effet exécutoire. De plus, les professionnels de santé demeurent les seuls à décider de ce qui est bon ou non pour le mourant, dans le respect des procédures de consultation des avis, directives anticipées et bien évidemment du consentement de la *personne-mourante*, dans la limite des cas d'urgence ou d'impossibilité¹³⁶⁴. L'avis de la personne de confiance ne peut prévaloir les directives anticipées de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique ; les deux ne peuvent d'ailleurs non plus obliger les professionnels de santé. Notons pourtant que le caractère exécutoire de l'autorisation des recherches *biomédicales* conduirait à considérer qu'une telle décision pourrait prévaloir sur l'expression du consentement non consacrée par le mourant, devenu depuis hors d'état d'exprimer sa volonté.

636.- Toutefois, ceci ne serait valable que dans la mesure où effectivement aucun contrôle n'aurait été requis, compte tenu que la *personne-mourante* n'aurait pas été déjà sous régime de protection légale, un contrôle judiciaire certain étant prévu en pareille hypothèse. L'article L. 1122-2 alinéa 8 précise que le juge des tutelles est seul compétent à donner une autorisation lorsque l'intervention d'investigation *biomédicale* pourrait constituer un danger d'une particulière gravité¹³⁶⁵ pour la *personne-mourante* hors d'état d'exprimer sa volonté¹³⁶⁶. S'il est légitime de présupposer que la personne de confiance va essayer d'assumer la charge de la représentation, celle-ci semble s'alourdir lorsque la *personne-mourante* ne s'est pas, peu, ou mal exprimée quant à ses *dernières volontés*.

¹³⁶⁴ Voir notamment art. L. 1111-4, L. 1111-12, L. 11122-1-2, et R. 4127-37 du Code de la santé publique.

¹³⁶⁵ Sous réserve d'un avis en ce sens là émis par le comité régional ou interrégional sous tutelle ministérielle.

¹³⁶⁶ Art. L. 1122-2 al. 8 : si « la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, l'autorisation est donnée par le juge des tutelles. ».

Paragraphe.V. L'incertitude de l'expression de la volonté du mourant exposerait la personne de confiance

637.- Un problème majeur semblerait apparaître dès lors que le mourant n'aurait pas régulièrement exprimé sa volonté *quant à ceci* ou *quant à cela*, au sujet des choix engageant sa survie, ou encore aurait fait montre de nombreuses incertitudes ou de changement soudains et répétés d'opinions ; remettant en cause la validité de l'expression de son consentement. **C'est ici que la notion de confiance prendrait toute son essence effective, et non plus seulement *quasi* spéculative, dès lors que la personne de confiance n'était qu'un relais de ce qui était *a priori* déjà connu. La confiance va révéler l'*inconnu*, ou tout au moins l'*incertain* de la volonté de celui qui ne peut plus parler. Ainsi, c'est elle seule qui, conformément à la volonté du législateur, aurait la capacité, certes limitée, de préserver les actes des praticiens de l'arbitraire médical, sauf cas d'urgence ou d'impossibilité, aux termes de l'art. L. 1111-4, alinéa 4, du Code de la santé publique.**

638.- Cependant même l'urgence ne saurait exonérer le praticien de requérir le *consentement*-participation de la personne de confiance. En effet, **s'il ne s'agit pas d'un authentique consentement, retenons tout de même que la parole de la personne de confiance doit être le meilleur *indice* de ce que la personne mourante aurait voulu.** Et en ce sens, il s'agirait de relayer cette volonté de consentir ou non, dans toutes les situations, sans distinction d'urgence¹³⁶⁷ ou non¹³⁶⁸. En l'espèce, afin de qualifier cet *état d'urgence* en tant qu'invitant à justifier l'intervention par *nécessité*, il s'agirait de devoir requérir le caractère actuel et imminent du danger¹³⁶⁹, considérant que la mort puisse en être un pour la personne. Il en serait ainsi de la situation où la mort était inattendue ; en revanche, pourrait-on considérer qu'être mourant serait un état justifiant pareille interprétation ? Toujours est-il que

¹³⁶⁷ Rappelons que l'urgence se qualifierait au pire par *l'état de nécessité* qui justifie quant à lui les atteintes possibles contre la personne et pouvant relever de la justice pénale ; voir le fondement dans TGI de Colmar, 6 décembre 1957, *D.* 1958. 357 (1^{ère} esp.), note Bouzat ; *S.* 1958. 245 ; *Gaz. Pal.* 1958. 1. 202. Et sur l'affaire Ménard, voir T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, et en appel, Amiens, 22 avril 1898 ; *DP* 1899. 2. 329, note Jossierand ; *S.* 1899. 2. 1, note Roux. Pour une définition plus récente, voir en ce sens TGI de Roanne, 27 juin 1995, *Gaz. Pal.*, 1998.1.2 ; note J. Bonneau : l'état de nécessité se définirait par « la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale. ». Voir également sur la nécessité d'apprécier proportionnellement le principe de nécessité, C. cass. crim. 31 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 57 ; *Dr. Pénal* 1996. 87, obs. J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 1996. 2. Somm. 319, note Bonneau ; *ibid.* 1998. 1. *Doctr.* 336, obs. Pain-Masbrenier ; *JCP* 1996. II. 22713, note Drosner-Dolivet ; *Rev. sc. Crim.* 1996. 670, obs. Delmas Saint-Hilaire, et 848, obs. Boulouc.

¹³⁶⁸ Retenons que l'urgence n'exclut pas le recueil du consentement du malade. Voir en ce sens, Dr. P. Pelloux, *Table ronde, Le consentement aux actes médicaux*, *Gaz. Pal.* n° spécial du 1^{er} janvier au 5 janvier 1999, p. 40.

¹³⁶⁹ C. cass. crim. 9 novembre 2004, préc..

dans de telles circonstances, la personne de confiance serait, dans la mesure de ce qui lui est raisonnablement accordé, **la continuité de la présence de la jouissance de la personnalité juridique de celui qui ne pourrait plus en bénéficier, sans pour autant disposer d'un transfert effectif de ses pouvoirs.** Et l'enjeu serait d'autant plus important quant à la jouissance des droits subjectifs qui ne s'éteignent pas avec l'état d'inconscience¹³⁷⁰.

639.- La notion de dignité ainsi que son cortège de droits subjectifs seraient à nouveau au centre du débat. Elle serait soumise au flou, à la confusion quant aux choix les plus opportuns à opérer à l'égard de celui qui doit demeurer digne, y compris quand il ne le requiert pas¹³⁷¹. Protéger deviendrait dès lors un devoir d'appréciation pour lequel il ne serait pas impossible de douter de la légitimité de la personne de confiance, *a fortiori*, compte tenue de l'absence d'information systématique dont elle fait l'objet¹³⁷², et du caractère accessoire et subsidiaire de sa parole. Elle serait en ce sens soumise à l'arbitraire médical qui ne la consulterait qu'à titre indicatif, afin de ne pas trop s'éloigner de ce que le mourant aurait pu légitimement attendre, et en vertu du respect de la loi, et ainsi procéder à une information adaptée, délivrée à la personne de confiance, de telle sorte que le corps médical aboutirait quoi qu'il en soit à ses fins, se présument mieux savoir ce qu'il en est. Et ceci ne contreviendrait pas au respect de la loi. La personne de confiance serait en quelque sorte un médiateur, un témoin passif de ce que le corps médical entend légitime. Et il en serait ainsi du respect de la personne malade. Non pas du respect de la *personne réelle et singulière*, mais des droits reconnus à cette *personne*, en tant que sujet de droit rationalisé au moyen d'un protocole.

¹³⁷⁰ Voir en ce sens Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 419 s. sur la possibilité de l'évaluation du préjudice, qui oit être nécessairement rationalisé : p. 430

¹³⁷¹ La dignité ne pouvant appartenir ni aux uns ni aux autres et surtout n'appartenant ni à une époque ni à un espace. Elle est une et atemporelle, et ne peut connaître dès lors d'interprétations qu'à raison de la singularité de chacun. C'est en ce sens que toute une philosophie réaliste entend garantir la dignité de tous et de chacun, non pas uniformément, mais singulièrement et universellement.

¹³⁷² Son intervention, lorsqu'elle n'est pas requise directement par le mourant n'est qu'exceptionnellement requise par le corps médical. Toute intervention pratiquée entre deux interventions où la personne de confiance interviendrait ne faisant pas nécessairement l'objet d'une information délivrable à celle-ci.

Paragraphe.VI. Pour une approche de philosophie juridico-politique du rôle de la personne de confiance

640.- C'est au moyen de l'*idée* de la fonction de *technè* que nous interrogerons le rôle de la personne de confiance (**A.**). Nous supposerons dès lors qu'il pourrait s'agir soit d'une mission extérieure à sa volonté, professionnalisante, ou bien, au contraire, d'une mission d'intimité amicale (**B.**). S'il s'agissait de mettre en jeu sa responsabilité, la tâche du juge serait des plus complexes, entre droit privé et droit public, libertés individuelles et responsabilité morale (**C.**). Malgré de multiples résistances théoriques, l'introduction de la personne de confiance pourrait constituer une avancée majeure (**D.**).

A. La *technè*, ou l'art de la fonction

641.- Au commencement, il conviendrait de se reporter, dans la philosophie grecque antique, à la notion de *technè*¹³⁷³.

642.- Elle désignerait une pratique rationnelle exercée en vertu d'un art procédant de l'imitation par l'homme de la production d'un *plus haut* que lui, et dont le droit saisirait les modalités d'exercice aux termes d'une fonction.

643.- Aujourd'hui facilement assimilée à la technique, la *technè* platonicienne suppose essentiellement une imitation d'un ordre ontologique *premier*¹³⁷⁴. Scindant arbitrairement et symétriquement en deux parties égales chacune des deux méthodes de production -divine et humaine-, Platon entend préciser que l'une des deux sous-parties vise à produire rationnellement quelque chose de réel, un objet ou encore une conséquence physique de quelque ordre que ce soit, et l'autre sous-partie, quelque chose de l'ordre des simulacres, de

¹³⁷³ La notion est particulièrement présente chez Platon qui rapproche systématiquement de la notion d'*épistémè*, ou science.

¹³⁷⁴ Voir en ce sens Platon, *Sophiste*, GF Flammarion, Paris 1969, 265e s., pp. 138 s. Platon distingue deux façons de produire : celle divine et celle humaine. Et la seconde imite la première selon un art *éveillé* qui est la *technè*, dès lors applicable à toute activité saisissable rationnellement, et non une simple pratique ne pouvant se justifier elle-même.

l'ordre du songe, de l'évanescence, pouvant produire ses effets au-delà de l'instant de production.

B. La personne de confiance à l'épreuve de sa fonction

644.- En regardant d'abord les aspects techniques de la sauvegarde du mourant (1.), il serait possible de dépasser l'aspect technocratique du rôle de la personne de confiance en entrevoyant celui de l'ami (2.).

1. Les aspects techniques de la confiance

645.- **Appliquons désormais les critères de la *technè* à la relation médecin-mourant-personne de confiance.** Comprenons que le médecin serait donc celui faisant usage de l'art de la médecine, pratique et technique, essentiellement centrée sur la production de résultats rationnellement visibles. Cependant, sa participation au soulagement physique aurait une incidence bien réelle, avant ou après le physique, sur *la paix de l'âme*, en tout cas quant à ce qu'il y a de plus psychique en l'homme, et participerait donc, peut-être indirectement, du second type de production. C'est en ce sens que le législateur aurait entendu préciser à de nombreuses reprises que « le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. »¹³⁷⁵.

646.- *En sauvegardant la dignité du malade, le médecin* participerait à sauvegarder un indicible permanent, bien que de l'ordre du songe. Quant à la qualité de la fin de vie, il s'agirait bien de la sauvegarde de ce qui est proprement physique et correspondrait directement à la vie effective et corporelle.

647.- *La personne de confiance* serait quant à elle la personne dont le rôle consisterait essentiellement à soutenir par la parole. Si le soutien est mentionné à l'article L. 1110-4 du

¹³⁷⁵ La répétition pourrait laisser penser que le législateur entend marteler l'importance de ce principe et en faire une priorité. Cependant nous pensons comprendre là l'effet rhétorique destiné à protéger la loi de toute critique quant à sa capacité à rappeler le fait d'avoir mis en premier la protection de la dignité. Or, la répétition ne fait rien dans le fond. La forme seule ne peut laisser présumer du fond, a fortiori lorsqu'en une seule formulation le texte du code entend défaire toute dignité du mourant en laissant la possibilité notamment au médecin d'outrepasser la volonté du mourant.

Code de la santé publique, certains ont pu voir dans le rôle de la personne de confiance une simple médiation. Il s'agirait donc de deux approches radicalement opposées : l'une serait impliquée émotionnellement si ce n'est spirituellement¹³⁷⁶, faisant de la présence de la personne de confiance un accompagnateur¹³⁷⁷ ; l'autre serait particulièrement diplomatique et neutre, en ce sens qu'elle se chargerait d'assurer le dialogue entre les acteurs, en tant qu'actrice elle-même. Le discours qui pourrait en résulter serait parfaitement différent au fond, bien qu'en apparence les termes employés puissent être les mêmes.

648.- Or Platon est catégorique quant à la parole et impose la question de l'aspect *doxologique*¹³⁷⁸ ou non de la rhétorique en tant qu'art du discours. Il s'agit même de tout l'enjeu du *Sophiste* où Platon démontre en quoi la rhétorique pourrait être comme une cuisine, un art dépourvu d'âme, uniquement voué à flatter celui qui en est récipiendaire, sans autre perspective que la satisfaction éphémère. C'est en ces termes qu'il conviendrait d'interroger la fonction de la personne de confiance.

649.- Si son rôle se borne à considérer extérieurement sa mission de participation à la sauvegarde du mourant, ceci serait une pratique professionnalisée, une *empeiria* chez Platon¹³⁷⁹. La personne de confiance ne serait donc qu'une appellation, une dénomination sous forme d'autorisation accordée par l'État, au sens qu'elle ne serait qu'un personnage acteur de sa mission¹³⁸⁰. Il en serait ainsi de la personne de confiance médiatrice¹³⁸¹, assurant la jonction entre la personne mourante et le personnel soignant. Il y aurait une présomption, quant aux deux parties médecin et mourant, d'incapacité à communiquer sans la présence d'un traducteur, d'une personne dont le rôle serait de jouer la neutralité dans l'approche la plus

¹³⁷⁶ L'accompagnement compris en ce sens peut être assimilé à une forme de rituel de préparation au passage de la mort. Il s'agirait d'un sacerdoce où le consentement de la personne de confiance ne pourrait pas être qu'une formalité administrative.

¹³⁷⁷ Il s'agirait d'un engagement moral, d'une responsabilité morale avant celle relevant du droit, au sens kantien du terme. Plus encore, il en serait d'une participation à l'accomplissement d'un devoir être qui serait commun à la personne de confiance et, ensemble, à la personne mourante. Il s'agirait alors d'un dépassement ultime dans le don de *soi*, pour un autre *soi* qui ne se distinguerait plus réellement ; et voilà ce que serait un exemple de l'universel dans le singulier, et inversement.

¹³⁷⁸ Platon évoque la *doxomimétique* comme la production fondée sur l'imitation par l'opinion, cause imparfaite et qui a pour effet de produire une chose imparfaite.

¹³⁷⁹ Platon, *Les lois*, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, GF Flammarion, 2006, 709a. s.

¹³⁸⁰ Il en serait ainsi de l'individu personne fictive et artificielle chez Hobbes, cependant utile e vue de soutenir la cohésion d'une société. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, op. cit., p. 61.

¹³⁸¹ Voir en ce sens sur le rôle de médiation, B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. Cit., pp. 557 s. Voir également , M. Guillaume-Hofnung, *La médiation dans la relation médecin-personne malade*, in *La Lettre de l'espace éthique*, n° 15, 16, 17, Hiver 2001-2002, www.espace-ethique.org. ; voir enfin A. Bensamoun, *La personne de confiance, réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale*, op. cit.

pragmatique de la situation. Or pourrait-il en être ainsi de celle qui fut désignée par le mourant comme personne de confiance, supposant que cette désignation correspondrait à la production manifestée d'un vœu intime, donc sensible. Un tel pragmatisme, faisant correspondre à un rôle désigné par l'autorité, ne pourrait procéder que d'un idéalisme caricaturant les comportements humains, *a fortiori* de celle qui fut désignée au nom même d'un sentiment de confiance.

650.- C'est en ce sens que le *droit à la confiance* prendrait tout son sens, en vue de préserver la personne de confiance d'un rôle standardisé, extérieurement.

2. Au-delà de la technique, l'amour

651.- Car, bien au contraire, si l'accompagnement devient participation dans l'altérité, relevant d'un ordre plus élevé, il s'agirait alors d'un art, une implication assimilable à une fonction *maïeutique*¹³⁸², dont la personne de confiance ne pourrait se voir imposer l'accomplissement autrement que par une méthode réaliste, fondée sur une participation partisane. Cette dernière suggérerait non pas une partialité partielle, mais une partialité impartiale, en ce sens qu'elle se fonderait sur la seule satisfaction subjective du mourant, en lui garantissant la transmutation de ses angoisses en autant d'épreuves cathartiques. La personne de confiance, sans réel rôle effectif au sens de juridique, mais que le droit garantirait au plus haut de l'importance effective de la place qu'elle occuperait, serait plutôt cet *ami* que nul psychologue ne pourrait être dans le passage de l'état de vivant à celui de mort. Elle serait ce *Socrate* qui se parle à lui-même avant de boire la ciguë¹³⁸³.

¹³⁸² L'art d'accoucher les âmes pour les libérer du joug des apparences du monde de la caverne chez Platon. La personne de confiance serait en ce sens cette âme en paix détentrice de la science *épistémè* de la sagesse *sophia*, exerçant l'art d'accompagner l'âme du mourant vers sa dernière demeure.

¹³⁸³ Socrate a bien évidemment médité la mort avant d'en être arrivé aux portes, mais plus il s'en approche, plus il voit le passage se rétrécir, non pas physiquement puisque les portes lui sont grandes ouvertes, mais bien métaphysiquement tant l'âme solidement attachée à la vie terrestre refuse de se voir partir. C'est la raison pour laquelle il s'assigne l'obligation de *philosopher* comme action de l'âme à se soulager de la douleur qu'elle vit et qu'elle présume, par peur de la séparation au corps. Et c'est par la *connaissance* que Socrate entend soulager son âme en vue de pacifier le passage, de préparer son âme à demeurer éternellement en paix dans l'autre monde. Pour y être en paix, il conviendrait d'être en paix ici bas. Une paix non pas de l'autosatisfaction, mais bien une paix réaliste de la connaissance de soi en tant qu'universellement singulier. Voir en ce sens Platon, *Phédon*, op. cit.

652.- Rappelons que la personne de confiance est chargée de guider la garantie de l'ensemble des droits qui se rattachent au *corpus* légal, et notamment quant au droit au respect de la vie privée, dans son acception la plus large, mais aussi tout le droit qui entend prendre sa source dans la loi *antigonienn*e¹³⁸⁴, la *loi de l'homme avant le droit*, celle de la *liberté*. Cela impliquerait dès lors de reconsidérer des droits procédant de l'intimité qui, sans être explicitement de l'ordre de la vie privée, participent tout de même à l'existence des aspects les plus singuliers de la *personne*. Il s'agirait par exemple du droit de voir respecter l'intégrité de son corps, au sens des articles 16-2 et 16-3 du Code civil, mais également de la liberté de pensée, d'expression, d'opinion et de religion de l'article 9 de la CEDH, ou encore le droit à voir respecter son intimité à raison des besoins inhérents à la protection de son image, et au plus haut, métaphysiquement, de cette image de soi que serait la *dignité*. Une telle fonction serait donc assumée au plus élevé de sa responsabilité éthique, quant à l'accompagnement par le *discours*, suivant la méthode socratique de la *maïeutique*¹³⁸⁵.

653.- L'article L. 1110-4 al. 8 en fait état dans le cas « d'un diagnostic ou d'un pronostic grave », la personne de confiance devant jouer son rôle d'accompagnatrice par le « soutien ». Il n'est pas précisé de quelle nature est ce soutien, cependant, compte tenu de l'absence de maîtrise de l'art médical, supposé chez la personne de confiance, il est logique qu'il soit celui de l'esprit. *Il s'agirait donc du soutien d'une personne en qui le mourant a confiance.*

654.- Une telle relation ressemblerait étrangement à ce que l'on nomme *amitié*. Or l'amitié ne serait autre que l'amour platonique, à savoir le don de soi à un autre soi¹³⁸⁶. Cette *filia*¹³⁸⁷ confirmerait alors l'exigence d'une authentique relation d'amitié entre le mourant *imparfait* et la personne de confiance présumée être bonne par le premier l'ayant choisi pour le soulager. Et nul ne saurait s'immiscer dans pareille intime relation. Si le droit positif n'entend pas définir la notion d'amitié, la jurisprudence de la Cour de cassation en a précisée la protection et la garantie, en tant que participant de la vie privée de la personne. Il s'agirait de la vie sentimentale procédant de l'intimité¹³⁸⁸. C'est dans ce cadre psychologiquement

¹³⁸⁴ Voir notamment J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 127.

¹³⁸⁵ Voir en ce sens Platon, *La République*, op. cit.

¹³⁸⁶ Voir en ce sens Platon, *Lysis*, trad., notes, intr. L.-A. Dorion, GF, Flammarion, 2004.

¹³⁸⁷ Le terme filiation vient de ce terme latin qui signifie le *filis*. Cependant par extension il concerne toute personne sur laquelle une autre à une forme d'autorité morale telle un père sur un fils.

¹³⁸⁸ La vie privée de l'article 9 du Code civil a servi de fondement à la reconnaissance d'un vie affective ainsi que d'une vie sentimentale. Ainsi, en l'espèce, la personne de confiance pourrait aussi bien être l'époux ou l'épouse du mourant, la jurisprudence civile protégeant les relations entre époux ; TGI de Paris, 2 juin 1976 ; D. 1977. 364, note Lindon ; ou encore C. cass. 1^{ère} civ. 6 octobre 1998, *Bull. Civ. I*, n° 274 ; D. 1999. Somm. 376, obs.

intense que s'expriment les attentes d'un législateur voulant protéger mourant d'une part, et praticiens dans l'exercice de leur art d'autre part. Pourtant, il n'apparaît pas évident que le mourant puisse se reposer intégralement sur la personne de confiance en vue de voir protéger sa sphère la plus intime, celle par exemple de la pratique du culte auquel il s'est adonné sa vie durant.

C. Les difficultés concrètes de l'opposabilité des effets *pseudo* juridique devant le juge

655.- Si l'accord valant pour décision dans le cadre des recherches *biomédicales* est nécessairement opposable, les difficultés se manifesteraient plus particulièrement bien évidemment en ce qui concerne la préservation des droits subjectifs du mourant. Nous nous appuyerons sur un exemple concret afin de faire ressortir les doutes quant à l'opposabilité d'une prise de position relative à un droit subjectif *a priori* non contradictoire.

656.- S'il devait y avoir un conflit, le juge, en l'état actuel du statut légal de la personne de confiance, et eu égard à l'interprétation de son statut en tant que simple représentant aux fonctions limitées, ne pourrait contrôler quoi que ce soit relativement au respect de la spiritualité la plus profonde du malade. Le devoir de réserve laïque, fruit des dernières réformes sur la laïcité en France¹³⁸⁹, et ce *a fortiori* au sein d'un établissement public¹³⁹⁰, opposerait une barrière à caractère légal dans l'immixtion que la personne de confiance pourrait avoir, et avoir à exprimer relativement au mourant qu'elle représenterait. Le juge se doit pourtant de garantir la vie privée au sens le plus large de son acception, en y faisant entrer

Lemoulant ; *RTD civ.* 1999. 62, obs. Hauser ; il peut s'agir en ce sens d'une personne ayant entretenue une relation profondément amicale avec le mourant l'amitié et l'amour procédant du même élan reconnu par le juge. Voir F. Violla, *Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle, et institution sanitaire ou médico-sociale*, *Revue Droit et Santé*, janvier 2012, n° 45, pp. 123-129.

¹³⁸⁹ Voir sur ce point et ce afin de ne point trop s'éloigner du traitement du sujet, les travaux notamment de J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit. Mais aussi toute une jurisprudence de la Cour de cassation par exemple pour une définition récente de la laïcité selon le juge de la haute Cour : C. cass. 2^{ème} civ. 31 mai 2012, pourvoi n° 11-15294 11-15426 : « le principe de laïcité qui impose la séparation des structures religieuses et de l'Etat et interdit à celui-ci de s'ingérer dans l'organisation de celles-là, sous la réserve du respect des lois de la République ; et du conseil d'Etat, par exemple pour une approche du juge administratif : CE. Ass. 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, M. P.*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 43, 24 Octobre 2011, 1174 ; J.-F. Amedro, *Les collectivités territoriales et les cultes : le Conseil d'Etat précise la portée et les limites de la règle de non subventionnement de l'exercice du culte*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 39, 26 Septembre 2011, p.10 ; le juge rappelle à cette occasion que le principe de laïcité à une valeur constitutionnelle, et que son régime dépend avant tout de la loi du 9 décembre 1905.

¹³⁹⁰ Voir en ce sens l'article 8 de la charte de la personne hospitalisée.

le cadre le plus intime et indicible des croyances religieuses aux garanties que la personne de confiance doit honorer.

657.- Si le rôle de la personne de confiance n'est pas précisé légalement, il apparaît être des plus complexe lorsqu'on le considère à la lumière d'un rôle traditionnel, de ce que chacun a pu être un jour, avant la loi de 2002 ; **un accompagnateur de celui qui meurt, un parent, un ami.** Or, la loi a entendu systématiser l'existence de cet Anubis¹³⁹¹ des temps modernes. Néanmoins, l'encadrement légal ne saurait suffire, en l'état actuel, à ne protéger que le cadre de l'établissement public de santé lui-même. Il serait par là le fruit d'une philosophie politique visant à protéger l'idée de collégialité suggérée par la *démocratie sanitaire participative*, réhabilitant le mourant en tant que citoyen de sa santé. En nommant les acteurs de ce cadre, le législateur limiterait, par la loi, les possibilités d'application d'un droit privé considérant la personne du mourant en dehors de toute condition légale, autre que celle la plus générale de la personne physique. Après la loi de 2002¹³⁹², il paraît parfaitement improbable que le juge puisse envisager de vérifier l'authenticité de la représentation de la personne du mourant, et ce sans un dispositif *a priori* à l'acte, rendu nécessaire par la présence même du dispositif légal. La personne de confiance serait en ce sens un accompagnateur accomplissant une *praxis*¹³⁹³ sans *théôria*¹³⁹⁴. Elle serait limitée aux termes de la loi, attendu que son texte en a défini l'existence en vue de protéger l'établissement hospitalier de toute critique quant au respect de la collégialité de la décision. Il en serait ainsi d'une personne de confiance, participant au processus de démocratie sanitaire. La loi a voulu faire de chaque protagoniste un acteur dont les activités sont limitées au simple rôle de participant, et non d'auteur créateur libre de son devenir.

658.- Au contraire, avant la loi de 2002, sans écrit préalable à la désignation de celui qui accompagnait le mourant, en tant que représentant de fait, entretenant la même relation d'amitié ou d'affection amoureuse à l'égard du mourant, tout personne en qui il était remis une certaine confiance pouvait être jugée pour ses actes, au nom de sa seule responsabilité civile.

¹³⁹¹ Dans la mythologie égyptienne, Anubis est celui qui préside à l'accompagnement des morts.

¹³⁹² Loi n° 303-2002 du 4 mars 2002, préc.

¹³⁹³ L'action au sens de *praxis* suggère l'activité pratique. Elle renvoie à tout agissement humain qui possède sa fin en lui-même et ne mène pas à la production d'un objet concret. Elle correspond donc essentiellement à la morale et à la politique, qui visent l'amélioration de soi et des conditions de vie dans la cité. Voir en ce sens Platon, *La République*, op. cit. ou encore, *Le Banquet*.

¹³⁹⁴ Il s'agirait de la théorie pure. Elle n'est pas chargée de prendre en compte les applications d'un savoir ou d'un principe, mais elle peut donner naissance à des théories plus spécialement attachées à ces applications et qui trouvent en elle leurs fondements. Platon en développe l'essentiel de son approche dans *Le Banquet*.

Une telle hypothèse paraît indispensable tant elle-seule permettrait de garantir le respect de la singularité la plus *onto-axiologique* de l'*être-personne* visé en tant que sujet de droit. Ainsi, quoi de plus élémentaire, en vue de prolonger le cadre légal dans sa dimension la plus protectrice de la volonté de la *personne*, que d'introduire une contractualisation effective, et non plus sous-jacente et spéculative jusqu'à être révélée lors d'un conflit.

659.- Il apparaîtrait opportun d'admettre qu'une telle hypothèse justifierait de donner un cadre singulier à une situation donnée, sans législation supplémentaire. Il serait impropre d'introduire encore plus d'éléments directifs et positifs à caractère politique et moral en la matière. L'exigence serait toute au contraire d'alléger le cadre général d'un tel contrat, en vue de laisser entrer une architecture abstraite, sans systématisation aucune, au moyen d'un cadre général. Ici, le droit ferait appel au refus d'un enfermement systématique de l'être répondant à des critères socio-politiques. **Disons le, le *corpus* légal existant suffirait. Relativement à l'existence de contrats de fait, affirmons que ceux-ci sont admissibles et recevables devant un juge dès l'existence avérée d'un accord scellé entre personnes, majeures et pleinement capables, autour d'éléments communs attestés par l'expression d'un consentement libre et éclairé. Une telle possibilité apparaîtrait garantir les choix du mourant et ce sans pour autant s'opposer à la modularité du contrat. Le rôle de la personne de confiance serait alors pleinement assumé au nom de la seule hypothèse de l'accompagnement, et son avis ne pourrait en rien lui être opposé, la responsabilité des professionnels de santé ne pouvant alors se diluer.**

D. Une garantie, malgré tout, d'une chance de « belle mort »

660.- Retenons que l'introduction de la notion de personne de confiance constitue une avancée majeure dans la possibilité de protéger la vie privée, la dignité du mourant. Toutefois elle ne saurait se substituer aux autres personnes représentant un haut degré de confiance telle que la famille ou ceux qualifiés de proches¹³⁹⁵.

661.- Et la législation en atteste, peut-être inconsciemment, ou tout au moins involontairement, dans la mesure où chaque fois que la personne de confiance est évoquée, le

¹³⁹⁵ Voir C. Swan, *La médecine et le droit*, op. cit., pp. 80-81.

texte précise que, « à défaut » de personne de confiance désignée il s'agira de se retourner vers la famille ou les proches¹³⁹⁶. La famille entendue extensivement par la loi serait alors un écho lointain de cette antique famille au commencement de l'altérité¹³⁹⁷. La famille que l'union des deux sexes consacrerait par la *ré-union* de deux *personnes* et non de deux *natures*. La famille comme seul gage de confiance car elle « est communauté d'amour des personnes. »¹³⁹⁸. Transposée sous l'angle de son approche sociale, sociologiquement utile, la personne de confiance perdrait de cette énigme qui serait au commencement de la relation, et la confiance elle-même serait incertaine, posant dès lors la question de l'opposabilité des avis et autorisations émis par celle-ci.

Paragraphe.VII. L'impossibilité de la responsabilité de la personne de confiance à l'épreuve de la *personne*

662.- De droit, cette impossible responsabilité trouverait un tempérament au cas particulier des recherches *biomédicales* effectuées sur le mourant car il s'agirait d'une recommandation valant pour décision (**B.**). Il en serait tout autrement dans le cas d'un simple avis (**A.**). A la recherche d'un régime juridique rendant opposable les actes de la personne de confiance, c'est à la place des intervenants extérieurs que le droit public semblerait permettre de donner une réponse (**C.**), révélant le rôle passif et *policé* de la personne de confiance (**D.**).

A. L'avis à la lumière du droit administratif

663.- Dans le cas de l'avis, il s'agirait d'une responsabilité limitée, tout au plus d'une complicité. L'avis n'ayant aucune valeur effectivement exécutoire, conformément au droit

¹³⁹⁶ Voir en ce sens la formulation certes laconique mais suffisamment évocatrice dans l'art. L. 1122-2 al. 7 du Code de la santé publique : « à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables. »

¹³⁹⁷ Voir J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 180. L'auteur entend faire commencer toute la relation de l'homme à lui-même dans la double altérité des sexes qui s'unissent par le mariage créant la famille. Comprendons au-delà que rien ne s'oppose à l'homme lorsqu'il est considéré d'abord dans ce qui fait le lien, avant d'en régler les modalités. La confiance devrait primer avant d'être commandée par les impératifs extérieurs et juridico-politiques que la confiance commande d'elle-même, transcendentale. ; *ibid*, p. 181.

¹³⁹⁸ J.-M. Trigeaud, *Personne*, op. cit., *ibid*.

administratif appliqué¹³⁹⁹. Cependant, l'ignorance présumée de la personne de confiance en matière de connaissances médicales suffirait à l'exonérer de toute participation active, et ceci serait de plus renforcé par le seul fait que son ignorance serait sujette à *consentement-pour-avis dolosif*¹⁴⁰⁰ du fait de l'entreprise de persuasion dont elle aurait pu faire l'objet¹⁴⁰¹, dans la perspective où le contrôle du juge civil reposerait sur une présomption selon laquelle elle serait supposée fragile¹⁴⁰². Ce qui ne serait pas difficile à prouver, dans la mesure où la personne de confiance accompagne celui qui meurt, par amitié, ou tout au moins par proximité.

664.- Si le dol ne peut se présumer, les circonstances d'obtention de la participation *légitimante* suffirait à constituer un commencement de preuve du caractère dolosif de l'avis. Et c'est la loi qui oblige en quelque sorte la personne de confiance à participer de cette entreprise de persuasion, compte tenue que la personne de confiance est censée appuyer le corps médical dans sa démarche obligatoire, à peine de responsabilité, vouée à convaincre le mourant de la nécessité de continuer telle ou telle pratique médicale¹⁴⁰³.

B. L'autorisation exceptionnelle des recherches biomédicales

665.- Il en serait tout autrement dans le cas de l'autorisation. Sous réserve du respect des dispositions de l'article L. 1121-8 du Code de la santé publique¹⁴⁰⁴, l'article L. 1122-2 alinéa 7 du Code de la santé publique prévoit que la personne de confiance peut être amenée à participer directement au protocole décisionnaire lorsqu'il s'agit de consentir à un acte de recherche *biomédicale*.

¹³⁹⁹ La valeur de l'avis ne peut s'étendre à celle d'une décision. Voir en ce sens, R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 497-498.

¹⁴⁰⁰ Selon les termes de l'art. 1116 du code civil.

¹⁴⁰¹ L'obligation de tout mettre en œuvre pour convaincre le malade semblerait se prolonger jusque dans l'information (obligation de résultat de sécurité) donnée à la personne de confiance qui doit être consultée en pareille circonstance.

¹⁴⁰² La personne de confiance ne pourrait échapper au paternalisme médical, car, *a priori*, hors le cas où elle serait le médecin lui-même, elle ne connaîtrait rien de plus que le mourant quant à la science médicale.

¹⁴⁰³ Voir en ce sens l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique interprété *extensivement* quant à l'esprit du législateur de garantir l'encadrement des droits des différents acteurs ensemble *a priori* sans hiérarchie.

¹⁴⁰⁴ L'art. L. 1121-8 du Code de la santé publique dispose que « Les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer leur consentement ne peuvent être sollicitées pour des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes : soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal. »

666.- Ici, la parole de la personne de confiance vaut autorisation¹⁴⁰⁵. Et si l'autorisation est une terminologie renvoyant directement au vocabulaire du droit administratif¹⁴⁰⁶, quoiqu'il en soit, elle vaudrait consentement, car elle aurait un caractère directement décisoire. En outre le consentement n'a besoin d'être ni de droit public, ni de droit privé pour pouvoir engager directement celui qui le délivre¹⁴⁰⁷. Dans le respect de l'obligation d'information de la part du personnel soignant, dont on rappelle qu'il lui est opposable en tant qu'obligation de *sécurité de résultat*¹⁴⁰⁸, la personne de confiance engagerait donc sa responsabilité.

C. Les fondements théoriques d'une possible opposabilité au regard du statut des intervenants extérieurs

667.- Le problème du fondement impose de regarder sa place *extérieure* à la relation contractuelle mourant-établissement de santé/médecin, celle qu'elle pourrait avoir en pareille circonstance, la seule qui pourrait lui être authentiquement opposable. La rendre totalement étrangère à cette relation serait artificiel. L'assimiler aussi. Ainsi, si la personne de confiance devait être regardée comme un co-contractant au contrat hospitalier, elle devrait être considérée comme un intervenant extérieur, participant de la bonne tenue du service de l'accompagnement du mourant. Elle serait assimilable au statut des intervenants accompagnateurs extérieurs aux services de l'établissement de santé énoncés à l'article L. 1110-11 du Code de la santé publique¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁵ Art. L. 1122-2 al. 7 : « l'autorisation est donnée par la personne de confiance ». Il s'agit donc d'un acte à caractère décisoire.

¹⁴⁰⁶ Initialement l'autorisation est qualifiée de préalable ; voir en ce sens R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 309 et 404 et 692. Elle est une « procédure permettant à l'administration une surveillance particulièrement serrée de certaines activités. » : *Lexique des termes juridiques*, op. cit., pp. 57-58.

¹⁴⁰⁷ Avant d'être juridiquement qualifié, le consentement procède d'un engagement à caractère moral, d'une responsabilité morale, qui, contrairement à ce qu'en dit la doctrine kantienne, ne se trouve pas être strictement séparée d'une responsabilité juridique en ce sens que tout consentement ayant entraîné des conséquences de fait peut être requalifié au sens du droit commun de la responsabilité civile premièrement applicable, *a fortiori* si les conséquences sont de nature à avoir causé un dommage.

¹⁴⁰⁸ C. cass. 29 juin 1999, préc. Voir plus largement sur l'obligation de sécurité, N. Petroni-Maudière, *L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale*, Revue Générale de Droit Médical, n° 6, Les Etudes Hospitalières, 2001, pp. 175-196, ou encore sur le consentement qui en dépend, F. Vialla, *Bref retour sur le consentement éclairé*, in *D.* 2011, p. 292.

¹⁴⁰⁹ Les modalités d'interventions font l'objet d'une convention entre l'établissement accueillant et l'association intervenante conformément aux dispositions de l'article annexe 11-1 du Code de la santé publique.

668.- C'est ici que le législateur entend rendre plus explicite la part responsable de ces intervenants extérieurs. Il est fait mention à l'art. L. 1110-11 al. 3 du Code de la santé publique que les associations de bénévoles doivent « conclure, avec les établissements concernés, une convention conforme à une convention type définie par décret en Conseil d'Etat. A défaut d'une telle convention ou lorsqu'il est constaté des manquements au respect des dispositions de la convention, le directeur de l'établissement, ou à défaut le directeur général de l'agence régionale de santé, interdit l'accès de l'établissement aux membres de cette association. » S'agissant d'une responsabilité administrative, il s'agirait de relever la responsabilité de l'association pour défaut de convention, ou encore pour tout manquement relevé par le directeur d'établissement ou encore le directeur de l'ARS¹⁴¹⁰.

669.- Dès lors, admettons que le droit public semble capable de saisir tout intervenant extérieur aux services. Pourtant, participant de l'accompagnement du mourant, aux termes des articles L. 1111-6 et L. 1110-11 du Code de la santé publique, leur rôle se devrait également, *a priori*, de relever d'un droit privé comme fondement de leur existence publique. Il s'agirait alors de se fonder, premièrement, sur le droit de la responsabilité civile¹⁴¹¹, en vue d'une réparation à un dommage causant un préjudice au mourant, ou en réparation du préjudice subi par les ayants droits du fait du dommage causé au mourant¹⁴¹². Puis sur le fondement du droit pénal¹⁴¹³, dès lors que l'atteinte à la personne mourante contreviendrait à l'ordre public, en dehors des cas prévus par la loi¹⁴¹⁴. Et cette dernière hypothèse semblerait assez largement applicable tant la complicité entre le personnel soignant et la personne de confiance pourrait être grande en vue de légitimer des actes visant à *soulager* les derniers instants d'une vie.

¹⁴¹⁰ Voir en ce sens, O. Sautel, *Quelle place pour les bénévoles ?*; in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit., pp. 36 s.

¹⁴¹¹ Il s'agirait de la responsabilité personnelle des bénévoles qui doivent « le respect des opinions philosophiques et religieuses de la personne accompagnée, le respect de sa dignité et de son intimité, la discrétion, la confidentialité, l'absence d'interférence dans les soins. ». Leur responsabilité civile serait donc opposable au titre du droit commun des articles 9, 16, 16-3 et 1382 du Code civil, à raison des atteintes à l'intégrité la dignité et la vie privée de la personne mourante ou le cas échéant des préjudices nés chez les ayants droits.

¹⁴¹² Voir en ce sens la jurisprudence sur la révélation de faits couverts par le secret médical concernant une personne décédée et constituant une atteinte manifestement illicite à l'intimité de la vie privée des épouses et enfants. L'atteinte n'affecte plus directement le mourant, bien qu'il soit possible de relever une atteinte à la *mémoire* (terme assez habile pour suggérer la *permanence de l'existence* de la *personne* dans son essentiel, intemporel et indicible) de celui-ci, mais cause un dommage à ses ayants droit : TGI de Paris, réf., 13 mars 1996, *JCP* 1996. II. 22632, note Derieux ; *RTD civ.* 1997. 499 obs. Normand ; Massis, *D.* 1997. Chron. 291. Mémeteau, *Gaz Pal.* 1996. 2. Doctr. 754, préc.

¹⁴¹³ Atteintes à l'intégrité physique, par exemple aux termes de l'art. 224-3 du Code pénal, ou encore tout propos pouvant être jugé diffamatoire ou injurieux, par exemple aux termes de l'art. R. 621-1 du Code pénal, à raison de quelque discrimination possible, prévue à l'art. R. 624-3 du Code pénal, ou encore pour provocation au suicide, prévue à l'art. 223-13 du Code pénal, etc.

¹⁴¹⁴ Voir notamment l'art. 16-3 du Code civil.

670.- Ceci ne pourrait bien évidemment pas être généralisé ; cependant, les termes de la loi inviteraient à opérer un rapprochement entre les personnels soignants et la personne de confiance¹⁴¹⁵, de telle sorte que les responsabilités de ceux-ci se neutraliseraient en un seul et même mouvement de volonté dont le mourant ne pourrait témoigner compte tenu qu'il serait, *a priori*, hors d'état d'exprimer sa volonté. Seuls les ayants droits le pourraient¹⁴¹⁶. Il en serait tout autrement dans la situation où le mourant pourrait encore exprimer sa volonté, et de lui-même constaterait que la personne de confiance trahirait son engagement d'accompagnement. Il s'agirait ainsi du cas où elle lui imposerait de recevoir des soins, ce que le législateur entend d'ailleurs préconiser, en tentant d'abuser de sa position, et de le convaincre de la pertinence des soins lorsqu'il les refuserait. Ici alors, et seulement dans cette situation là, la personne de confiance serait authentiquement non plus médiatrice, en tant qu'elle participerait à trouver une solution médiane, un *meson*¹⁴¹⁷ certes idéalisé car *objectivisé* au regard d'une norme générique¹⁴¹⁸, mais un diplomate aux services du corps médical.

D. Un agent de surveillance sans pouvoir de police

671.- Il s'agirait alors d'un rôle attribué par *l'ordre politique*¹⁴¹⁹, le législateur, afin de garantir en apparence le droit du mourant, et en réalité plutôt le droit du corps médical à prolonger son exercice. Les différents recours aux avis et consultations ne seraient

¹⁴¹⁵ Voir en ce sens le commentaire émanant de l'Ordre National des Médecins sur l'article 36 du Code de déontologie médicale, 30 octobre 2003.

¹⁴¹⁶ L'action de toute personne intéressée demeure possible à raison d'un préjudice né du dommage causé à la mémoire du mourant ou encore directement à l'intégrité du cadavre.

¹⁴¹⁷ Dans une forme d'*anti-artistotélisme*. Voir en ce sens P. Rodrigo, *Aristote, Une philosophie pratique. Praxis, politique et bonheur*, Vrin, Paris, 2006, in Association de doctorants et de jeunes chercheurs en philosophie ancienne et en sciences de l'Antiquité, compte rendu de lecture par H. Guéguen, 15 août 2010, www.zetesis.fr : « Partant du rejet kantien de la définition de la vertu comme médiété, l'auteur cherche au chapitre III (« À propos éthique et médiété axiologique ») à réhabiliter le caractère proprement axiologique de la médiété aristotélicienne en faisant notamment apparaître son lien étroit à la notion de *kairos*. Procédant de l'ajustement du discours éthique au mode d'être de son objet, la médiété apparaît d'emblée irréductible à une notion arithmétique. En introduisant la notion de *meson pros hēmas*, Aristote fait au contraire valoir une forme de « belle inconstance » (*E.E.* III, 7, 1234b5) caractéristique de la capacité, manifeste chez le *phronimos*, de répondre de façon appropriée à des situations singulières dans un monde contingent. Définir la vertu comme médiété, c'est donc reconnaître la phénoménalité propre au *kairos* sans pour autant renoncer à toute forme de norme éthique. » Comprendons que si Kant ne peut envisager une quelconque médiété à raison de son refus de fonder l'axiologie juridique sur le fondement du donné ontologique, il en est tout au contraire dans la doctrine aristotélicienne qui entend faire du *meson* une juste mesure en soi, en tant que sa dimension axiologique procède de la production divine elle-même, juste par essence.

¹⁴¹⁸ Il s'agirait d'une quasi-phénoménologie positive.

¹⁴¹⁹ Une *autorisation* au sens hobbesien du terme. Voir supra sur le personnage *acteur* et non *auteur*.

alors que des protections du droit et non le droit lui-même. C'est en disant ce qu'est le droit du mourant que le législateur le limiterait en réalité. Le rôle de la personne de confiance en serait alors une composante procédant d'un compartimentage nécessaire à une gestion administrative de participation au protocole médical de décision propre à illustrer la démocratie sanitaire.

672.- Cette protection serait le corollaire d'une sectorisation de l'approche de la fin de vie. Et si la personne de confiance serait le personnage spécialisé dans la représentation du mourant, il existerait, selon le même état d'esprit, une multitude de personnages aux rôles spécifiés. En effet, depuis la loi du 7 mars 1999, et l'introduction de la mise en place au sein des unités hospitalières de services de soins palliatifs, l'accompagnement de la fin de vie a pris une place privilégiée, et dont les acteurs sont désormais formés afin d'y contribuer. Autrefois la mort faisait parti des différents services. Désormais elle serait une discipline médicale pour laquelle un service entier y consacrerait une activité devenue une spécialité¹⁴²⁰.

¹⁴²⁰ Voir en ce sens l'article requête visionnaire de M. Abiven, *Pour une mort plus humaine. Expérience d'une unité hospitalière de soins palliatifs*, 2ème éd. Interéditions, Masson 1997, pp. 27-28. Il apparaît que l'auteur souhaitait que les soins palliatifs deviennent une spécialité : *La lettre de la SFAP*, n° 3, 15 octobre /15 décembre 1997. Ce serait désormais chose faite.

Chapitre.III. La mise en place d'un accompagnement systématique en soins palliatifs

673.- Les fondements légaux des services hospitaliers spécialisés en matière d'accompagnement de la fin de vie existent au premier rang des créations d'origine pratique. En effet, la fin de vie a longtemps fait partie de l'hôpital dans son ensemble, sans qu'elle ne soit ni compartimentée, ni spécialisée, et dès lors identifiée, à elle seule, en quelque sorte en tant que maladie. Considérons que les premiers travaux sur le thème sont recensés dans le rapport sur la fin de vie de Geneviève Laroque publié en 1986¹⁴²¹. Puis, introduisant par là même la réforme à venir créant les unités de soins palliatifs, le Conseil économique et social rend un rapport synthétisant plusieurs études relativement à ce thème de l'accompagnement de la fin de vie, qui tend dès lors à se sédimentar¹⁴²². Le but avoué est de lutter contre ce que l'on nomme sans aucun tabou *l'acharnement thérapeutique*. C'est en ce sens que le législateur, en 2004¹⁴²³, introduit à l'article 37 du Code de déontologie médicale l'injonction de « s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie. »¹⁴²⁴ Notons enfin et au surplus que le Conseil de l'Europe s'est également prononcé contre cet acharnement thérapeutique, pour le maintien des garanties protégeant les droits fondamentaux de la personne, conférés par la dignité¹⁴²⁵.

¹⁴²¹ G. Laroque, *Soigner et accompagner jusqu'au bout*, Circulaire ministérielle, 26 août 1986. Commentaires de Edmand Hervé.

¹⁴²² Cons. Eco. Soc., *L'accompagnement des personnes en fin de vie*, février 1999.

¹⁴²³ Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004, *relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, portant modification du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale*. Notons que le premier code de déontologie médicale obéissait aux règles tirées du décret n° 47-1169 du 27 juin 1947, *portant code de déontologie médicale*.

¹⁴²⁴ Voir art. 37 du Code de déontologie médicale, (article R.4127-37 du code de la santé publique) modifié par le décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010, préc.

¹⁴²⁵ Cons. de l'Europe, Ass. Plen., 25 juin 1999, *Protection des droits de l'Homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*, Rec. 1418, préc.

674.- C'est dans cet état d'esprit que les unités de soins palliatifs ont, depuis la loi du 9 juin 1999¹⁴²⁶, l'objectif d'accueillir, notamment, les malades jugés en fin de vie, la loi du 22 avril 2005 ne faisant en quelque sorte que prolonger celui-ci.

675.- Historiquement, c'est dans les années 1970 que la notion apparaît en Angleterre, en premier lieu pour accompagner la fin de vie des cancéreux¹⁴²⁷. En France il faut attendre les années 1980¹⁴²⁸. Au sein de ces structures, se dégage désormais l'ensemble de la prise en charge et de l'accompagnement agencé par le *corpus* législatif. Même si la loi de 2005 a considéré la fin de vie comme un domaine du droit de la santé à part entière, c'est à partir de 1999 que ce domaine du droit a pris racine au moyen des soins palliatifs. Il faut comprendre que le vœu du législateur a été, en l'occurrence, d'apporter la première pierre à l'édifice de droit positif destiné à traduire une conception élevée de l'homme, en tant que personne humaine, philosophiquement saisie¹⁴²⁹. L'édifice de la règle de droit connaissait certes la dignité du Préambule de la Constitution de 1946, mais une telle notion ne semblait pas suffire en vue de garantir son respect chez la personne vivant ses derniers instants ; quant au respect de la qualité de ceux-ci. C'est sur l'injonction de celui qui s'est alors investi haute autorité en la matière, que la question de droit s'est élevée au rang de la question éthique, ou tout au

¹⁴²⁶ Loi du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs.

¹⁴²⁷ Les soins palliatifs tels que considérés contemporanément sont le fruit du travail de Cicely Saunders fondatrice du Saint Christopher Hospice, premier lieu d'accueil dédié aux mourants et autres personnes en souffrance. Voir en ce sens M.-A. Abras, *Mort et éducation : Cicely Saunders et le mouvement des soins palliatifs*, Le Journal des chercheurs, 28 septembre 2005, www.barbier-rd.nom.fr.

¹⁴²⁸ Voir en ce sens CCNE, Avis n° 63., préc. : « La notion de soins palliatifs promue dans les années 1970 par les pionniers du Saint Christopher Hospice de Londres, visait surtout la fin de vie des patients atteints de cancer. Elle s'est progressivement étendue au stade terminal d'autres affections et diversifiée en fonction des pathologies et de l'âge des malades, notamment les patients plus jeunes touchés par le sida. Les soins palliatifs ont été mis en œuvre en France dès les années 1980 dans des services de gérontologie. Ils connaissent aujourd'hui un essor notable, mais peuvent être encore améliorés. ». Les pays voisins de la France ont connus des évolutions assimilant soins palliatifs et assistance au suicide et l'euthanasie en une seule et même réglementation ; voir en ce sens Législation réglementant les soins palliatifs ainsi que l'euthanasie et l'assistance au suicide, Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, A-N° 46, 16 mars 2009 ; ou encore pour la Suisse, outre les cas d'incrimination pour euthanasie active aux termes de l'art. 115 du Code pénal, voir les réflexions de H. Mock, *Euthanasie et suicide assisté en Suisse. Etats des lieux et perspectives*, RTDH n° 57/2004 ; ; ou encore sur les stratégies à mener en termes de soins palliatifs mal connus, Stratégie nationale en matière de soins palliatifs 2010-2012, Département fédéral de l'intérieur, DF1, Office fédéral de la santé publique, OFSP, Conférence suisse des directeurs et directrices cantonaux de la santé, octobre 2009. Aux Pays-Bas, une loi du 12 avril 2001 relative à l'interruption de la vie sur demande et l'aide au suicide est entrée en vigueur le 1er mars 2002. ; En Belgique, la loi du 28 mai 2002 dépenalise l'euthanasie et l'encadre via la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie (CFCEE).

¹⁴²⁹ La notion de personne humaine apparaîtrait dans les textes internationaux et notamment de manière sous entendue, en premier dans la DDHC de 1948 en référence à la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ». La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 9 décembre 1975, Résolution 3452, XXX., reconnaît « la dignité inhérente à la personne humaine ». Voir en complément A. Bertrand-Mirkovic, *La notion de personne, Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, op. cit, pp. 237 s.

moins a rendu apparente cette dernière¹⁴³⁰. Il convient de ne pas négliger en effet les avis rendus par le CCNE concernant ce qui a fait sa priorité en matière de fin de vie, à savoir la double question de la dignité et de l'intégrité¹⁴³¹. La première vague des lois dites *bioéthiques* ne précède que de cinq ans la loi instaurant la priorité pour les hôpitaux qui doivent accorder les budgets¹⁴³² nécessaires à la création d'unité de soins palliatifs. Considérons que l'emprise du CCNE n'y est pas étrangère. Le CCNE effectue en quelque sorte des travaux préparatifs, préliminaires de définitions, dont le législateur fera bon usage par la suite. Ce travail est rendu nécessaire par le caractère éminemment abstrait et général de notions dont la connotation est sans conteste possible aux sources de la suspension philosophique de l'*être*, dans toute sa singularité de mourant, et dès lors relative à toute l'universalité singulière de la mort.

676.- C'est ainsi qu'aujourd'hui encore, l'interrogation du bon accompagnement pose problème aux praticiens de la fin de vie, qui en réalité n'existent pas en tant que tels. Le cadre légal, obligatoirement rigide, ne semble pas toujours se coordonner aux exigences de l'ordre naturel de la mort, au-delà de son identification phénoménologique. C'est alors que la quantification, en toute chose et tout domaine, exigée par la prise en charge appréciée en termes d'unités de valeurs quant à ceci ou quant à cela, relativement à la maladie, ne paraît pouvoir essentiellement répondre aux attentes des malades (**Section.I**). Les limitations de la quantité apparaissent par delà et extérieurement en quelque sorte à la personne du mourant, lorsqu'elles poussent à exprimer l'insondable aux moyens de comportements débordant non seulement le cadre moral, mais également et conjointement le cadre légal. C'est de cela qu'il ressort que les recommandations émises par le CCNE sembleraient être considérées par

¹⁴³⁰ L'idée d'une question éthique n'est pas nouvelle et toute la philosophie du droit antique et médiévale avait de ce fait intégrée la question éthique au commencement de la règle de droit.

¹⁴³¹ Voir en ce sens dès 1986 : CCNE, n° 7, 24 fév. 1986, *Avis sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique. Rapport* ; mais aussi et dans le même sens, CCNE, n° 12, 7 nov. 1988, *Avis sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale. Rapport*. La question de la fin de vie quant à elle fut abordée dès 1991 et ce concernant les travaux du Parlement européen : CCNE, n° 26, 24 juin 1991, *Avis concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs*. Par la suite, le CCNE sur lequel nous reviendrons n'a eu de cesse de préciser le champ d'application de l'assistance aux mourants.

¹⁴³² Dans son avis n° 101, *santé éthique et argent*, 28 juin 2007, le CCNE insistait sur le manque de moyens causé par les problèmes liés à la Tarification T2A privilégiant les activités de soins au détriment des soins palliatifs. L'avis n° 108, relatif *aux questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs*, 12 novembre 2009, préc., vient quant à lui préciser le propos 10 ans après l'entrée en vigueur de la loi relative aux soins palliatifs. Il s'agirait d'une pensée du politique basée sur l'accroissement de la jouissance de biens matériels en ce sens que l'allocation des budgets les plus utiles se ferait en fonction d'un critère de productivité. Ne seraient utiles en ce sens là que les malades peu malade, ceux-là dont la rentabilité serait calculée au prorata de la longueur de leur séjour et de la quantité de soins attribuée par une quantité *minimum* d'intervenants. Une telle pensée serait en ce sens l'erreur de ceux qui tendent à matérialiser la société chez Rosmini ; voir en ce sens Rosmini, *Philosophie de la politique*, op.cit., pp. 183 s.

certaines praticiens, mais également certains théoriciens, tant de la science juridique que de celle médicale, comme des palliatifs aux insuffisances qu'ils constatent dans la pratique, et ce vis-à-vis de la relations directe au patient, de la relation directe à la mort¹⁴³³. Il s'opérerait dès lors tant dans l'ordre du fait, que dans l'ordre théorique, un rapport différencié de la *personne*, distinctif, divisant celle-ci comme objet de droit et objet de respect moral, dépassant le cadre du droit, car ne pouvant plus réellement s'y inscrire, au mépris dès lors du *sujet-personne*. De telles observations conduiront tout naturellement à déduire une approche restituant la *divisibilité* de la *personne*, tiraillée entre son statut juridique de malade, régime spécial du droit, et son statut premier de *personne*, par hypothèse sujet de droit, obéissant au régime le plus général du droit positif, reposant sur un *droit premier* (**Section.III.**). Il conviendra dès lors d'interroger les théories de droit sous-jacentes au régime spécial de mourant afin de comprendre en quoi son statut tendrait à prévaloir sur le droit général de la *personne*, et ainsi sur les présupposés de philosophie du droit faisant état de libertés individuelles singulières, *premières* dans l'ordre de tout les droits, ce qui écarterait les causes d'abus de droit pouvant conduire à la qualification pénale (**Section.II.**).

Section.I. Une notion perpétuellement émergente : la difficulté de la quantification

677.- La dignité, à maintes reprises suggérée, serait ici l'objet pratique de l'accompagnement en lui-même. C'est en recherchant ses sources dans son applicabilité quant à la mort (**Paragraphe.I.**) qu'il serait possible de comprendre comment la loi contemporaine l'aurait rendue variable, en perpétuelle quête de stabilité (**Paragraphe.II.**).

¹⁴³³ Notons en ce sens que le ton des recommandations du CCNE entend embrasser largement son auditoire. « Déposséder la personne de sa mort », « fantasmes d'immortalité » sont autant d'expressions tirées de texte émanant du CCNE, n° 63, préc. Nombreuses sont les expressions, non justifiées sur un plan théorique et attirant ainsi les assentiments de tout un chacun qui appréhende la mort eu égard à sa propre mort sans prendre un quelconque recul de nature philosophique et métaphysique. Pourtant, et nous reviendrons sur ce point, la question éthique nécessite de se référer à son sous-jacent et fondement nourricier qu'est la source métaphysique.

Paragraphe.I. De la dignité originelle du mourant

678.- Au commencement est la dignité, celle d'Adam, avant la chute¹⁴³⁴. Et la dignité est le cœur de toute existence humaine, depuis son commencement¹⁴³⁵ jusqu'à sa fin¹⁴³⁶. Ce langage est commun au langage du droit qui entend *dignifier* l'homme dans les activités qui mettent à l'épreuve cette dignité si fragile. La seule mention de « la sauvegarde de la dignité » de l'article L. 1111-13 du Code de la santé publique, suffit à faire état de la nécessité de retrouver la dignité originelle pour la conserver dans le sanctuaire de l'*être*. Et cet engagement paraît d'autant plus important qu'il est associé à la « qualité de sa fin de vie ». **Dans cette perspective, la dignité se devrait donc d'être retrouvée et conservée jusqu'au dernier jour sans distinction du premier.** Il est difficile d'admettre, pour qui a quelques connaissances en matière de philosophie, mais au demeurant ne serait-ce qu'en matière d'histoire du droit, qu'il puisse être possible d'ignorer que la question de la dignité ne fut en rien une innovation du XX^{ème} siècle.

679.- Rappelons au premier chef des soucieux de dignité, Platon, qui, témoin indirect de la fin de vie d'un de ses maîtres en la personne de Socrate¹⁴³⁷, sut à merveille positionner la question de la *bonne dignité* en tant qu'épicentre de la sobriété des hommes¹⁴³⁸. La dignité est

¹⁴³⁴ *Adam* signifie en hébreu d'une part *l'homme*, de sexe masculin, et d'autre part l'espèce humaine, l'humanité au sens abstrait. **La Bible hébraïque** emploie 131 fois l'expression *bèn adam*, littéralement *filz d'homme* pour désigner l'humain en général, ou un homme en particulier du point de vue de son humanité. La tradition hébraïque ne connaît pas la chute ; voir par exemple *La Génèse*, 2-21.22. Sur le même fondement, dans **la Bible** chrétienne, Adam est présenté comme le premier homme dont sera tirée la première femme, Eve. Ils furent chasser des Jardins du paradis, condamner à mourir et à vivre de la matérialité dont *l'arbre de la vie éternelle* les aurait dispensé. La dignité est perdue et à reconquérir. Dans le **Coran** enfin, Adam est décrit comme le premier homme dans la sourate *al-baqara* : Cor. S. II, v. 28-31. Si la création de l'homme est à plusieurs reprises mentionnée dans le Coran, il n'est nulle part fait mention d'une chute originelle. Cependant, attendu qu'aucune tradition ne s'ignore, notons que la désobéissance fait partie intégrante de la théologie islamique qui la place dans le djinn *Iblis* qui refusant de se prosterner devant la créature humaine se verra éternellement banni de la miséricorde divine et s'assignera la tâche d'emporter la progéniture d'Adam dans sa *chute*. Le point commun aux traditions des trois monothéismes révélés est bien la dignité originelle que doit reconquérir l'homme soumis au monde contingent.

¹⁴³⁵ Art. 16 du Code civil.

¹⁴³⁶ Art. L. 1110-10 du code de la santé publique notamment.

¹⁴³⁷ Rappelons le plus succinctement du monde, tant pareille événement a été à maintes reprises commenté et sujet à devises en tout genre, que Socrate fut admis à choisir son mode d'exécution en tant que marque de respect dû à son rang, non pas dans la société athénienne, mais dans la société des hommes. Ceci manifeste l'expression, chez les pires des hommes, de la subsistance de l'idée de dignité, ici en tant que marque d'un respect légal oserait-on dire de celle-ci ; ne voit-on pas ici encore la loi d'Antigone se glisser dans la culpabilité à *exécuter de ses mains un grand homme*.

¹⁴³⁸ Platon dit de la dignité qu'elle est « une majesté qui résulte d'une raison droite et sérieuse ». Voir en ce sens , *Œuvres de Platon*, trad. V. Cousin, Tome XIII et dernier, *Les Définitions*, P.-J. Rey Libraire, Paris, 1840, p. 239. Ainsi entendue, la dignité procède d'un effort d'intellection en vue d'être retrouvée en tant qu'idée sous-jacente à l'existence même de la raison qui la prouve.

une position philosophique que la personne entend préserver de l'intrusion destructrice. Chez Platon¹⁴³⁹ elle procède de l'excellence de l'expression totale du *bien en l'être*. Et si une telle définition pouvait paraître insuffisante en vue de placer la question de la dignité au centre de l'expression du respect de la *personne*, jusque dans ses derniers instants de vie, il s'agirait alors de faire état des nombreux cas, relevant de règles de droit avérées, coutumières ou écrites, où le droit au respect de la personne jusque dans la mort est imposée, y compris en temps de guerre.

680.- Les premières expressions de la dignité dans la mort seraient apparentes dans les **Tables de La Loi du roi Hammourabi**. Elles font état du respect *extrême* dû à la vie et ses choses, lien unissant la société des hommes, pouvant conduire jusqu'au prononcé de la mort de celui qui enfreignait la Loi. La dignité était aussi celle transparaissant dans le respect dû aux esclaves, *mouchkînou*¹⁴⁴⁰, et autres prisonniers, en vue d'épargner leur rang de la différenciation à la mort, et ce en codifiant ce respect¹⁴⁴¹. Voyons cela également dans la codification des règles de momification et embaumements des morts en Egypte pharaonique, synonyme, si transposition contemporaine est nécessaire, du respect dû au cadavre, ici indépendamment de toute question relative à une croyance particulière¹⁴⁴². Le droit des sociétés antiques ne se fondait pas sur les sources, mais il semblerait plutôt qu'il y fût inféodé, et en tant qu'extérieur, s'y subordonna extérieurement et positivement, objectivement, dans le but de garantir la *liberté* de chacun à voir respecter les fondements de son appartenance la plus intime à telle ou telle *maison*.

¹⁴³⁹ Ainsi renvoyons-nous à *La République* où Platon annonce que le *bien* est, en tant que chose intelligible, d'une plus haute dignité que le bien en essence ; voir Platon, *La République*, op. cit., 509b, pp. 353-354 ; Georges Leroux substitue d'ailleurs dans sa traduction le terme de *majesté* au terme de *dignité* vue chez C. Carrat.

¹⁴⁴⁰ Personnes relevant de la caste la plus « basse » de la société babylonienne

¹⁴⁴¹ Voir sur ce point notamment V. Scheil, *La Loi de Hammourabi, vers 2000 av. J-C*, 2^{ème} édition, Paris, Ernest Leboix éditeur, 1904. Traduction de la Loi de Hammourabi.

¹⁴⁴² Précisons à ce sujet et sans trop nous écarter de notre propos, que les rites funéraires en général, et sans en écarter l'un au bénéfice de l'autre sont tous destinés à marquer le respect de chacun à soi et à tous, au bout de l'accompagnement du mourant dans la mort. Une telle précision semble nécessaire car elle conforte notre position sur le plan théorique et formel et non point d'une question relative aux sources d'un tel respect en une certaine tradition ou une autre. Il s'agit plutôt de l'expression du respect, et dès lors ce qui en lui, se doit d'être garantie, protégée en sa totalité par le droit. Les chrétiens enterrent leurs morts parés généralement de leurs plus beaux vêtements au moyen d'un cercueil plus généralement de bois, quand les musulmans enterrent leurs morts nus, dans un simple linceul blanc, et que les hindous brûlent leurs morts. Ces trois pratiques, sans considérations de leurs raisons liturgiques, théologiques et métaphysiques au plus haut, ont le même objectif, marquer le respect de tous dans sa dernière demeure. Voilà donc le point de départ d'un droit s'exprimant par la formulation d'une règle extérieure aux sources.

681.- C'est au cœur de ces précisions, faisant état du fondement sous-jacent et objectif du droit au respect de la dignité du mourant, que se trouverait la justification d'une actualisation d'un tel respect par le droit contemporain. Et il s'agirait de l'injonction à créer des services de soins palliatifs. Pourtant, notons que comme toute actualisation, elle serait le fruit d'une maturation rendue nécessaire par l'obsolescence des vestiges des civilisations précédentes. Dès lors ce *renouveau* serait devenu indispensable en raison des changements psycho-sociaux notamment, dû aux rapports variables à la maladie et à son terme de mort, en raison des modifications tant matérielles et technologiques, que morales, et éthiques¹⁴⁴³. **C'est en ce sens que dignifier procéderait d'un mouvement de l'extérieur vers l'intérieur, là où une dignité première n'aurait pas nécessairement à sortir de l'intérieur où elle se situe originellement. Sans nier la nécessité d'aider le mourant dans la lutte pour la dignité, il conviendrait de rappeler que celle-ci lui préexiste en quelque sorte, et qu'il s'agirait pour lui de la retrouver en ce qu'elle fait ce qu'il est, qu'elle lui ressemble, et non qu'elle serait en correspondance immédiate avec quelque préconçu *objectivé*, pragmatiste formulé dans un texte de loi ou une décision du Conseil constitutionnel.**

Paragraphe.II. La dignité du mourant dans la loi

682.- La loi serait donc nécessairement nouvelle, ou renouvelée, ainsi que son application serait perpétuellement balbutiante. Pourtant admettre que la loi soit nouvelle paraît quelque part gênant. Car admettre une telle chose équivaudrait à admettre que le droit à la dignité, qui en serait l'objet principal, pourrait connaître quant à lui également des variations dues au temps et aux espaces de son expression, de sa manifestation. **Ce serait admettre que le statut du mourant obéirait à des variations ontologiques procédant d'une ontologie rationalisée, ou ontique. Or, l'acception philosophique réaliste de l'objet idéal ne considère jamais que l'idée puisse muter, mais plutôt confesse que les interprétations de l'homme peuvent la penser différemment.** Ainsi, il serait plus digne parfois, et selon certaines cultures d'assister le mourant à mourir en provoquant la mort, et dans d'autres, de ne rien faire jusqu'à ce que la mort l'emporte. Ceci ne pourrait se justifier sur des fondements idéologiques et politique, mais uniquement sur des présupposées métaphysiques servant de gage à des expressions proprement culturelles. Car tout au contraire, en ne retenant que la

¹⁴⁴³ Sur la nécessité d'une éthique adaptable, voir notamment G. Bourgeault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales, prolégomènes pour une bioéthique*, op. Cit., pp. 113 s.

manifestation à la place de la chose qu'elle manifeste, il s'agit d'effectuer une césure entre la cause et sa conséquence, en ne retenant que la conséquence comme cause d'exemplarité phénoménologique, pouvant avoir dès lors, à l'occasion, force culpabilisante lorsqu'elle pointe du doigt une souffrance à laquelle aucune sensibilité ne saurait demeurer indifférente. Et ceci ne procéderait plus déjà d'un réalisme mais d'un idéalisme prenant l'*idée*, et non plus sa manifestation, comme saisissable par la raison ; et ainsi *désubstantifiant* l'idée de son *être-propre*, de sa justification par elle-même. Il s'agirait d'un idéalisme ne faisant plus reposer la production normative *a minima*¹⁴⁴⁴, sur un fondement éthique *idéel*, mais sur une pensée *doxologique*, matérialiste, *quantitativiste*, « méta-éthique » et non cognitiviste¹⁴⁴⁵, assimilant progressivement la production de la *personne* à la production d'une chose. Il s'agirait alors d'une phénoménologie *rationalisante*, assimilant production de la chose *matérielle* et production de la chose *onirique*¹⁴⁴⁶ en l'appliquant, et trahissant la production émanant du *plus haut*, la production créatrice de l'homme, en tant que *personne*, avant *tout*.

683.- La perspective d'une production méta-juridique se faisant actualisation du droit, consacrerait la qualification des notions déterminées phénoménalement, comme autant de *composantes* de la notion de dignité. Il est nul besoin en l'espèce de rappeler *celles-ci*, mais il s'agirait ici de rappeler que ces notions *substantifiées*, à partir d'une dignité saisie empiriquement, *in concreto*, seraient, aussi, toutes abstraites et générales, d'abord saisies philosophiquement et moralement. Ainsi en serait-il du *respect*, de la *douleur* ou encore de la *souffrance*, mais aussi de la notion de *croissance* ou encore d'*appartenance religieuse*¹⁴⁴⁷, ces notions non limitatives étant bien évidemment toutes en tant que telles inféodées et dépendantes directes de la notion de personne humaine, et certainement en amont de *personne*¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁴ En ce sens, le trop de lois engendrerait la dissolution de l'être dans une pléthore de critères *artificialisant* l'existence même caricaturant les limites de l'existence.

¹⁴⁴⁵ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *La personne n'est pas un « projet »*, Rivista Rosminiana di filosofia e di cultura, Anno CVI, Fasc. I, Centro Internazionale di Studi Rosminiani, Edizioni Rosminiane Sodalitas, Stresa (Italia), marzo 2012, pp. 3-4.

¹⁴⁴⁶ Voir en ce sens la notion de *technè* chez Platon, *Sophiste*, op. cit., pp. 138 s.

¹⁴⁴⁷ A une commune communauté, non communautarisée.

¹⁴⁴⁸ Il s'agirait des libertés individuelles de la personne humaine, telles que définies par le droit national et le droit international. Le refus de la douleur émerge de la circulaire du 26 août 1986 relative à l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale, *préc.* Il s'agirait de la première prise en considération effective de la souffrance, physique ; lutte contre la douleur, mais aussi psychique, car recommande la prise en charge psychologique du malade et de sa famille. Sur le plan international, la première initiative serait fondatrice du droit humanitaire et reposerait sur l'initiative d'un certain Henri Dunant. Ce *droit international humanitaire* serait né en 1859, à la suite de la bataille de Solferino, alors qu'un citoyen suisse, Henri Dunant, voyant agoniser des milliers de soldats sur le champ de bataille, aurait décidé de se consacrer au soulagement des souffrances par le biais de la *médecine*, mais aussi du *droit*. C'est ainsi que la nécessité de créer

684.- C'est par la voix du juge que le droit, positif et objectivant, a prononcé les définitions des notions permettant d'accéder au respect du droit à la dignité. Cette définition effective emporterait dès lors, et ce jusque dans la pratique médicale, un effort de rationalisation sous forme de quantités du respect, à l'image des exigences de notre temps en matière d'appréciation *in concreto* de l'être. Procédant d'une phénoménologie de l'être, au moyen d'un nominalisme de la chose faisant l'être, ayant pour effet de le standardiser, la loi rendrait plus difficile encore à saisir le respect de son objet dignité. C'est ainsi que le malade se doit de dire comment il a mal, comment il souffre, dès son entrée à l'hôpital, et ainsi doit répondre à l'exigence légale qui lui incombe ; et en premier lieu et avant lui, c'est à celle du personnel soignant, en vertu du respect du devoir d'information, que la règle de droit impose la question de la douleur.

685.- Nous l'avons vu, la notion de dignité ne peut se limiter à la seule question de la souffrance due à la douleur, et ce quel qu'en soit l'aspect physique ou psychique. Il apparaît à ce propos la limitation que le droit positif a opéré en vue de ne point trop engager le corps médical dans sa mission d'accompagnement de la fin de vie. Ainsi, un centre de soins palliatifs se doit d'être le lieu de l'accompagnement à la douleur. Or, cette dernière est pour ainsi dire inqualifiable, et surtout inquantifiable. Il ne serait plus même rationnel d'envisager de pouvoir quantifier la douleur sur le plan psychique. Or, l'accompagnement peut être prolongé aux moyens de visites de psychologues et psychiatres, à même de trouver les mots face à la mort, ou tout au moins d'écouter les patients¹⁴⁴⁹. Il apparaît dès lors l'évidence de la nécessité des services de soins palliatifs, cependant, l'insuffisance quant à la liberté d'appréciation par individualisation, singularisation du rapport au patient, semblerait emporter des conséquences de nature bien trop fondamentales sur un plan de philosophie du droit, au regard de la question de l'appréhension de la *personne* et du respect dû à sa *totalité*.

686.- Car, de toute évidence, les limitations *quantitativistes*, imposées, obligerait tant le patient que le corps médical, dans sa pratique, à restreindre pour le premier ses exigences, par

un régime juridique de protection des victimes directes de la guerre : blessés, malades, etc, permit en 1864, de créer la première convention humanitaire et avec elle la Croix-Rouge, aujourd'hui « Comité international de la Croix-Rouge ». Les bases du *biodroit* étaient alors jetées.

¹⁴⁴⁹ Notons qu'il nous est apparu que cette question de l'accompagnement sur le plan psychologique, psychique étant de premier ordre, il s'agissait de le développer plus en aval, et en détail en proposant des solutions à ce qui nous est apparu être source de vacuité morale. Le corps médical ne peut pas tout, et ce qu'il peut sur le plan physique, il ne le peut sur le plan moral et éthique.

rapport à lui-même et eu égard aux possibles du cadre légal, mais pour les seconds également à s'interdire, dans la majorité des cas, l'interprétation des fondements de *droits premiers* dont ils sont le plus souvent ignorants.

687.- Ceci pousserait tout naturellement à observer ce que nous nommons des abus, ces derniers pouvant conduire à poursuivre non seulement praticiens, mais également famille ou proches des malades sur un plan pénal, abus reposant sur des excès d'interprétation construits sur les fondements artificiels de la dignité positive.

Section.II. Une question discutée, face aux cas d'abus poussant à une qualification pénale

688.- Déjà suggérée en guise de préalable, la question de l'euthanasie demeure cependant un organe vital du présent propos¹⁴⁵⁰, face à la difficulté de l'émergence d'une forme de dignité. Il est désormais devenu évident que la question de l'euthanasie soit pressentie¹⁴⁵¹ dès lors que l'on traite du rôle des services de soins palliatifs dans le soulagement¹⁴⁵². Véritable revendication des temps modernes, consacrée en droits hollandais, belge¹⁴⁵³, et indirectement, par la consécration du suicide assisté¹⁴⁵⁴ en Suisse¹⁴⁵⁵, notamment, l'euthanasie demeure interdite en France¹⁴⁵⁶. Et c'est de cette interdiction effective que naissent, par extension interprétative non pas uniquement du droit, mais aussi et peut-être surtout de fondements moraux et psychologiques, et philosophiques en premier¹⁴⁵⁷, les raisons de ce que nous

¹⁴⁵⁰ En effet, c'est peut-être même cette question qui, il y a de cela quelques années a engendré le propos actuel.

¹⁴⁵¹ Une grande partie des médecins, face au risque d'incrimination pour pratiques *euthanasiques*, même si le fondement ainsi formulé n'existe pas, se refuseraient à faire usage de certaines substances médicamenteuses telles que la morphine. Voir en ce sens là, H. Delbecque, *Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie*, préc., p. 47 ; ou encore P. Rigaud, *L'euthanasie en question. A propos de l'expérience hollandaise : faut-il légiférer ?*, Thèse, Toulouse III 1994, p. 38. Voir encore L. Neurwith, *Prendre en charge la douleur*, Les rapports du Sénat, n° 138, Commission des Affaires sociales, 1994-1995, p. 27.

¹⁴⁵² Voir en ce sens le Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, préc. Il existe bien tout un développement mettant implicitement en lien euthanasie et soulagement, suggérant les apports de la réflexion de l'une sur l'autre.

¹⁴⁵³ Voir Y.-H. Leleu et G. Genicot, *Les lois belge et néerlandaise en matière d'euthanasie*, in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, op. cit., pp. 90 s.

¹⁴⁵⁴ Voir H. Mock, *Suisse : l'assistance désintéressée au suicide*, in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, op. cit., pp. 87 s.

¹⁴⁵⁵ Forme passive d'euthanasie ; voir H. Mock, *Euthanasie et suicide assisté en Suisse*, op. cit.

¹⁴⁵⁶ Pour un tempérament, voir A. Porthais, *Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie*, préc.

¹⁴⁵⁷ Notons d'ors et déjà la place prépondérante de l'ADMD dans le travail de justification juridique, psychologie, moral et philosophique de la nécessité de reconnaissance de l'euthanasie. Voir notamment dès la fin des années

nommons être les abus d'une herméneutique¹⁴⁵⁸ de la dignité. Les droits subjectifs seraient en ce sens jugés insuffisants (**Paragraphe.I.**), et dès lors la dignité qui en serait affectée se devrait d'être objectivée en vue de pouvoir répondre à des attentes pratiques (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. L'insuffisance des critères *subjectifs*

689.- Les imperfections sous-jacentes à tout critère subjectif s'imposeraient dans les rapports malade-médecin. De ce fait, affirmons que des critères proprement subjectifs¹⁴⁵⁹ interviennent qu'en tant qu'ils appartiennent aux seules personnes, individuellement envisagées¹⁴⁶⁰, indépendamment de toute considération *onto-logique*. Et ces critères prendraient tous un langage commun, celui de la dignité¹⁴⁶¹. Pourtant, partant du constat selon lequel ni le droit, ni la médecine, qui devrait y être inféodée, ne peuvent résoudre les questions imposées par le devoir-être, les *bioéthiciens* de tout bords suggèrent la réalisation non plus d'une éthique en tant que fondement du droit, mais d'une méta-éthique, indépendante du droit ; toutefois *aporétiquement* en dessous du droit¹⁴⁶².

80, ADMD, *Les Droits des Vivants Sur la Fin de Leur Vie. Pourquoi La loi doit les Protéger*, A propos des propositions de loi n° 312 (rectifiée) déposé au Sénat le 18 mai 1989, n° 999 déposé à l'Assemblée Nationale le 26 octobre 1989.

¹⁴⁵⁸ Paul Ricoeur considère notamment que la psychanalyse serait l'herméneutique des symptômes de la maladie. Voir en ce sens P. Ricoeur, *De l'interprétation. Essais sur Sigmund Freud*, Seuil, Paris, 1965. Voyons ici la *psychologisation* du rapport à la mort, véritable césure rationalisée et *rationalisante* de l'existence avec sa source *actualisante* éternellement métaphysique.

¹⁴⁵⁹ Il s'agit ici de toute une bioéthique, un *biodroit*, une *biomédecine*, empirique, et parfois même empirique derrière des apparences de philosophie du droit. Il en serait ainsi d'une philosophie de Ricoeur, ou encore Foucault, Deleuze, toute phénoménologiste, stigmatisant l'être au moyen des *mots et des choses*, justifiant la *summa divisio* personne/chose. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel.*, op. cit.

¹⁴⁶⁰ **La face visible du masque.** La *personne* personnage.

¹⁴⁶¹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 213 s.

¹⁴⁶² L'inversion de la logique aristotélicienne partant du principe le plus absolu pour aller vers la pensée du plus particulier conduirait tout d'abord, dans un idéalisme néo kantien caractérisé (voir en ce sens toutes les pensées néo structuralistes chez Deleuze, Foucault, Ricoeur notamment), à reléguer l'absolu derrière le général, au sens de l'*universellement* saisissable chez Kant. Puis au nom de ce *plus général*, alors les cas particuliers devraient prévaloir en tant que source de la règle dès lors qu'ils se répéteraient suffisamment dans l'ordre *doxologique* (d'une *doxa* platonicienne). Il s'agirait qu'ils soient saisis par l'ordre d'un politique ploutocratique (voir en ce sens C. Schmitt) pour que le particulier soit dignité construite avant un droit premier. Sur l'ensemble de ce développement voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op.cit.

690.- L'insuffisance manifeste des paramètres théorétiques¹⁴⁶³ de la dignité semblerait obliger la *bioéthique* à se fonder sur les seules données rationnelles et empiriques de la science médicales.

691.- La dignité souffrirait donc, selon un certain idéalisme néo kantien, d'une insuffisance de données *princiennes*, en vue de lui accorder toute la subjectivité juridique qu'elle entendrait recevoir de telle sorte qu'elle soit authentiquement garantie¹⁴⁶⁴.

692.- Ainsi, la dignité est *bioéthique* ; elle est celle du CCNE¹⁴⁶⁵, qui entend certes regrouper, conformément à ses statuts¹⁴⁶⁶, des scientifiques de différents horizons : des philosophes et des juristes y compris. Or, ceux-là seraient tout autant enfermés que les médecins dans un vocable, certes commun¹⁴⁶⁷, mais limitatif. En tant qu'autorité indépendante conformément à la loi du 6 août 2004¹⁴⁶⁸, le comité n'en demeurerait pas moins sous la tutelle du ministère chargé des questions de santé. Ainsi, la désignation de la majeure partie de ses membres est effectuée par des autorités politiques. L'exigence de répondre à des questions soumises par les autorités politiques en ferait une autorité *quasi* indépendante, inféodée aux pressions extérieures des questions de rentabilité et de politiques publiques. Il ne s'agirait donc plus de répondre à des questions relevant d'un universel, mais d'un général, *doxologique* et pratique. La parole s'en trouverait conditionnée à répondre et non à questionner, avec la nécessité de proposer des solutions pratiques et non des axes de réponses. Et par le constat de

¹⁴⁶³ Chez Aristote la théorétique a pour objet la connaissance, elle vise à la connaissance. « Dans la classification aristotélicienne des sciences (...), la mathématique, la physique, la théologie sont des sciences théorétiques par opposition aux sciences poétiques et pratiques » A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris 1976.

¹⁴⁶⁴ Chez Kant, il s'agirait de ce qui prend pour objet la théorie. Il distingue en ce sens deux ordres de sciences : les sciences purement empiriques, et les sciences théorétiques qui sont à ses yeux les véritables sciences. Il se distinguerait ainsi de toute une philosophie empiriste faisant de l'expérience sensible l'origine de toute connaissance valide et de tout plaisir esthétique. Il s'opposerait en ce sens à l'empirisme d'un Francis Bacon prétendant que la véritable science serait celle de la logique des causes s'opposant ainsi à Aristote en inversant causes et conséquences, voyant dans les phénomènes les causes premières d'une expérience. L'empirisme ne serait en réalité que la philosophie seconde des causes premières. Kant ne se distinguerait pas réellement de cet empirisme tout au plus en réactualisant l'hypothèse métaphysique ; cependant, s'avouant incapable de remonter aux causes premières, il entend privilégier ce que l'entendement raisonné peut saisir comme universellement acquis et ainsi réintroduit une dose d'idéalisme

¹⁴⁶⁵ Sur l'élaboration d'un avis du CCNE, voir le cours du Pr R. Pottier, *L'élaboration d'un avis du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) : exemple de l'euthanasie*, 3 février 2004, Université Paris-Descartes, résumé par D. Gabrieleff, www.ethique.inserm.fr.

¹⁴⁶⁶ Voir décret du 23 février 1983 portant création d'un Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, révisé par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 portant statut d'autorité indépendante.

Notons que c'est l'art. 4 qui précise quels sont les membres du comité et leurs modes de désignation.

¹⁴⁶⁷ Il s'agirait du langage des sources ; les termes de dignité, de confiance, d'éthique, de personne, etc, sont tous employés pelle-mêle au même titre qu'ils le sont dans le langage du droit, de la médecine et de la philosophie. Il s'agirait d'un mélange des genres pouvant conduire à leur confusion.

¹⁴⁶⁸ Loi préc.

cet enfermement, relevons que le discours *bioéthique* se traduirait par un *biodroit* qui emploierait les mêmes terminologies en vue de garantir ce que la *bioéthique* a pu produire quant à la dignité du mourant.

693.- Mélangeant causes et conséquences, inversant la logique hypothético-déductive aristotélicienne, la pensée de la *bioéthique* fabriquerait à la fois les fondements de la dignité, et s'identifierait comme production digne, en elle-même et par elle-même¹⁴⁶⁹. C'est en ce sens que le vocable médical, bien qu'empruntant à la philosophie, opèrerait une influence telle que toutes les sciences représentatives de l'éthique deviennent avant tout *bio* : *biodroit*, *bioéthique*, *biomédecine*, et certainement à venir, *bio théologie*¹⁴⁷⁰, *bio psychologie*¹⁴⁷¹, etc...

694.- Ceci étant dit, cette spécialisation serait due à la demande des politiques de rendre des rapports¹⁴⁷² allant dans le sens d'une *objectivisation* de la notion de dignité, en vue de planifier une moralisation des politiques publiques¹⁴⁷³ de sensibilisation à l'éthique, dans le cadre des services de soins palliatifs, et surtout eu égard à la pression de tous bords sur la question de l'euthanasie¹⁴⁷⁴. Les régulières chroniques *médiatico-politico-juridiques* opposent une

¹⁴⁶⁹ Le seul fait d'affirmer l'avoir affirmé suffirait à en rendre digne la dignité. Voir en ce sens sommaire avis n° 26 du 24 juin 1991, préc. : « Le Comité consultatif national d'éthique, qui a rappelé à maintes reprises le principe fondamental du respect de la dignité humaine, entend le proclamer à nouveau, tandis que se déploie une réflexion sur les conditions de la fin de la vie. ». La formulation du principe suffirait à le rendre fondamental.

¹⁴⁷⁰ Voir en ce sens la thèse de théologie rendue par J. Faucher, *L'émergence du sujet éthique dans la création du Comité Consultatif National d'Éthique et son premier Avis*, op. cit. S'appuyant sur une recherche sémiotique, reposant sur les théories d'Habermas, et Foucault principalement, l'auteur entend envisager la dignité comme un argument de poids élaborant un véritable « Cahier des charges de la bioéthique ».

¹⁴⁷¹ Dans le même sens il s'agirait de dénoncer une *pseudo* philosophie prenant les traits d'une psychanalyse répondant aux exigences de la réponse à tout prix. N'en voit-on pas l'avènement par la systématisation de cette *science nouvelle* dont les premiers dommages collatéraux apparaissent dans une *neuro-psychanalytique* vue chez un Boris Cyrulnik désireux de décoder la machine humaine. ».

¹⁴⁷² Le Sénat, l'Assemblée Nationale et les différentes commissions parlementaires, souvent sous l'égide de J. Léonetti rendent chaque année des rapports sur l'état des avancements des politiques publiques de santé. Voir en ce sens Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Compte rendu n° 41, *Examen de la proposition de loi visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie* (n° 1407) (M. Bernard Perrut, rapporteur), séance du Mercredi 11 février 2009. ; ou encore, N. About, Rapport d'information adressé au Sénat, fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Contribution au débat sur la fin de vie*, n° 579 (2009-2010), 23 juin 2010 ; voir encore Proposition de loi relative à l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs, présentée au Sénat par R. Coteau, 8 juin 2012.

¹⁴⁷³ Cette notion de politique publique de santé est omniprésente. Voir en ce sens, F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins éthiques et droit*, op.cit., pp. ; ou encore la Politique publique de moralisation : systématisation des comportements moraux propres à évoluer en société : Décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, **portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique**. ; voir encore l'expression sous-entendue quant aux « compétences de l'Etat en matière de santé » chez S. Elshoud, *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, op. cit., pp. 9 s.

¹⁴⁷⁴ Voir en sens la question sociale de la maladie, ou la généralisation d'une question dans l'ordre de l'opinion chez S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, op. cit., pp. 6-8.

pression telles sur le législateur, que la réflexion est régulièrement relancée¹⁴⁷⁵. Or le droit ne devrait pas transiger face à la pression populiste. Pourtant l'initiative *privatisée* des comités fait son chemin en la matière¹⁴⁷⁶. Ainsi, les journées nationales des soins palliatifs¹⁴⁷⁷ en seraient une preuve, organisées dans le but de donner un cadre économique à une pratique qui en premier lieu est présentée comme relevant d'une mission de service public¹⁴⁷⁸.

695.- La rationalisation économique des missions de service public entacherait les protocoles de soins palliatifs, de telle sorte que ceux-ci n'auraient vocation qu'à prendre en charge de courts séjours en raison de l'improductivité dont ils font preuve¹⁴⁷⁹.

Paragraphe.II. La dignité : un droit non plus *subjectif*, mais un droit *objectivé*

696.- Il serait nécessaire de rendre *objective* la dignité lorsque la pression *euthanadoxologique* est telle que, certains juges apprécient librement, alors qu'il s'agit de matière pénale, les faits causant une mort directe à « *celui-qui-voulait-mourir* »¹⁴⁸⁰. Il s'agirait donc d'une représentation de la *personne*, objectivée, quant à elle par là même. **Le discours médical aurait su en quelque sorte imposer sa suprématie sur l'ensemble des droits du malade-mourant, et ainsi dissiper les questions d'ordre éthique, au sens d'une philosophie morale fondée sur la déduction des principes appliqués au particulier**¹⁴⁸¹. **Il ne serait plus une *personne a priori*, mais il le redeviendrait, grâce au *biodroit***¹⁴⁸². **Or une telle entreprise, idéaliste en ses fondements, opérerait une transmutation du sujet de**

¹⁴⁷⁵ Voir en ce sens la dernière proposition de loi en date : Proposition de loi relative à *l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs*, présentée au Sénat par R. Coteau, 8 juin 2012.

¹⁴⁷⁶ Voir en ce sens les compétences et influences des comités et autres organismes nationaux, locaux contribuant à l'élaboration des « objectifs pluriannuels de santé publique » ; S. Elshoud, *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, op. cit., pp. 11 s.

¹⁴⁷⁷ Organisées chaque 8 du mois d'octobre de chaque année.

¹⁴⁷⁸ Attendu qu'elle incombe en premier aux services de soins palliatifs organisés au sein des unités hospitalières des établissements publics de santé.

¹⁴⁷⁹ Les services de soins palliatifs sont par nature voués à ne conduire qu'à la mort, et exceptionnellement à voir sortir leurs occupant en raison d'une période de rémission. Voir en ce sens CCNE, avis n° 108, préc.

¹⁴⁸⁰ J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 191.

¹⁴⁸¹ Il s'agit de la logique déductive aristotélicienne qui établit un lien entre les principes généraux et les faits particuliers.

¹⁴⁸² Il se relèverait de la *chute*.

droit en objet de droit, recréant la *personne*, à partir d'un rien¹⁴⁸³. La *personne* serait réelle uniquement au regard du droit qui la désignerait. Et le mourant serait digne uniquement au regard des déclarations de dignité avancées solennellement, lorsqu'il serait pris en charge au sein des unités de soins palliatifs.

697.- Le langage médical aurait été jusqu'à posséder le langage des sources philosophiques, déguisant celui-ci derrière les *masques* du langage commun de la *personne*, dissimulant à peine le visage de toute une psychanalyse *pseudo* philosophique retrouvée chez des auteurs tels que Foucault, Cyrulnik, et autres contemporains ayant pourtant quelques légitimités par le savoir.

698.- Pareille œuvre rendrait sympathique toutes les compassions altruistes d'un médecin accompagnant une mère dans l'acte criminel contre son fils¹⁴⁸⁴. Une *philosophie médicalisée*, observant la société des acteurs, agirait bien plus avant dans l'ordre des idées *empirisées*. Telle une philosophie politique idéaliste, elle dégagerait les *rôles* que les acteurs sociaux et civils pourraient jouer sur la scène hospitalière, lorsque la question de la douleur s'imposerait. Il s'agirait d'un *rôle* d'acteur passif et *docile*, discipliné à l'aune de la loi autorisant leurs comportements, ces derniers étant justifiés à la lumière d'un objectif de pacification sociale¹⁴⁸⁵. D'ailleurs il est possible de s'interroger quant au *rôle* que devrait jouer le personnel médical lorsque le mourant l'implore de faire en sorte d'abrèger ses souffrances, que ce soit par omission ou commission¹⁴⁸⁶. Par ailleurs il s'agirait également de questionner

¹⁴⁸³ Il s'agirait du postulat nihiliste. Le nihilisme qui étymologiquement vient du latin *nihil* signifiant *rien*, serait le point de vue philosophique selon lequel l'existence humaine serait dénuée de toute signification, de tout but, de toute vérité compréhensible ou encore de toutes valeurs. Comprendons en ce sens que tout postulat nihiliste est un postulat visant à construire un concept sur une nomination vide avant qu'elle ne soit composée par l'homme. La dignité des comités serait en ce sens déduite, certes d'un postulat métaphysique, mais entant qu'inaccessible selon le postulat kantien, il conviendrait de la déduire d'un universellement acquis que l'homme traduit d'un commandement moral rationnel. Nous reviendrons sur les présupposés nihilistes du droit positif.

¹⁴⁸⁴ En référence à l'affaire Humbert.

¹⁴⁸⁵ Voir en ce sens notamment les développements de D. Cohen, *Justice publique et justice privée*, op. cit. Justifiant la pénétration de plus en plus effective d'une *justice publique*, au sens d'étatique et politique, sous forme d'intervention publique dans le domaine des libertés individuelles, procédant d'une politique publique de rationalisation de celles-ci en vue d'une perspective *génériciste* de pacification des comportements ; le risque de dérives *totalitaristes* est parfaitement entendu ; voir en ce sens les développements de C. Audard, *Ethique publique et démocratie*, op. cit. Voir également J.-M. Auby, *La légitimité de l'intervention publique*, in *L'intervention publique dans le domaine de la santé*, AJDA 1995, pp. 588-591. Voir enfin J.-M. Trigeaud, sur la discrimination d'Etat qui se justifie elle-même par la nécessité de protéger l'homme de ses excès en identifiant l'homme et ses excès directement dans la loi. Ceci serait une définition négative de la *personne* déguisée en discrimination positive. En disant ce qu'est la *personne*, le politique ignore ce qu'elle n'est pas, et dessine les contours d'une existence artificielle ; J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit. pp. 11 s.

¹⁴⁸⁶ Voir en ce sens sur la distinction euthanasie active et euthanasie passive, D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit., pp. 222-223.

l'état du droit quant au *rôle* que devrait jouer le personnel soignant face aux requêtes du même type, et émanant d'une famille désespérée face aux souffrances d'un proche en fin de vie. Et enfin, quel serait le *rôle* que jouerait celui qui déciderait de passer à l'acte criminel, dès lors qu'il interpréterait ce qu'il pense être une requête en soulagement ; ou au contraire, celui qui refuserait une telle pratique se conformant strictement à l'application de la loi, sans pour autant abandonner les pratiques de médecine *palliative*. Ces quelques questions, non limitatives, invitent à suggérer ici la nécessité de rappeler qu'en l'espèce, il ne devrait pas y avoir à tergiverser tant le droit pénal, d'interprétation stricte, n'imposerait qu'une seule solution. Il ne s'agirait non pas d'une culpabilité *a priori*, que le droit de la responsabilité moderne présupposerait dans le fondement inversé d'une *présomption d'innocence*, mais il s'agirait plutôt d'un phénomène hypothético-déductif d'imputation de l'incrimination¹⁴⁸⁷, dès lors que la mort d'une *personne-mourante*¹⁴⁸⁸ serait présumée l'être, due au fait de celui qui l'aurait provoquée¹⁴⁸⁹.

699.- La mort provoquée, accélérée, ne pourrait toujours pas plus être systématisée en *désubstantifiant* une responsabilité *a priori* ; cependant, qu'elle fût accomplie en préméditation¹⁴⁹⁰ ou non¹⁴⁹¹, par commission¹⁴⁹² ou par omission¹⁴⁹³, que l'intention soit avérée¹⁴⁹⁴ ou non¹⁴⁹⁵, la *mort du mourant* pourrait être appréciée qu'en égard les exigences

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit.

¹⁴⁸⁸ Art. 221-4 du Code pénal. La personne mourante étant considérée comme la personne d'une particulière vulnérabilité aux termes de l'alinéa 3 de l'art. 221-4 du présent code.

¹⁴⁸⁹ Art. 221-1 du Code pénal. Il s'agira du meurtre. Dans toutes les hypothèses, notons que la spécificité de ce meurtre sera d'être bien souvent requalifié aux termes de l'art. 221-5 al. 2 relatif à l'empoisonnement qui se distingue de l'administration de substances nuisibles, art. 221-5 al. 1 du Code pénal. .

¹⁴⁹⁰ Art. 221-3 du Code pénal. Il s'agit de l'assassinat. La préméditation est ainsi définie en tant qu'elle « résulte du dessein formé par son auteur, avant l'action, d'attenter à la vie des victimes ; voir en ce sens C. cass. crim. 28 février 1974, *Bull. Crim.*, n° 88, *JCP* 1974. II. 17774.

¹⁴⁹¹ Art. 221-1 du Code pénal. L'absence de préméditation ne signifie pas pour autant que le temps entre la pensée de l'acte et le passage à l'acte soit celui d'un seul instant ; voir en ce sens C. cass. crim. 13 mai 1965, *Bull. crim.* n° 139 ; ou encore C. cass. crim. 9 juin 1977, *Bull. Crim.* n° 211 ; *D.* 1977. IR. 369 ; *Rev. sc. Crim.* 1978. 97, obs. Levasseur.

¹⁴⁹² Art. 221-1 et 221-3 du Code pénal. Il s'agit d'isoler des faits le geste ayant directement entraîné la mort quelque soit la personne visée : *aberratio ictus* ; voir C. cass. crim. 31 janvier 1835, *S.* 1835. 1. 564.

¹⁴⁹³ Art. 221-6 du Code pénal, et art. 223-6 du Code pénal.

¹⁴⁹⁴ Art. 221-1 du Code pénal. Le meurtre ou l'assassinat doivent être *motivés*. Il s'agit bien de relever la volonté de tuer ; il s'agit de l'*animus necandi* ; voir en ce sens C. cass. crim. 8 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 14 ; *D.* 1992. 115, note Croisier-Nerac ; *Rev. sc. Crim.* 1991. 760, et 1992. 748, obs. Levasseur. Peut-être plus aisée à identifier dans le cas de l'assassinat, le juge ne saurait en être dispensé, lui à qui incombe nécessairement l'appréciation de l'intention ; voir C. cass. crim. 5 février 1957, *Bull. Crim.* n° 110, ou plus récemment C. cass. crim. 13 novembre 1990, *Rev. sc. Crim.* 1991. 345, obs. Levasseur., ; quant au jury, il se doit d'être vigilant sur l'intention en se concentrant sur le terme même de meurtre qui présuppose l'intention en lui-même ; voir C. cass. crim. 3 avril 1996, *Bull. Crim.* n° 150 ; *Dr. Pénal* 1996. Comm. 252, obs. Maron.

¹⁴⁹⁵ Art. 221-6 du Code pénal. L'homicide involontaire ne prive pas l'incrimination de l'homicide. La mort en tant qu'atteinte à l'ordre public ne peut plier que lorsqu'il y a légitime défense au sens de l'art. 122-5 du Code pénal.

d'un cas particulier, sans pour autant justifier ce qui devrait demeurer exceptionnel, tel l'acte de mort d'honneur, la fuite d'une dépendance insupportable, acte de suicide égoïste et altruïste à la fois¹⁴⁹⁶.

700.- C'est en raison des incertitudes que certains pourraient conserver concernant l'état du droit, et aux conceptions personnelles qu'ils peuvent entretenir, que des cas de dépassements du cadre légal ont été révélés, et leurs auteurs présentés devant la justice pénale. Il nous appartiendra plus en aval de préciser ainsi que de prolonger les développements analytiques ayant trait, à titre d'exemple, illustrant nos développements théoriques, aux décisions de jurisprudence des juges répressifs. Cependant, avant de tels développements ayant pour seul et unique intérêt que de sceller l'argumentation par leur caractère d'outillage, nous nous devons de préciser les éléments sous-jacents, théoriques et philosophiques, justifiant d'une telle divisibilité de la *personne-mourante*.

Section.III. La divisibilité de la *personne-mourante*.

701.- Le malaise principal qui engendre une souffrance morale souvent indicible chez la *personne* pourrait être dû au désintérêt de l'extérieur pour son *être* profond, son intimité la plus spirituelle¹⁴⁹⁷. Considérons qu'indépendamment de toute religion de rattachement, une *personne*, quelle qu'elle soit, a nécessairement une vie spirituelle, s'interrogeant successivement sur la vie, la mort, ses tenants et aboutissants, et, au crépuscule de sa vie peut être plus encore que jamais, sur les bienfaits et erreurs de son existence qui s'éteint. Cet état d'être interroge les tréfonds de la conscience de la *personne* jusqu'à curer les plus résistantes pellicules recouvrant les cœurs les plus endurcis à l'idée d'une existence au-delà de la mort. Cette irréductible poussée en avant engendrerait chez la plupart de nos contemporains une souffrance paraissant irréversible, face à un *au-delà* ressemblant au néant, au sens de la vacuité de l'existence, mais où un *être* demeurerait. Il en serait ainsi d'une peur du vide, ou d'un vertige d'une *non existence* consciente de l'*être*¹⁴⁹⁸.

Notons d'hors et déjà tout de même les atténuations possibles en matière médicale notamment, liées aux applications conjuguées de la loi du 10 juillet 2000 et de celle du 22 avril 2005.

¹⁴⁹⁶ J.-M. Trigeaud, *Justice et hégémonie*, op. cit., p. 196

¹⁴⁹⁷ Sans considération ici d'une quelconque vie spirituelle religieusement rattachée. La vie spirituelle n'ayant pas nécessairement besoin de s'épanouir dans le dogme religieux.

¹⁴⁹⁸ Cette angoisse a marqué toute la philosophie romantique depuis Schopenhauer et Kierkegaard jusqu'à Sartre et son angoisse existentielle.

702.- Toutefois, si cette *peur* ne pourrait être identifiée chez la *personne* de tous et de chacun¹⁴⁹⁹, il s'agirait de la considérer comme *objet de droit* (**Paragraphe.I.**). Elle devrait être considérée éthiquement, par un législateur représentant une politique de santé publique (**Paragraphe.II.**) dans une perspective de réalisme de la règle de droit dépassant les hypothèses de subdivisions des droits du mourant (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. Positivisme de la nécessité et divisibilité de la *personne*

703.- La **conceptualisation positiviste** du mourant trouverait à se manifester, dans une certaine mesure, et relativement à la présente recherche, dans deux principes majeurs, tirés à la fois de l'interprétation pénaliste du droit des garanties des atteintes à la *personne*, mais aussi plus spécialement, des droits fondamentaux que reconnaît la DDHC, en tant que source suprême du droit quant à la protection de la personne humaine. C'est en ce sens que le droit positif se saisirait des enjeux relatifs à l'émergence du droit applicable au mourant, au regard du respect qu'inspire le droit de la *personne* à être protégée, jusque dans ses derniers instants de vie. De plus, notons sans plus tarder, et ce en respectant l'esprit jusqu'ici suivi, que la seule formulation *plurielle* « *des* derniers instants de vie » suggère une idée de divisibilité de la vie elle-même, à laquelle le droit positif succomberait sans mal, attendu que sa vocation classificatrice est parfaitement avérée.

704.- Dès lors, afin de comprendre les principes majeurs évoqués, nous suggérons en ce sens de puiser dans les théories du droit pénal, en reconnaissant à celui-ci, toute proportion gardée, la qualité d'être une source fiable quant aux distinctions d'ordre public, relatives aux mesures de protection maximum contre les atteintes possibles à la personne, relevant de principes fondamentaux. Nous émettons l'hypothèse en ce sens que le juge, s'il était saisi, en tant que garant du contrôle de la licéité des actes effectués sur la *personne* du mourant, devrait, dans la perspective du présent propos, et malgré la généralité du problème, s'imposer le respect strict de deux principes essentiels qui sont, tout d'abord le principe de *nécessité* ; puis, de celui qui n'en n'est autre qu'une spécification, à savoir le principe de *proportionnalité*.

¹⁴⁹⁹ Par là même généralisée sous forme d'une règle à caractère normatif.

705.- D'une part, le principe de *nécessité*, largement suggéré par l'article 8 de la DDHC, serait entendu comme « le principe de juste mesure qui fut et est encore le plus difficile à mettre en œuvre car il n'y a pas consensus ni sur l'appréciation de la gravité de l'infraction, ni sur les représentations des effets escomptés de telle ou telle peine forme de peine »¹⁵⁰⁰. Partant de là, voilà pourquoi le juge devrait, le cas échéant, prononcer les mesures propres à faire cesser toute atteinte, ou encore ordonner l'exécution d'une disposition rendue nécessaire, par suite d'urgence ou de péril, conformément, d'abord, aux dispositions des articles 515, 664, 812 et 851 du Nouveau code de procédure civile. La difficulté, liée à l'impossibilité de déterminer une appréciation univoque quant à la gravité de l'atteinte, s'éteindrait en l'occurrence par le fait même de la présomption de faiblesse pesant sur le mourant, toute intervention du juge devenant par là indispensable dès lors qu'un préjudice serait dénoncé par n'importe quelle personne intéressée au cas de la victime présumée, à commencer par le mourant lui-même.

706.- D'autre part, le principe de *proportionnalité*, qui n'est autre, le plus souvent en droit pénal, que le principe d'une juste mesure appliquée entre la gravité de l'atteinte et la sanction encourue¹⁵⁰¹, pourrait être également compris, s'appliquant plus particulièrement à l'esprit de la présente étude, comme l'effectivité de la nécessité ; en ce sens que toute mesure visant à protéger la personne se doit d'être proportionnée à la mesure de l'exigence ontologique de *liberté*, reposant sur ses droits individuels, ou *droits de l'homme*¹⁵⁰². Du principe de proportionnalité, employé en l'espèce dans le cadre de l'établissement public, il s'agirait de tirer une définition relevant plus spécifiquement d'un droit administratif, étant entendu que celui-ci est également précurseur en matière d'ordre public et d'applicabilité des *droits de l'homme* dans ce domaine ; ainsi entendons-nous du principe de proportionnalité que « la peine doit être raisonnable par rapport aux faits punissables »¹⁵⁰³. **Il en serait donc de la juste mesure**¹⁵⁰⁴, **quant à la nécessité du but à atteindre**. Autrement dit, dans le cas d'une atteinte simplement revendiquée par le mourant, le juge, qui serait le plus souvent saisi en

¹⁵⁰⁰ P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, Thémis, Droit Privé, 2001, p. 41.

¹⁵⁰¹ Retenons que selon certains auteurs, le principe de proportionnalité trouverait un fondement, en matière pénale, dans l'article 3 de la CEDH ; voir en ce sens Y. Cartuyvels (ss. dir.), *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 81 s.

¹⁵⁰² *Ibid.*, pp. 81-82, concernant l'applicabilité dès lors la plus générale du principe, y compris aux « sanctions administratives [qui] n'appartiennent pas au « noyau dur » du droit pénal ».

¹⁵⁰³ P. Lewalle, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Larcier, 2008, p. 1078. Sur le principe de proportionnalité, plus particulièrement en matière pénale, voir O. Lecucq, *Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou véritable nome du fond. Réflexions tirées du droit des étrangers*, Congrès de Mexico décembre 2010, Atelier sur le principe de proportionnalité, www.juridicas.unam.mx

¹⁵⁰⁴ Nous renvoyons ici aux développements effectués quant à la notion de *meson* chez Aristote.

référé, se devrait de prendre toute mesure rendue nécessaire au regard de la possibilité d'un préjudice ; et en ce sens apprécier proportionnellement l'atteinte, c'est à dire à la mesure de la sanction possiblement encourue, mais aussi, à la mesure de ce dont la victime pourrait bénéficier en faisant cesser ce qu'elle estime être une atteinte. Ceci nous renvoie donc directement aux hypothèses relatives au refus de se voir administrer tel ou tel traitement. Et en ce sens, l'intervention du juge ne devrait être qu'exceptionnelle, *quasi* accidentelle.

707.- D'ailleurs, de telles observations semblent en effet avoir pénétré les rouages de la loi, attendu que le législateur, mais aussi les praticiens, tant juristes, que médicaux et para médicaux, ont parfaitement assimilé l'état de faiblesse *a priori* des malades mourants¹⁵⁰⁵. Ainsi, nécessité et proportionnalité devraient être sous-entendu comme acquis dans la relation médicale, et relevant d'une mission de contrôle du juge quant à la licéité des actes pratiqués. Ceci étant dit, en admettant cet état comme acquis, présupposant dès lors de l'incapacité du mourant, **nous suggérons certainement quelque peu cyniquement, qu'il y aurait une forme de réappropriation par le corps médical des principes de nécessité et de proportionnalité.** Comprendons que cela se justifierait par anticipation d'une atteinte, en estimant dès lors que, compte tenu de la faiblesse *a priori* du mourant, il serait nécessaire d'intervenir en s'immiscant quelque peu dans son appréciation, en rendant nécessaire de pratiquer tel ou tel acte, tout en se justifiant de la proportionnalité de l'intervention, par l'exigence de la prise en charge, notamment due à la vulnérabilité.

708.- C'est en regardant la *personne* sous ses différents aspects identifiables de mourant, dès lors divisibles à souhait en autant de temps et de critères médicaux, puis légaux, que le corps médical, d'abord, parviendrait à justifier de la nécessité de ses appréciations, comme un juge pourrait justifier de la nécessité de la sanction au regard de la possibilité d'une atteinte. Et en ce sens, les interventions, du médecin notamment, seraient toujours *a priori* proportionnées, et donc insusceptibles d'attiser le doute, tant chez le mourant, présumé faible et le reconnaissant dès lors en confiance, que chez les proches, soit absents, ou le plus souvent désemparés et attentistes. La **présomption de proportionnalité** tiendrait au fait, qu'une fois de plus, les interventions du médecin seraient crues être relatives aux meilleures positions que la science médicale peut appliquer, le médecin, par son langage hermétique, parvenant le plus souvent à

¹⁵⁰⁵ Voir en ce sens l'assimilation consacrée dans la jurisprudence civile, les antécédents de l'état de santé de la personne constituant une cause d'exonération d'indemnisation tant à raison de la solidarité nationale que de la responsabilité civile : C. cass. 1^{ère} civ. 31 mars 2011, *Bull. civ.* 2011, I, n° 69. Les réactions face tant à la loi de 2002 et la jurisprudence *Bianchi* semblent aller en défaveur du patient, *a fortiori* du mourant.

convaincre de la nécessité de son intervention. Il est alors finalement possible d'admettre qu'ici encore, décidément cela semble être récurrent, les critères médicaux s'imposeraient dans la relation médico-légale, au mépris des droits de la *personne*, ou plutôt les faisant être ce qu'ils veulent qu'ils soient, c'est à dire des catégories successives, emboitables indéfiniment, jusqu'à épuiser les hypothèses de l'*existence*, avant toute appréciation de droit. Et de cet *organon* parfaitement artificiel, le droit serait forcé d'admettre l'effectivité, puisque celle-ci se serait imposée de telle sorte que, *positivisme biologique*, et *positivisme juridique* s'accorderaient en acceptant la divisibilité de la *personne*, celle-ci rendue *nécessaire* par son approche strictement empirique, et *proportionnée* aux critères consentis en vue d'en dessiner une image idéale.

709.- Or d'un constat du *possible*, dont il doit être admis que comme tout postulat, il ne devrait être retenu qu'uniquement à l'image d'un *possiblement réalisable*. Toutefois, l'ensemble des acteurs, certainement sous l'inspiration influente du CCNE, en auraient fait tout au contraire une règle générale¹⁵⁰⁶. Il en serait ainsi que chaque mourant serait *a priori* faible, dans la mesure où quelques uns le sont¹⁵⁰⁷. **Pourtant, les principes de *nécessité* et de *proportionnalité* ne pourraient se justifier qu'eu égard au *droit premier de la personne à être libre* ; ils en seraient par là même irréductibles, se limitant à satisfaire une *liberté au moyen de la dignité*¹⁵⁰⁸, lorsqu'exceptionnellement les droits de la *personne* seraient en danger.** Néanmoins, en systématisant les atteintes, sur le fondement de la vulnérabilité incapacitante, il serait nécessaire d'intervenir le plus souvent possible. Ceci se justifierait afin de contrer les éventualités de faire sortir ces atteintes du cadre légal¹⁵⁰⁹, et ainsi d'encourir la sanction d'un juge qui, alors, serait à même d'apprécier l'ineffectivité tant de la nécessité de tel ou tel acte, que l'improbabilité de sa proportionnalité, puisque ne reposant que sur des critères objectivés, bien loin de la première prétention du mourant à vouloir satisfaire sa seule *dignité*, en tant que droit relevant d'une appréciation subjective, par *perception intuitive*. Et ce n'est sans doute pas un hasard si la divisibilité de la personne serait sans cesse accrue, de peur certainement que la perception de celle-ci ne puisse en faire atteindre les limites, et dès lors les entorses intrinsèques.

¹⁵⁰⁶ Le comité serait le traducteur de ce que le peuple attend des institutions politiques.

¹⁵⁰⁷ Il s'agirait encore une fois de l'erreur du *pseudos* platonicien prenant la partie pour le tout et *généricisant* la partie afin de se protéger de toute responsabilité-culpabilité *a priori*. En bornant ainsi l'état du malade mourant, les acteurs de la fin de vie exigent du mourant qu'il soit ce qu'ils en pensent.

¹⁵⁰⁸ L'irréductibilité de la *personne* intégrale suggère que tout ce qui s'y rapporte le soit également. Ce n'est que l'application qui pourra prendre des formes diverses et adaptées. Cela présuppose que la divisibilité *a priori*, même fondée sur le bon sentiment de protection, ne peut répondre à l'exigence d'*unicité*.

¹⁵⁰⁹ Notamment celui de l'art. 16-3 du Code civil.

710.- Plus encore, il s'agirait là de requérir l'application d'un principe de *précaution sanitaire*, sur un plan psychique et psychologique, voir spirituel, et ce en vertu de la *liberté individuelle* de la *personne* à *être*, tout ce qu'elle a été, et tout ce qu'elle est encore jusqu'au dernier moment. Le souci socratique referait surface, dans l'épanouissement de l'éveil à soi, sans que quelque barrière que ce soit ne puisse s'y opposer. Retenons en ce sens un réalisme philosophique, reposant sur des présupposés métaphysiques, subordonnant le droit positif à ne point diviser la *personne* en sous catégories de l'*être*. Contre l'unicité, ce sont les effets d'une taxinomie poussée à l'extrême qui auraient, *a priori*, pour conséquence d'engendrer la cristallisation de la multiplicité des *êtres*, sorte de recombinaison des *différents états* de la *personne* une. Le mourant serait à la fois patient, malade, atteint de telle ou telle pathologie, dont le pronostic vital serait engagé à raison de tel ou tel délai, répondant aux critères de telle ou telle religion, n'ayant pas de personne de confiance désignée, *etc.* En ce sens, à chaque état pourrait correspondre une atteinte légale, nécessaire et proportionnée. Plus rien ne saurait préserver la *personne*, puisqu'il s'agirait d'une recombinaison justifiée de celle-ci, sous le couvert du concept rassurant de *mourant*, procédant d'une éthique légalisée.

Paragraphe.II. Législation *bioéthique* limitative

711.- Les **interprétations contemporaines d'une certaine éthique** ont pu avoir pour conséquences de diviser la *personne*, non plus pensée en tant qu'**artisan** de sa vie, mais plutôt comme **figurant** d'une existence admise. La *personne* est individualisée. Et cet individualisme porté au rang des principes fondateurs de la reconnaissance des droits, individuels, de la *personne*, garantirait la part de chacun à jouir des droits en questions. La contrepartie d'une éthique individualisée de la fin de vie devrait être un traitement singulier de chacun. Cependant, il apparaît que la loi ne garantirait pas une approche de l'individu-personne, d'un sujet de droit qui ferait sa vie, mais plutôt celle d'un mourant objet de droit, construisant sa vie en obéissant à la part qui lui est accordée par la loi.

712.- Le législateur, dans une certaine mesure apparente, se référerait au respect de l'unité de la *personne*-sujet de droit sous l'égide des avis du CCNE¹⁵¹⁰ dont il requiert fréquemment l'intervention, avant de *faire la loi*. Néanmoins, la traduction en droit positif n'aurait de cesse que d'engendrer la division. L'éthique moderne de l'*être* entend laisser la *personne* recomposer elle-même sa singularité, au nom du principe de l'autonomie de la volonté. Le mourant, *a priori* libre, jusqu'à pourtant être déclaré, par le médecin, incapable d'exprimer sa volonté, aurait la charge d'identifier son unité aux moyens des sous parties de son *être*, identifiées par le législateur, permettant de garantir son existence dans « toutes ses composantes »¹⁵¹¹. Une trop grande immixtion procéderait d'une certaine philosophie toute à la fois phénoménologiste et nominaliste, empirique et nihiliste, ayant pour conséquence une approche de l'*être* en tant que divisible et recomposable *quasi* arithmétiquement. Entrer en soins palliatifs ne serait possible qu'à la condition que le médecin évalue le mourant comme répondant à des critères *a priori*, standardisés, de souffrance par exemple, ou encore d'incurabilité, aux termes des dispositions de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique renvoyant alors la décision de conformité de l'article L. 1110-10 du même code.

713.- Or, c'est de l'état d'être de la *personne* dont il s'agit, et surtout d'un état d'*être* aux dernières lignes de sa vie. Il convient de comprendre que les choix de la *personne* ne pourraient en ces instants n'être guidés autrement que par sa conscience éclairée, sous entendu conformément aux prescriptions que la loi impose. Toutefois, dès lors que la loi impose une trop lourde explicitation des conditions du respect, celui-ci se fait plus lointain dans l'effectivité de son interprétation au regard de l'aspect le plus existentiel et essentiel qu'est le plan, tout au moins moral, de la *personne*. Nous suggérons dès lors ici qu'il existerait là les méfaits d'un subjectivisme philosophique d'inspiration kantienne, séparant strictement le plan moral du plan juridique, réservant le premier au seul tribunal individuel¹⁵¹². Et, contre

¹⁵¹⁰ Voir en ce sens l'avis n° 63 du comité, préc. Le comité précise que « Performante, la technique est aussi, par essence, impersonnelle. Par ailleurs, elle se fragmente et fragmente qui elle touche, elle multiplie sans cesse les réseaux de ses pouvoirs en spécialités, appareils et produits de plus en plus divers et sophistiqués, morcelant l'unité de la personne prise en charge et la transformant plus que jamais en patient. »

¹⁵¹¹ C'est en reconnaissant à la *personne* sa capacité à être ceci ou cela que le législateur divise la personne en autant de critères existentiels que de principes. C'est ce que l'on peut voir lorsque le comité avance que « la personne arrivée au terme de sa vie, malgré son extrême fragilité et sa vulnérabilité, surtout à cause d'elles, doit être respectée dans son autonomie et sa dignité. » ; CCNE, avis n° 63, *Avis sur Fin de vie, arrêt de vie et euthanasie.*, préc. La bonne intention de rappeler la nécessité de respecter *dignité* et *autonomie* se diluerait immédiatement lorsqu'elle serait nuancée en raison de sa mise en perspective à la lumière de la *vulnérabilité* et de la *fragilité*. Nul n'est sensé être implacablement *vulnérable* et *fragile* au crépuscule de sa vie. Cette généralisation obligerait les personnels soignants à adopter un comportement systématique là même où la singularité exigerait une attention *quasi* méditative quant à celui qui meurt.

¹⁵¹² Voir en ce sens S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et responsabilité juridique chez Kant*, op. cit.

tout idéalisme voulant systématiser l'éthique de l'être, par la loi, il existe une toute autre approche, qui, sans nier la nécessité d'un droit positif, s'inspire, avant de lui offrir ses travaux, du réalisme de la chose, en tant que *donné irréductible*.

Paragraphe.III. Réalisme et pensée d'une responsabilité sous-jacente.

714.- Si le droit, et le politique qui s'assure de son respect, mais plus encore le juge qui l'applique, ne peuvent apprécier la pertinence d'une sanction morale que la *personne* s'impose, il s'avérerait être nécessaire de garantir la possibilité de voir respecter les prétentions du mourant par le moyen de la règle de droit. Cette dernière ne serait plus une simple fin, un aboutissement en vue de respecter la *personne*-individu-mourante, mais un moyen désincarné, *substantifiquement* onto-axiologique, de telle sorte que seul le principe demeure, et que le juge interprète la règle positivement, en regardant la *personne* intégrale et non ce qu'elle *est* par ce qu'elle *vit* au jour de sa vie¹⁵¹³. Ici, la séparation stricte entre tribunal de *l'être* par *l'être*, et tribunal de *l'être personne-sujet de droit* apprécié de l'extérieur, apparaît non seulement superflue, mais plus encore dangereuse. Car dès lors que l'institution publique de santé accueillant le mourant se cantonne, comme elle l'est obligée légalement à le faire, de se charger de soulager les maux du physique¹⁵¹⁴, l'aspect le plus invisible, indicible, et dès lors essentiel de la *personne*, se voit être négligé au détriment du « sujet radicalement différent et réfractaire à toute assimilation à un statut commun et abstrait. »¹⁵¹⁵. Rappelons une fois de plus que le plus réfractaire aux possibilités métaphysiques d'une vie *pré-existentielle* ainsi que *post-existentielle* n'est pas exempt de souffrir de l'idée de mort qui s'imposerait à lui, notamment par le dépérissement de son corps et de son existence, en général en raison d'un rationalisme nihiliste. Ainsi, la divisibilité de la personne en critères d'appartenance à *l'être* ne pourrait qu'engendrer la divisibilité de *l'être* lui-même.

¹⁵¹³ Sur l'interprétation nous renvoyons à O. A. Ghirardi, *Le raisonnement judiciaire*, op. cit.

¹⁵¹⁴ Selon une conception médicale et para médicale qui privilégierait le fait d'*avoir* de l'éthique et non *être* digne par le fait de respecter une éthique qui est, avant tout ; une dignité avant la naissance. Sur cette distinction, voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit. p. 214.

¹⁵¹⁵ *Ibid*, p. 215.

715.- Le droit relationnel et médiatique¹⁵¹⁶ devrait en cela protéger la personne. Celle du mourant, mais aussi celle du médecin, et enfin celle de la famille. La loi y invite et le Code de la santé publique y fait référence en rappelant que chacun a droit à être *soutenu*. C'est l'objectif premier de la création des services de soins palliatifs, ce qui fut le fruit d'une maturation ayant pour aboutissement la loi du 9 juin 1999.

716.- La mourant, d'abord, par l'ensemble des acteurs médicaux et para médicaux, professionnels de santé ; puis la famille, par l'assistance des personnels soignants qui reçoivent notamment le mourant dans les unités de soins palliatifs ; et enfin le médecin, et plus largement les professionnels de santé, par la collégialité dont ils bénéficient dans les décisions cruciales qu'ils doivent prendre. Cependant, les cas de dépassement ne sont pas rares même si rares sont quant à elles les procédures intentées pour des atteintes sur la *personne-mourante*. Et la raison en serait peut-être une difficulté réciproque à se faire connaître. La capacité à communiquer serait affectée d'une contrariété *a priori* dans la mesure où les institutions et la loi, en tant qu'objets d'abstraction communicationnelle, dessineraient une distance entre les acteurs. **C'est dans l'invisible d'une telle orientation que se dégagerait tout un contentieux qui n'émergerait pas dans les tribunaux, mais imperceptiblement, et de fait, le plus souvent sans que les acteurs ne le voient. L'observateur extérieur que serait le philosophe du droit se devrait de répondre à ces conflits par la loi, en tentant « de faire reculer l'injustice. »¹⁵¹⁷ de toute une division du mourant, en autant de catégories que la raison ne peut en dénombrer.**

Conclusion de la Première Partie

717.- Il s'agirait alors de dénoncer la responsabilité des uns et des autres ; responsabilité passive lorsque les acteurs ne sont responsables qu'indirects et inconscients de leurs maux¹⁵¹⁸,

¹⁵¹⁶ Si une certaine philosophie réaliste emploie une méthodologie discursive avant tout dialectique, c'est afin de faire émerger en *idées* les contraires qui s'harmonisent. Le droit qui en actualiserait les termes, se devrait d'être nécessairement synthétique en son rôle médiateur. C'est l'idée même du droit chez Aristote qui en fait un *meson*. Il serait l'outil permettant le dépassement du discours qui *divise* artificiellement l'unité pour la rendre plus accessible à l'intellection *rationalisante*. Il *ré-unifierait* en ce sens les termes contraires, à l'image de ce qu'ils sont, déjà *un* et indivisibles dans l'ordre métaphysique que le langage philosophique entendait viser.

¹⁵¹⁷ J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 216

¹⁵¹⁸ Droit-liberté du refus que quelque chose soit fait sur soi par un tiers ; voir Dr Rameix, in *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, préc.

ou responsabilité active lorsque les maux du mourant procèdent d'une injonction à agir¹⁵¹⁹, là où les institutions, qui en sont le plus souvent les auteurs, ne devraient être là, *a priori*, que pour assurer le maintien communicationnel entre les acteurs. Le lien de l'intelligence institutionnelle, celui des comités, des agents de service public, de tous les professionnels de santé, serait destiné à pacifier une situation déjà rendue complexe, et non pas fragilisante, par la mort qui, en elle-même, crée psychologiquement des barrières. Or aucune barrière n'étant infranchissable, la mort elle-même ne peut en tant qu'*idée* saisie par la conscience la plus ultime, se suffire à être recalée au rang des idées à venir, pré conceptualisée derrière le terme de mourant.

718.- Le futur ne pourrait opposer la question d'une satisfaction immédiate. Non pas une satisfaction hétéronome et égocentrée. Il s'agirait d'une toute autre satisfaction, que seul l'accomplissement d'un soi métaphysiquement existant, pré existant à toute forme de volonté propre, peut *engendrer*. Le mourant, seul, en tant que *personne*, soutenu pourquoi pas par la personne de confiance, parce qu'elle l'aime, pourrait connaître cet indicible que l'interrogation de son *âme* philosophique entend chercher le plus souvent dans les artefacts qui lui sont proposés, et que parfois il s'impose, faute de mieux. La loi serait limitatrice.

719.- **C'est en ce sens que la mort devrait être déjà méditée**, avant l'immédiat de l'état de mourant, par tous et chacun, y compris médecins et juristes, dans une perspective réhabilitant la *personne* responsable, et non plus coupable de ses choix. Ainsi, d'un rien idéaliste, le mourant serait en réalité déjà tout, et devenir mourant ne signifierait rien, ou plutôt présumerait, sans qu'il n'y ait d'effectivité *a priori* en droit, que cela ne soit qu'un état de la *personne*, et que seule celle-ci suffise déjà à réveiller l'intégralité de l'arsenal des droits écrits et non écrits. Et la responsabilité incombant aux protagonistes serait en ce sens avant tout morale.

720.- Car c'est bien de responsabilité dont il s'agit, lorsque le médecin, mais aussi le mourant, par le fait le plus souvent de la loi, se causent mutuellement du tort, lorsqu'ils agissent *subjectivement*. La subjectivité du médecin s'exprimerait par les comportements culturellement et scientifiquement justifiés, et que le législateur et le juge le cas échéant saisi soutiendraient le plus souvent ; par une approche pragmatique et nihiliste, culpabilisant le

¹⁵¹⁹ Droit-créance du Dr Rameix, in *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, préc.

mourant qui, par *a priori* empathique, ne comprendrait pas son intérêt à le suivre. Quant à la subjectivité du mourant, elle n'en serait pas moins responsable, lorsqu'il agirait comme envoûté par la bonne *inconscience collective*¹⁵²⁰.

721.- Dès lors, si le juge ne s'exprime pas, ou peu, parce qu'il semble qu'un trop faible nombre d'individus soient conscients des enjeux du « laisser définir l'existence », le philosophe du droit quant à lui *le doit*, pour la *justice*, conscient que la conceptualisation du mourant peut représenter un très fort danger, si elle n'est pas élevée à sa source, par l'apport d'un langage métaphysique, qui pourra par la suite se dissoudre dans celui du droit positif.

¹⁵²⁰ En écho à *l'inconscient collectif* chez Jung.

**« Lasciate ogne speranza
Voi ch'intrate. »¹⁵²¹**

¹⁵²¹ « Vous qui entrez, abandonnez toute espérance ». Dante Alighieri, *La Divine Comédie, L'Enfer*, Chant III.

Deuxième partie. Mourir sous condition potestative ?

722.- Considérant que la *personne* du malade est divisible, afin de lui garantir des droits spécifiques, de telle sorte que le mourant soit un concept particularisant l'applicabilité de la personnalité juridique du sujet de droit, le droit des contrats, qui en permettrait l'applicabilité pratique, serait nécessairement affecté d'une pareille théorisation. Sans permettre réellement à la personne de dire ce qu'elle est, la contractualisation des rapports que le mourant noue avec l'établissement public de santé, dont les personnels soignants et médecins en particulier représentent l'intégrité de la mission de service publique, supposerait une plus grande protection des conditions de la mort, avant, pendant et après son avènement. Pourtant, l'idéation légale des critères existentiels de la *personne*, par la conceptualisation de ses modalités à être digne, aurait créé le terreau d'une systématisation des conditions contractuelles de l'exécution des obligations des médecins en particulier. C'est en ce sens que l'uniformisation des droits se rapportant au mourant devrait permettre de préserver celui-ci des excès d'interprétation des personnels soignants, ainsi que des subjectivismes idéalisant de « belle mort » des mourants eux-même. Or, si la divisibilité de la *personne* lui est dommageable dans l'émergence d'un droit cohérent, *a priori* à la survenue de l'état de mourant, elle lui serait tout autant lorsqu'il s'agirait de produire les conditions de garantie de ses droits appliqués. Le contrat hospitalier de soins, dont il s'agira de déterminer la nature, porterait en lui l'échec de la contractualisation du vivant, et du mourant (**Titre.I.**). C'est en ce sens que la responsabilité des médecins serait extrêmement difficile à mettre en exergue tant, en réalité, non seulement la loi n'aurait pas permis de clarifier les causes de celle-ci, mais au surplus aurait eu pour conséquence de se protéger elle-même, en renforçant les critères d'émergence d'une responsabilité devenue indemnisation (**Titre.II.**). Dès lors plus rien ne semblerait pouvoir s'opposer à l'arbitraire médical, loin de toute prétention légale, ne demeurant qu'autant d'ambitions déclaratives apparentes, masquant en réalité l'incapacité de la loi à résoudre l'insoluble *indignité du mourir*, germant sur ses propres terres (**Titre.III.**).

Titre.I. La mise en échec programmée de la contractualisation du vivant

723.- Le contrat devrait être le meilleur moyen de traduire le plus exactement possible la loi dans une relation synallagmatique, et ainsi de faire le mieux respecter les droits de la personne. Car faire respecter le contrat présupposerait d'abord de faire respecter la personne, comme premier principe d'interprétation de la règle. C'est en ce sens même que la Cour de cassation a entendu faire émerger la nécessité de la contractualisation de la relation médicale dans son célèbre arrêt *Mercier*. Toutefois, afin de permettre au contrat de reposer sur des fondements solides, la Cour a exigé du médecin qu'il respecte des obligations inhérentes à son statut, à l'exercice même de l'art médical. Avant la création du code de déontologie, l'arrêt *Teyssier* exigea du médecin qu'il informe correctement le patient. L'émergence des fondements de la responsabilité des professionnels de santé s'appuie donc sur la production d'une jurisprudence qui reposerait elle-même avant tout sur des présupposés déontologiques, philosophiques de nature morale (**Chapitre.I.**). Partant d'obligations sous-jacentes à l'exercice de l'art médical, le juge a pu déduire ce qui fait la responsabilité des professionnels de santé, et la contractualisation de la santé aurait ainsi progressivement pu se dégager des tourments de l'incertitude. Car, le XXème siècle a connu de profonds bouleversements technologiques, et notamment dans le monde médical, ayant principalement pour conséquence de modifier la perception du rapport à la vie, à l'existence, rendant extrêmement complexe l'émergence de l'uniformisation d'un contrat de droit hospitalier (**Chapitre.II.**). Il s'agirait dès lors de la manifestation la plus explicite de l'éclatement du concept de mourant, de la divisibilité de la *personne*, supposant que ce contrat serait entre droit privé et droit public ; la *summa divisio* étant elle-même mise à l'épreuve de la *bioéthique* désireuse de réunifier des matières éparpillées, entre juridique et médical, philosophique et scientifique. L'interdépendance de la technologie et du vivant aurait eu, en ce sens, pour conséquence majeure, de privilégier la part responsable du médecin (**Chapitre.III.**), détenteur *a priori* d'un savoir de plus en plus élaboré, atomisant le vivant, arc-boutant les obligations aux exigences de la science médicale, permettant de croire encore aux chimères de l'immortalité physique.

Chapitre.I. Aux fondements de la responsabilité des professionnels de santé du fait de l'exercice de leur art dans l'accompagnement à la mort

724.- Après un bref aperçu théorique des fondements de la responsabilité médicale pure (**Section.I.**), il s'agira de considérer les racines de la responsabilité moderne, pratique, du fait de la santé, dans une philosophie juridico-politique des Lumières (**Section.II.**), caractérisée par une approche subjectiviste de la notion de responsabilité (**Section.III.**).

Section.I. Propos préliminaires sur la responsabilité en matière santé

725.- La responsabilité du médecin était déjà normée au code d'Hammourabi qui comportait 282 dispositions parmi lesquelles la règle 218 prévoyant que « si un médecin incisant un abcès perd son malade ou l'œil de son malade, on lui coupera la main »¹⁵²². Au cours des millénaires qui nous séparent de cet *antique code civil*, les médecins furent tour à tour sous le coup d'une immunité totale ou au contraire sujets à de minutieuses recherches d'une possible responsabilité¹⁵²³. Les temps modernes vont être marqués par le passage d'une responsabilité délictuelle à une responsabilité contractuelle¹⁵²⁴. Il s'agirait du passage d'une responsabilité préventive, résultant d'une présomption de la *personne* craignant intrinsèquement la loi ; à une responsabilité préventive craignant elle-même les débordements de la *personne*¹⁵²⁵, et cristallisant les rapports d'échanges de nature juridique dans des obligations contractuelles¹⁵²⁶.

¹⁵²² Voir V. Scheil, *La Loi de Hammourabi, vers 2000 av. J-C*, op. cit.

¹⁵²³ Voir pour une étude historique approfondie de la responsabilité, M. Boulet-Sautel et al, *La responsabilité à travers les âges*, préf. J. Imbert, Economica, 1989. Pour une approche philosophique, voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, op. cit. ; ou encore M. Villey, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Arch. Ph. Droit.*, T. 22, 1977, pp. 45 s.

¹⁵²⁴ Notons que ce passage se fit par le contrôle du juge de la Cour de cassation à l'occasion de sa jurisprudence *Mercier* de 1936, préc. ; s'agirait-il d'un droit prétorien ? Voir sur la question de la responsabilité civile en particulier comme fondement de la responsabilité en général, Ph. Le Tourneau, *Rép. Civ. Dalloz*, V « Responsabilité en général », 2002 ; *La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal ?*, dans (Collectif) *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?* PU Toulouse 1, 2006.

¹⁵²⁵ Le contrat en tant qu'acte voué à prévenir des risques liés à la subjectivité des hommes ; voir en ce sens G. Ripert, *La règle morale*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n° 84. : « Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir ».

¹⁵²⁶ Voir en ce sens Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 2-3.

726.- Désormais, tout le droit de la responsabilité médicale serait dépendant des obligations réciproques des médecins et patients. Dès lors il n'existerait ni de régime général ni de régime spécial de la responsabilité des professionnels de santé du fait de l'accompagnement des *personnes* en fin de vie. Il s'agirait donc de déduire une responsabilité spéciale, adaptable et modulable au grès des cas d'espèce, à partir des obligations à la fois déontologiques et contractuelles incombant successivement aux praticiens et aux établissements publics de santé, et plus largement à tout les professionnels de santé¹⁵²⁷.

727.- Les seules causes opposant une responsabilité générale aux médecins demeureront, d'une part, celles de nature pénales, lorsque le médecin causera un préjudice à l'occasion ou non d'un dépassement strict de ses fonctions, pour autant toujours dans l'exercice de celles-ci ; il s'agira de causes relevant d'atteintes à l'ordre public. Et, d'autre part, dans le prolongement des droits de la *personne* face aux causes d'ordre public, il s'agira d'interroger la responsabilité administrative des établissements publics de santé, qui, quant à elle, sera considérée à la lumière de l'exercice des praticiens ; ainsi, en apparence, le médecin serait exclu d'une telle hypothèse, toutefois, l'autorité administrative est compétente à contrôler les actes des médecins hospitalier, au regard d'une procédure disciplinaire, comme fondatrice des nouvelles conceptions d'une responsabilité *déresponsabilisée*¹⁵²⁸.

728.- Pour finir ce bref aperçu très général, attachons-nous à questionner les cas de responsabilité sans faute, lorsque seul l'aléa thérapeutique peut être relevé, le médecin n'étant plus celui qui est représenté par l'*indemnisation* opérée par l'établissement pour le compte duquel il agit, ou bien encore celui qui fait amende honorable de sa faute, mais l'outil d'un système d'indemnisation, dont l'Etat seul doit répondre par l'intermédiaire des institutions hospitalières. Cette hypothèse serait celle de la loi du 4 mars 2002 qui a entendu en limiter la portée¹⁵²⁹. Cependant, en pratique les tribunaux restent libres quant à leurs appréciations¹⁵³⁰.

¹⁵²⁷ La responsabilité du médecin demeure déontologique en premier, puis civile par exception, et enfin pénale dans les cas d'atteinte graves à la personne. Cependant il faut préciser que c'est l'établissement de santé qui le plus souvent devra supporter la responsabilité du fait de l'accomplissement des fonctions du médecin, et plus largement des personnels de santé, rompant avec la traditionnelle conception de la faute personnelle.

¹⁵²⁸ Voir en ce sens notamment S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, op. cit., *passim*.

¹⁵²⁹ Voir art. L. 1142-1 I du Code de la santé publique.

¹⁵³⁰ Les juges administratifs ne semblent pas disposés à abandonner la responsabilité sans faute. Voir en ce sens CE. 5^{ème} et 4^{ème} Ss-Sect. réunies, 12 mars 2012, *Centre hospitalier universitaire de Besançon*, F. Vialla, *Précisions quant à la responsabilité du fait des produits défectueux*, Revue Droit et Santé n° 48, juillet 2012.

Le droit des établissements publics de santé sera le droit hospitalier auquel les malades mourant seraient par hypothèse parfaitement étrangers. Pourtant les mourants devraient indirectement répondre de leur statut d'*usager consommateur de service public*, par l'effet d'une standardisation de la santé. C'est sous l'égide d'une rationalisation des politiques de santé publique, ayant pour conséquence de sceller les dits statuts des mourants, dans une parfaite bipolarité juridique, entre droit privé et droit public, que le mourant serait tout à la fois usager protégé des risques médicaux, et consommateur exposé aux aléas d'une *biotechnologisation* médicale se pensant omnipotente.

Section.II. La question de la responsabilité du fait de la santé¹⁵³¹

729.- Elle serait au cœur de toute interrogation du juriste, quant aux relations que les personnes peuvent nouer dans une société donnée. Savoir qui est responsable, à savoir qui est désigné dans « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaire, *etc.* »¹⁵³², interroge les juristes dans une perspective destinée à dire ce que serait le rôle du droit dans une société observée, et plus largement dans la *société des hommes*.

730.- La *personne* serait en cela l'acteur, *zoôn politikon aristotélien*, d'un système normatif dont l'objet serait de ne point laisser l'injustice s'imposer dans les échanges¹⁵³³, quelque soit leur nature. Un des problèmes majeurs résiderait dans le souci de rétablir l'équilibre antérieur au dommage, souci sous-jacent à toute mise en cause de la responsabilité. C'est ce que semble exiger l'équité aristotélienne ; cependant force est de constater que le doute résisterait lorsqu'il s'agirait de la santé d'une *personne*, *a fortiori* lorsque celle-ci serait mourante, qui plus est si celle-ci a succombé.

¹⁵³¹ Notons une fois de plus la nécessité de faire état des jurisprudences civiles, les détachant de leur caractère privatiste dans les faits, afin uniquement de se concentrer sur le raisonnement adopté par le juge qui ne saurait quant à lui appartenir à une telle ou telle autre branche du droit. Si les juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ne se distinguent plus réellement c'est en raison de la communauté de textes sur les lesquels il semblent obligés de se fonder.

¹⁵³² G. Cornu et al., *Vocabulaire juridique*, op. cit, V° « Responsabilité », I.

¹⁵³³ Pour aller plus loin sur l'injustice dans les échanges entre les hommes, il serait bon de renvoyer à la notion d'équité. Ainsi il conviendrait de faire état de la nécessité pour le juge, à défaut d'un texte de référence de juger en équité. Cela renvoie directement à la notion d'équité chez Aristote, *epieikeia*, « servant de supplément et de dernière perfection aux lois » : Aristote, *Rhétoriques* ; L. I, chap. 13. ; voir en ce sens C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000 ; ou encore, J.-M. Trigeaud, *Eléments d'une philosophie politique*, op. cit, p. 55.

731.- La transmissibilité¹⁵³⁴ de l'action¹⁵³⁵ permettrait en quelque sorte de sauvegarder le principe, même si la « consolation » semble dérisoire. Toutefois, nous entendrons ici la responsabilité sous l'angle de l'*esprit qui anime* l'article 1382 du Code civil¹⁵³⁶ à savoir que le rapport entre deux personnes s'est tissé autour d'un fait dommageable¹⁵³⁷, pour l'un, et d'implication blâmable¹⁵³⁸ au dommage, pour l'autre¹⁵³⁹. Cependant seul l'esprit demeurerait¹⁵⁴⁰, attendu que, désormais, le fondement légal ne saurait suffire¹⁵⁴¹ et les fondements de l'acte juridique viendraient s'y superposer afin de primer dans la relation scellée par le contrat¹⁵⁴².

732.- La relation médecin-mourant, a priori extra-contractuelle au sein de l'établissement public de santé, exigerait qu'il y ait en réalité une *confiance* ultime de la part de ce dernier, dans la mesure où il sait que *ce qui fait sa vie* est entre les mains du premier. L'obligation de soins ayant été poussée aux grès des évolutions *biotechnologiques*, le médecin

¹⁵³⁴ Notons que la transmissibilité de l'action est un acquis d'abord jurisprudentiel : CE. sect. 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, préc. ; voir aussi CE 27 octobre 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, AJDA 2001, p. 394, concl. Chauvaux, LPA, 2001, n° 132, p. 19, note C. Guettier ; D. 2002, somm. p. 448, obs. P. Bon et D. de Béchillon, préc. ; et CE. 15 janvier 2001, *Assistance publique Hôpitaux de Paris*, RCA 2002, comm. n° 3, note C. Guettier. A compter de ce jour, le Conseil d'Etat s'aligne sur la jurisprudence bien antérieure de la Cour de cassation : C. cass. ch. mixte, 30 avril 1976, *Epx Wattelet c/ Petitcorps et Cts Goubeaux c/ Alizan*, préc.

¹⁵³⁵ Le contenu des droits transmis aux ayants cause et ayants droit est déterminé par l'étendue des droits de leur auteur. Neuf articles du Code de la santé publique fixent les droits de la victime directe de l'accident médical et visent, lorsqu'elle est décédée, les ayants droit habilités à agir ; il s'agit des articles L. 1142-1 II, L. 1142-4 al. 1, L. 1142-7 al. 1, L. 1142-14 al. 1, L. 1142-15, *in fine* L. 1142-17 al. 1 et 2, L. 1142-17-1, L. 1142-19, L. 1142-21 al. 2 du Code de la santé publique. Nous reviendrons sur ces précisions lorsqu'il s'agira de traiter de la réparation.

¹⁵³⁶ L'article 1382 serait en ce sens à compléter par l'article 1383 du Code civil car ils suffiraient tous deux à « protéger les victimes de quelque dommage que ce soit, y compris les plus inédits suscités par les techniques, en attendant une éventuelle intervention législative » : Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 13. Voir en complément notamment Ch. Radé, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, chron. 301.

¹⁵³⁷ Le critère objectif.

¹⁵³⁸ Le critère subjectif qui serait l'essentiel de la conception de la responsabilité civile des créateurs du Code civil.

¹⁵³⁹ Il s'agit de l'existence d'un fait juridique par opposition à l'existence d'un acte juridique déclenchant ainsi l'application d'une norme légale, en l'espèce ce pourrait être l'article 1382 du Code civil.

¹⁵⁴⁰ Celui qui exige un lien de causalité qui perdure même lorsque la responsabilité est sans faute, fondée sur le seul risque de la réalisation d'une faute ; voir en ce sens CE. 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. 126, concl. Daël ; RFDA 1993.573. concl. Daël ; AJ 1993-344. chr. Maugué et Touvet ; D. 1994.S.C.65, obs. Bon et Terneyre ; JCP 1993.II.22061, note Moreau ; RDP 1993.1099, note Paillet, RA 1993.561, note Fraissex.

¹⁵⁴¹ Il s'agit du basculement vers une responsabilité contractuelle marquant la rupture avec toute une philosophie de la responsabilité médicale délictuelle et quasi délictuelle ayant fait ses premières armes en entrant dans la jurisprudence en 1835. Le débat ne passionna les juristes qu'au début du XX^{ème} siècle pour atteindre son paroxysme avec l'arrêt *Mercier* de 1936. Voir en ce sens G. Mémeteau, *Traité de la responsabilité médicale*, Les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1996, *passim*.

¹⁵⁴² Le contrat hospitalier de soins. Voir B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., p. 72.

serait progressivement devenu le mécanicien de Descartes¹⁵⁴³. Il n'y aurait pas de *liberté* en quelque sorte *a priori*, car le médecin aurait une emprise sur les modalités d'expression existentielles de la *personne* en tant que malade et mourante, ce que nous ne faisons que rappeler ici.

733.- Et, selon l'état d'esprit jusqu'alors suivi dans la présente étude, rappelons également que la *liberté* serait en réalité un *généricisme*, formulé en une diversité d'espèces, permettant au mourant de se délier de tout subjectivisme : comprenons de *devenir libre*¹⁵⁴⁴. C'est ce qui justifierait qu'une incapacité présumée de la *personne* mourante à s'autodéterminer¹⁵⁴⁵ soit admise, et en ce sens justifie les fondements du rapport synallagmatique unissant, *en apparence, et peut-être finalement en réalité*, le mourant et le médecin. Pourtant ceci ne pourrait résumer cette relation. Les seules classifications de genre sembleraient bien trop réductrices pour embrasser toute la condition du mourant, et avant lui le sujet de droit, et avant lui la personne humaine, et avant elle la *personne*, et avant elle l'irréductibilité la plus ultime qui fait *être* la *personne*. Considérons qu'admettre que le subjectivisme de la *personne* mourante ne puisse constituer qu'un seul danger pour elle, correspondrait au risque d'une pensée *totalitariste*. Pourrions-nous considérer cela dans une démarche de recherche lorsque l'intuition nous guide¹⁵⁴⁶ ? Que serions-nous sans cette part de subjectivité qui a conduit à de géniales intuitions ayant fait évoluer l'homme par delà les âges ? Reconnaître la dépendance de l'homme à la seule loi en reviendrait à nier la *personne* elle-même. La dépendance ne pourrait donc être absolue, et, que ce soit l'autonomie de la volonté des idéalistes, ou encore l'autonomie de la volonté des réalistes contre tout idéalisme, il s'agirait de conserver l'expression de la *liberté* du mourant à déterminer ce qu'il *veut* pour sa vie, jusqu'à la fin. Or, de toute relation contractuelle semblerait procéder un consensualisme niant originellement toute autonomie. Le contrat serait par définition attentatoire à la liberté individuelle. Et en ce sens, tous les effets nés d'une relation,

¹⁵⁴³ Voir Descartes, *Lettre au Marquis de Newcastle* du 23 novembre 1646 : Descartes estime que le corps est « une machine qui se remue de soi-même ». Cette formule pourrait bien résumer sa position sur la nature des organismes vivants. L'homme y compris serait donc corporellement tout au moins *rationalisable* de telle sorte que la médecine moderne trouverait à se justifier dans pareille conception. Le dualisme cartésien opposerait ici une première limite à la *liberté* du *sujet*.

¹⁵⁴⁴ En ce sens, « la responsabilité subjective, liée qu'elle est à la liberté, facilite[rait] l'esprit d'initiative et pousse[rait] à l'action. » : Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 12.

¹⁵⁴⁵ Elle ne déduirait sa liberté que grâce au droit qui lui dit ce que c'est que d'être libre.

¹⁵⁴⁶ Ne sommes-nous pas d'ailleurs dans ces moments de recherches soumis aux mêmes affres du doute et de la fragilité que le mourant aux portes de sa vie ?

quelqu'elle soit, en matière de santé, pourraient suggérer une opposabilité en raison de l'inéquité qui en résulterait.

734.- C'est en ce sens que toute orientation médicale pourrait se voir opposée aux professionnels de santé, à raison de leurs pratiques. Il s'agirait alors d'identifier une responsabilité. Et si la responsabilité n'est que peu soulevée devant les tribunaux, cela ne justifie pas le fait d'ignorer une responsabilité de droit, avant même qu'elle ne soit relevée, identifiée et même conscientisée chez les acteurs de l'établissement public de santé. Ainsi, les professionnels de santé s'exposeraient dès lors qu'ils accompliraient les actes nécessaires à l'accompagnement à la mort ; que ces actes soient à visée thérapeutique, ou non, médicaux ou paramédicaux, de diagnostic ou de pronostic.

735.- Au XIXe siècle la responsabilité des médecins était exclusivement délictuelle, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil, et nécessitait la preuve d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre le dommage et la faute¹⁵⁴⁷. Ce n'est qu'en 1936 que, dans l'arrêt *Mercier*¹⁵⁴⁸, la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel : « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ». La faute du médecin est exigée relativement à une obligation de moyen, et la charge de la preuve incombe alors au patient¹⁵⁴⁹.

736.- C'est la jurisprudence administrative qui a donné le coup d'envoi d'un élargissement de la responsabilité médicale, en abandonnant d'abord la condition de la faute lourde, dont dépendaient « tous les actes dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et

¹⁵⁴⁷ « Le médecin ne reconnaît pour juge, après Dieu, que ses pairs et n'accepte point d'autre responsabilité que celle, toute morale de sa conscience... ». Telle fut la réponse de l'Académie de médecine et de chirurgie adressée au président du tribunal de Domfront en 1829. Ce n'est que le 18 juin 1835 que la Cour de cassation reconnaît la condamnation d'un médecin ; C. cass. 18 juin 1835, *Thouret-Noroy*, préc. : la Cour engage la responsabilité civile délictuelle du médecin pour faute « crasse ».

¹⁵⁴⁸ C. cass. civ. 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. Epx Mercier*, DP 1936, 1. 88. concl. Matter, rapport Josserand, note E. P., S. 1937. 1. 321, note Breton, *Gaz Pal.* 1936. 2. 41, préc..

¹⁵⁴⁹ Voir notamment M. Gobert, *L'aléa thérapeutique en droit civil*, in *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, *Droit sanitaire et social*, 1995, pp. 9 s. spéc. p. 12. sur l'obligation de moyen engageant la charge de la preuve au patient.

requiert des connaissances spéciales acquises au prix d'études prolongées ». ¹⁵⁵⁰ L'abandon de celle-ci fut d'abord comprise pour les actes médicaux et chirurgicaux ¹⁵⁵¹. Puis très rapidement l'élargissement en faveur de l'indemnisation de la victime fut total, dans l'arrêt *Bianchi* rendu par le Conseil d'Etat le 9 avril 1993 ¹⁵⁵², et reconnaissant la possibilité d'une responsabilité sans faute : « Même si aucune faute ne peut être relevée lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle, et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité. » La Cour de cassation ne suivit pas tout de suite l'*esprit* du juge du Conseil d'Etat ¹⁵⁵³, et maintint l'exigence de la faute ¹⁵⁵⁴ en suspendant tout de même la responsabilité du médecin à l'exigence de l'information du patient quant aux risques exceptionnels liés à une intervention ¹⁵⁵⁵, suggérant que le risque, qui n'est pas un fait dommageable, en apparence, puisse suffire à constituer un préjudice.

737.- Il s'agirait donc d'une reconnaissance la plus largement admissible de la possibilité de l'indemnisation des malades. En apparence, l'intention serait parfaitement louable et ressemblerait à la justice commutative de Platon ¹⁵⁵⁶ de telle sorte que nulle victime n'ait à pâtir d'un dommage injuste, née du déséquilibre dans la répartition *contractuelle* des

¹⁵⁵⁰ Concl. du Commissaire du gouvernement Fournier, sous CE. 26 juin 1959, *Rouzet*, AJ. 1959, 273, préc.

¹⁵⁵¹ CE Ass. 10 avril 1992, *Epoux V.*, Rec. 171, concl. Legal, AJ 1992. 355, concl. Legal ; *RFDA* 1992. 571, concl. Legal ; *D.* 1993. SC. 146, obs. Bon et Terneyre ; *JCP* 1992. II. 21881, note Moreau ; *LPA* 3 juillet 1992, note Haïm, préc.

¹⁵⁵² CE. 9 avril 1993, *Bianchi*, préc., voir GAJA n° 101-5.

¹⁵⁵³ Voir en ce sens Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé*, Rapport, 2007. Voir par exemple : C. cass. 1^{ère} civ. 7 Mars 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 142 et 143, p. 130. L'esprit de la Cour de cassation se traduira par le maintien de la responsabilité civile du médecin : voir C. cass. crim. 8 février 2011, préc.

¹⁵⁵⁴ C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2000, *Bull. civ.* I. n° 287, p. 186 ; *JCP* 2001. II. 10493, rapport Sargos, note Chabas.

¹⁵⁵⁵ C. cass. 1^{ère} civ. 7 octobre 1998, deux arrêts, *Bull. civ.* I. n° 287, p. 199, et n° 291, p. 202 ; *JCP* 1998. II. 10179, concl. Sainte Rose, note Sargos ; *D.* 1999. 145, note Prochy ; *RTD civ.* 1999. 111, obs. Jourdain. Le Conseil d'Etat exprimera la même exigence : CE Sect. 5 janvier 2000, *consorts Telle, Assisistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. 5, concl. Chauvaux ; *RFDA* 2000. 46, note Esper ; *JCP* 2000. II. 10271, note J. Moreau ; *RDJ* 2001. 412, note Guettier ; *RDSS* 2000. 357, note Dubouis, préc.

¹⁵⁵⁶ Traditionnellement attribué à Aristote, le système *des justices* prendrait racine dans la doctrine platonicienne. Sur les liens existant la philosophie politique de Platon et celle d'Aristote s'agissant des répartitions entre justice distributive et justice commutative, voir A. Neschke-Hentschke, *Platonisme politique et théorie du droit naturel. Contributions à une archéologie de la culture politique européenne. Vol. II. Platonisme politique et jusnaturalisme chrétien. La tradition directe et indirecte d'Augustin d'Hippone à John Locke.*, Peeters Publishers, Louvain, 1995, pp. 171-172.

choses¹⁵⁵⁷. L'indemnisation serait le seul moyen de réparer l'injustice. Cependant, il n'existerait, sauf omission de notre part, et hors les cas d'euthanasie¹⁵⁵⁸, aucune action en responsabilité du fait d'un dommage causé aux mourants, quant à sa dignité par exemple, ce sur quoi il apparaît le plus évidemment mis à mal.

738.- Et si le dispositif légal des lois de 2002 et de 2005 est sans nul doute le résultat d'une solide réflexion, il semble parfaitement improbable que la *subjectivité* de la *personne* ne puisse avoir en aucune circonstance relevé un quelconque préjudice du fait de l'accompagnement qui lui est prodigué. S'il n'existe donc pas de responsabilité liée directement à l'atteinte de la *personne-mourante*, il s'agirait de comprendre que **la responsabilité des professionnels de santé existerait tout de même, alors que les acteurs mourants ne semblent le plus souvent ne pas en avoir conscience**. Car en réalité, les progrès de la médecine auraient en quelque sorte hypnotisés les mourants au moyen de l'espoir d'une mort meilleure. Ces progrès auraient rendu les conditions de la mort plus complexes, car essentiellement plus durables. Ils ont rallongé les temps de la mort, créant aux yeux du droit et des juristes un réel **statut de mourant**, statut qui ne semblerait pouvoir opposer une quelconque responsabilité en raison de son indétermination¹⁵⁵⁹.

739.- Or si les mourants ne le savent pas, le juriste, et plus encore le philosophe du droit se doivent de dénoncer des pratiques d'endormissement de la conscience libre, assoupissement légal qui permettrait de dissimuler une forme de *déresponsabilisation* des professionnels de santé sous couvert d'un élargissement des possibilités d'indemnisation¹⁵⁶⁰. Il s'agirait en réalité de dire en quoi la responsabilité, en tant que notion *subjective*, ne pourrait pas appartenir aux seules règles de l'objectivisme médico-légal, soutenues par la jurisprudence, et que dès lors, **les mourants se doivent de demeurer conscients, en opposant la plus farouche résistance, acte de vie le plus dignifiant s'il en est, face à l'omnipotence médicale, s'appuyant sur la**

¹⁵⁵⁷ Voir A. Neschke-Hentschke, *ibid*, p. 172.

¹⁵⁵⁸ Comme si l'atteinte devait être nécessairement visible.

¹⁵⁵⁹ Les lois de 2002 et de 2005 ne font pas explicitement référence aux mourants.

¹⁵⁶⁰ Voir en ce sens les déclarations de M. Dominique Coujard alors président de la Cour d'assise de Paris : « Pardonner un acte, c'est intégrer son auteur dans la société, alors que le déclarer innocent c'est dire que l'acte n'a pas eu lieu, qu'il n'existe pas [...] Je pense que c'est une décision d'espèce qui est un peu aberrante. Il est à souhaiter qu'elle ne se répande pas. », in *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie et présenté par M. Jean Leonetti, Tome I, Ass. Nat., 28 novembre 2008, Chapitre VI : La santé et la justice : entre la crainte et l'incompréhension*, B.

loi du 22 avril 2005¹⁵⁶¹. Seuls les droits individuels de la personne, *la liberté individuelle du sujet*, pourraient en ce sens permettre une telle résistance et opposer ainsi une justice non plus commutative mais fondamentalement distributive, *géométrique*¹⁵⁶², en raison d'un ordre plus élevé qui commanderait l'état de la *personne*.

740.- Pour cela il conviendrait d'abord d'explicitier en quoi il existerait bien une responsabilité inavouée, presque imperceptible. Par conséquent il serait en premier lieu nécessaire de sortir l'esprit du mourant de la caverne dogmatique et *pseudo* juridique dans laquelle l'ont enfermé presque 150 ans de droit de la *déresponsabilité*.

Section.III. Nul n'est sensé ignorer les origines *subjectives* du droit de la responsabilité

741.- C'est en ce sens que nous le rappelle Sergio Cotta faisant remonter à la philosophie du droit d'Occam¹⁵⁶³ ce que l'on nomme aujourd'hui l'ordre du *subjectif*, au moyen de l'analyse de Villey¹⁵⁶⁴.

742.- **La responsabilité**, en tant qu'obligation première de la *personne* à assumer son *fait* d'exister au sein d'une société, et d'y commettre l'acte d'erreur par ignorance, ou encore par intention, serait considérée en l'espèce au regard d'une distinction kantienne, génératrice du code napoléonien, faisant opérer à la fois responsabilité morale et responsabilité juridique. Ainsi, cette responsabilité ne serait autre que la réponse de la mise en acte des intentions de la *personne* vis-à-vis d'elle-même, mais également vis-à-vis d'autrui. Nous entendrons la mise en acte ou encore l'expression des intentions comme étant conditionnés par l'autonomie du vouloir de la *personne*.

743.- *L'autonomie de la volonté* serait le fruit de la rencontre entre la loi morale, à savoir chez Kant la *ratio cognoscendi* de la liberté, et cette liberté elle-même en tant que *ratio*

¹⁵⁶¹ Voir *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, préc., les déclarations de Mme Rachida Dati alors garde des sceaux se félicitant du peu d'affaires dénoncées grâce à l'efficacité de la loi de 2005 ; chap. VI, A.

¹⁵⁶² Voir A. Neschke-Hentschke, *ibid*, pp. 171-172.

¹⁵⁶³ Voir en ce sens S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, op. cit., p. 23.

¹⁵⁶⁴ Voir M. Villey, *Esquisse historique sur le mot « responsable »*, op. cit., pp. 45-58.

essendi de la loi¹⁵⁶⁵. En distinguant responsabilité morale comme accomplissement du sujet ontologique puisqu'il devient une *personne*, de la responsabilité juridique de la *personne* en tant qu'elle est *a priori* sujet de droit, nous devons ici déterminer la place de l'intention dans la réalisation du verdict de responsabilité.

744.- Au regard de la philosophie de la responsabilité de Kant, la responsabilité ne devrait être entendue que comme relevant de l'*être* en tant que sujet de droit, être raisonnable ayant une pleine capacité juridique d'agir d'après le droit positif représenté sous forme de règles de droit ; et que cette raison ne serait envisagée que comme accomplissement d'une volonté résumée à une seule raison pratique¹⁵⁶⁶. Nous comprenons dès lors que la responsabilité dont nous ferons cas ne serait rien d'autre qu'une responsabilité pratique de l'immédiateté, retranscription analysée d'une axiologie *husserlienne* de la loi de l'homme, exempte d'une morale transcendante dès lors consignée au for intérieur de la personne.

745.- Seule l'*imputation* dite *imputatio judiciaria seu valida* serait retenue, correspondant à la responsabilité civile, ou plus largement juridique de l'agent ou sujet de droit. Cette imputation impliquerait qu'un jugement soit rendu, reconnaissant les effets juridiques d'une action. L'intention de cette dernière ne résiderait dès lors plus que dans le conditionnement légal du fondement de la règle de droit, correspondant à l'imputation elle-même. Ici la *personne première*, celle qui compromettrait ses actes et intentions comme *causa libera* ne serait plus inquiétée dans l'immédiateté du jugement de droit. Seul le personnage juridique, en tant que sujet de droit identifiable empiriquement pourrait être objet du jugement.

746.- C'est alors l'ultime pas de la *qualification* qu'il conviendrait d'accomplir pour aller vers la responsabilité. Si cette dernière se situe dans la sphère uniquement *hétéronomique* de la *personne*, elle ferait de celle-ci un personnage raisonnable, aux services de la loi positive, dès lors éloigné de tout impératif catégorique du devoir, voir même d'un devoir être. Être responsable en société serait savoir quelle est la loi applicable aux actes que le sujet de droit accomplit ou commet. Ainsi, comprenons-nous l'adage de complément à la responsabilité de

¹⁵⁶⁵ Outre l'article de S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, *op. cit.*, voir Ch. Premat, *La liberté du sujet éthique chez Kant et Fichte*, Mémoire de DEA d'histoire de la philosophie, Université Paris I, 2001, chap. II, 1.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.* Ici la responsabilité devient un objet de pur objectivisme empirique auquel Kant fait dépendre une pure raison pratique. Ici pouvons nous comprendre l'idéalisme kantien en ce sens que cette responsabilité là n'est autre qu'un artefact de la pensée *intellective*, et non plus une *objectivisation* partant d'une responsabilité transcendante, *première*, objectivement métaphysique, pure.

l'article 1382 du code civil : « nul n'est censé ignorer la loi ». La loi devient contrainte libératrice du sujet de droit.¹⁵⁶⁷ Ainsi lorsqu'il s'agirait de qualifier le fait dommageable, seul le *criterium juridicum* demeurerait en tant que loi publique, élément identifiant la chose de droit.

747.- Cette approche idéaliste de la responsabilité permettrait de toucher du doigt les fondements théoriques faisant en sorte que médecins et patients se réfèrent donc à un donné unique et concordant, gage d'une seule et même structure. La responsabilité incombant au médecin serait dès lors *a priori* connue du patient récipiendaire des soins. Et en simplifiant à l'extrême, leur relation s'inscrirait dans un contrat¹⁵⁶⁸ ne portant d'autre nom que celui d'**obligation de soins** et dont la seule règle de droit serait garante de la bonne conduite.

748.- Ainsi la responsabilité serait, par hypothèse, et en apparence, uniquement du côté du médecin tant il apparaît être le débiteur d'une obligation ; et en tant que le patient attend de lui qu'il lui administre la thérapeutique adéquate à sa pathologie. Toutefois, il serait admissible de poser la question de la part de responsabilité du patient, lorsque ce dernier a donné un accord préalable aux conditions de l'accomplissement des soins, et que celui-ci prend ainsi le risque de voir son état de santé se détériorer ; c'est d'ailleurs de ce risque là dont il peut bénéficier lorsqu'un dommage née de la seule activité médicale, sans faute. Cependant si cette dernière hypothèse devra être retenue comme mode d'atténuation de la part responsable du médecin, ce sont bien les obligations appartenant au médecin qui semblent prévaloir dans le champ de la *déresponsabilisation*. Or, la responsabilité disparaîtrait au profit de l'indemnisation, et ce en même temps que le lien de causalité qui était jusqu'à lors rendu

¹⁵⁶⁷ *Ibid.* Ici l'auteur rappelle comment la loi-contrainte d'une société donnée participe d'un impératif catégorique trouvant sa formule en des termes de philosophie politique exigés par l'idée maîtresse de ce Siècle des Lumières : « il faut sortir de l'état de nature, en lequel chacun n'en fait qu'à sa tête, et s'unir à tous les autres (avec lesquels il ne peut éviter d'entrer dans un rapport réciproque) dans une commune soumission à une contrainte publique... il faut entrer avant tout dans l'état civil ». Nous entrevoyons ici la possibilité d'une connexion entre la responsabilité morale et la responsabilité juridique dans l'interprétation de l'auteur ; en effet, l'impératif catégorique de conscience individuelle, moteur d'une responsabilité morale subjective serait également point de départ de l'expression d'un droit positif faisant des lois publiques la contrainte nécessaire pour sortir le sujet des on état primitif. Or, il semble pour autant que la responsabilité juridique demeure seule lorsqu'il s'agira de qualifier positivement les faits pouvant faire relever leur auteur sujet comme responsable, redevable d'un dommage causé à autrui. Quelque moralité que ce soit ne saurait l'exonérer car le critère final est bel est bien la distinction licite/ illicite de l'acte. Or cette distinction ne semble pas neuve au temps de Kant : Antigone elle-même n'en fut-elle pas la victime ayant voulu placer un « droit premier » au dessus des lois de la Cité ? Et qu'en aurait dit Socrate ?

¹⁵⁶⁸ Contrat de soins à caractère administratif opposable au seul établissement public de santé.

effectif par l'intercession de la *personne* sujet de droit¹⁵⁶⁹. Il y aurait là une évolution de la responsabilité-culpabilité sous la forme d'une responsabilité *a priori*, et *a posteriori* d'une relation dont la faute ne serait que l'accessoire de la réparation¹⁵⁷⁰. Toujours nécessaire dans l'identification d'un dommage, même immatériel, le lien de causalité ne serait plus le fait du sujet de droit médecin dans sa médiation fautive entre l'exercice de son art médical au sein de l'hôpital et l'existence d'un mourant pris en charge. **Il ne serait plus nécessaire d'exiger un lien *personnifié* entre ces deux éléments phénoménologiques de fait juridique, ce qu'illustre parfaitement une responsabilité pesant sur la personne morale qu'est l'établissement public de santé. C'est bien le médecin qui agit, mais en raison du caractère régalien de la mission de santé publique incombant à l'hôpital, critère désormais parfaitement admis au point qu'il en est également émoussé, sa responsabilité se dissoudrait dans les rouages administratifs de l'activité médicale.**

749.- *La personne du médecin* ne serait plus une *personne*-fonction au sens de la *technè* platonicienne mais plutôt une seule *fonction* administrative, au sens de l'outil arithmétique de l'Etat, contre toute reconnaissance de l'existence d'un fait de la *personne* sur la *personne*. La volonté d'indemniser à tout prix la victime, afin de constamment lui reconnaître le sens le plus sacré de son existence, conduirait à *déshumaniser* la responsabilité premièrement *subjective*¹⁵⁷¹.

750.- C'est en ce sens, et dans cet état d'esprit, que nous regarderons tout le droit de la **responsabilité**. L'inexistence du régime effectif de la responsabilité sera un postulat de départ. En définitive, nous imposons l'hypothèse d'un rapport de droit effectif entre médecin et mourant, qui pourrait, et devrait être identifié comme attentatoire à la dignité de la *personne*. La dignité ne serait plus entendue ici au nom du respect du droit positif, mais au nom d'une loi *première*, celle qui commande les *droits premiers*, obéissant à un ordre moral, contre toute distinction responsabilité morale/responsabilité juridique chez Kant¹⁵⁷²,

¹⁵⁶⁹ Nous reviendrons sur ces points, estimant qu'il était nécessaire d'en introduire une approche succincte en gage de fondements de la responsabilité médicale moderne.

¹⁵⁷⁰ Ne pourrait-on voir là le retour à une justice qui ferait disparaître le sujet dans la relation responsable au profit d'un seul agent consacrant pour autant la faute exigée comme fait générateur de responsabilité. Voir en ce sens M. Villey, *Esquisse historique sur le mot « responsable »*, op. cit., p. 43. Dans notre présente suggestion, le *sujet* serait abandonné au profit du seul *sujet de droit*, et la faute consacrée comme fait générateur sans lien de causalité à caractère humain, si ce n'est mécaniste.

¹⁵⁷¹ Voir en ce sens *l'objectivisation* des droits subjectifs de la *personne*, comme le droit au respect de sa dignité.

¹⁵⁷² Voir S. Goyard-Fabre, op. cit.

distinction artificielle en réalité, attendu que de tout idéalisme procède une moralisation de la responsabilité juridique.

751.- Nous préférons, selon l'attitude jusqu'ici suivie, un droit d'origine moral, *métaphysiquement et éthiquement fondé* ; un droit qui devrait commander le mourant à requérir en matière de responsabilité juridique. C'est en s'appuyant sur le droit applicable que nous pourrions déduire cette *obligation du mourant à agir pour lui-même sans qu'il ne lui soit imposé ce qui serait le meilleur pour lui*. Car en réalité, contre toute apparence d'un rejet de ce qui est l'état actuel du droit, nous supposons au contraire que la coupe est pleine, et qu'il s'agirait plutôt de faire le tri dans ce qui existe afin de ne conserver que l'essentiel, permettant de protéger ce qui l'est tout autant dans la *personne*.

752.- Dès lors si l'**obligation de soin** semble être une formulation redondante tant les soins sont l'obligation-devoir-être de la profession de médecin, la prise en charge du malade ne pourrait répondre, conformément au principe de responsabilité, qu'à un socle légal, de double nature, à la fois relevant de droit public ainsi que de droit privé, et ce dans une démarche faisant de l'éthique médicale une quête de vérité par consensus. Or la manifestation la plus évidente du consensus, qui n'est pas nécessairement une mauvaise chose, serait le contrat, dans lequel l'accord des volontés passe nécessairement par des compromis. C'est donc en reposant sur le contrat hospitalier de soins que l'activité médicale pourrait être déclarée responsable en certaines occasions.

Chapitre.II. Aux origines de la responsabilité : le droit de la santé du contrat hospitalier

753.- Peut-être plus que jamais, c'est dans le contexte de l'émergence d'un statut de mourant que les obligations incombant aux professionnels de santé vont se faire redondantes. C'est dans cet univers que les causes de responsabilités peuvent le plus aisément surgir, compte tenu de l'état limite d'interprétation opposé aux différents acteurs au sein de l'établissement, et plus exceptionnellement aux juges garant du contrôle. Les obligations reposent avant tout sur des critères faisant exister le droit de la santé (**Section.I**). La conséquence majeure en est l'existence d'un rapport contractuel de double nature, faisant reposer le statut contractuel du mourant sur la *summa divisio* droit public, droit privé (**Section.II**).

Section. I. Les critères de juridicité du droit de la santé du mourant

754.- Afin d'explicitier le caractère juridique de la santé, il convient d'admettre un double critère. En effet, la relation qui se noue emporte obligations et devoirs réciproques sur la base du rapport synallagmatique du droit commun. La réciprocité des droits inhérents à l'engagement effectivement contractuel sur un plan administratif, et tacitement contractuel sur un plan civil est acquise. De fait, les conséquences de nature juridique sont consacrées par l'administration des soins¹⁵⁷³. Ainsi, si le médecin obéit à des règles de nature déontologique, l'autorité juridique du code de déontologie ne suffit pas en la matière (**Paragraphe.I**). De plus, si nous admettons qu'afin d'établir un lien de nature juridique, la responsabilité seule du praticien ne peut suffire, il s'agira d'explicitier en quoi la place du patient, *a priori* juridiquement passive, voir même neutre, relève d'un droit réceptice qui lui est propre (**Paragraphe.II**). Il conviendra du reste de faire apparaître le lien unissant l'autorité juridique des droits professionnels aux droits du mourant (**Paragraphe.III**).

¹⁵⁷³ Entendus largement comme comprenant tout ce qui concerne la relation médicale et para médicale : diagnostic et pronostic compris, soins de beauté également au sein de l'établissement de santé.

Paragraphe.I. Le Code de déontologie médicale en toile de fond

L'obligatorité de la mission du médecin

755.- Il est formellement consacré par décret en Conseil d'Etat¹⁵⁷⁴, après avoir été élaboré par le Conseil national de l'ordre. Ainsi, si comme tout décret il est publié au *JO*, il s'agit d'un règlement d'une nature particulière. En effet, chaque médecin en vertu de l'article 109 du dit code se doit d'« affirmer devant le conseil départemental de l'ordre qu'il a eu connaissance du présent code et s'engager sous serment et par écrit à le respecter ». Comme tout acte réglementaire il peut faire l'objet de recours pour excès de pouvoir ou encore d'exception d'illégalité, mais la violation de ses dispositions n'ouvre non pas à des poursuites pénales, mais à des poursuites disciplinaires devant la juridiction ordinaire. Notons que certains principes élaborés par le Code de déontologie ont été repris par des textes législatifs¹⁵⁷⁵. Ainsi la valeur légale du texte réglementaire ne peut faire l'objet d'aucun doute.

756.- Le code de déontologie médicale reprend parfois des principes antérieurement consacrés par la jurisprudence ; en premier le plus souvent, celle de la Cour de cassation. C'est ainsi que le droit à recevoir des « soins appropriés »¹⁵⁷⁶ est devenu obligation inscrite au code¹⁵⁷⁷. Le médecin doit en ce sens assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide d'un tiers compétents.

757.- Comprendons donc que dans la pratique quotidienne, c'est sur le code de déontologie médicale que le médecin fait reposer l'intégralité de son activité, en ce sens que c'est en quelque sorte sur celui-ci qu'il prête serment lorsqu'il entre dans la profession. Toutefois, il est évident que la majorité des obligations qu'il doit respecter, ont été élaborées par les jurisprudences civiles et administratives qui ont contribué à préciser les modalités

¹⁵⁷⁴ Sa dernière révision date du décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, préc.

¹⁵⁷⁵ Notons à ce propos le secret professionnel de l'art. 226-13, C. pén., certains principes de l'exercice libéral menacés par les relations de la sécurité sociale avec le corps médical à l'art. L162-2 du code de la sécurité sociale (loi n° 71-525 du 3 juillet 1971, *relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux*). Nous verrons à ce propos le principe relatif au libre choix du praticien ainsi que son corollaire professionnel incombant au médecin de garantir le secret professionnel inhérent à sa relation avec le patient. Notons à ce sujet le point de convergence de principe que nous pourrions établir entre ce principe de nature déontologique et le principe de droit sous-jacent à la jouissance de la personnalité juridique du sujet de droit à savoir le respect de sa vie privée.

¹⁵⁷⁶ Droit consacré à l'arrêt Mercier de 1936, préc.

¹⁵⁷⁷ Art. 32 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale ; modifié mais repris intégralement dans son texte par décret du 6 août 2004, préc. .

d'application concrètes de celles-ci. De la multitude des obligations existantes en la matière, certaines font mieux apparaître la tâche contemporaine qui incombe au médecin. Ainsi, l'obligation d'information, à l'heure où la communication est devenue technique tant dans sa forme que dans son contenu, semble être le cœur des devoirs incombant au médecin. Ceci se justifierait aisément car, dira-t-on, c'est sur cette obligation que pèserait tout l'enjeu du respect de la dignité de la personne¹⁵⁷⁸, puisqu'elle est à la base de la relation médicale, de nature contractuelle. Il est évident que la loi ne peut préciser toutes les modalités de cette obligation, au fondement du consentement, faisant basculer la personne de son état de sujet de droit, à celui de malade, puis le cas échéant de mourant. Ainsi, si le code de déontologie médicale demeure en toile de fond de la relation de soins, il ne peut constituer un critère suffisant quant à la juridicité de celle-ci.

Paragraphe.II. Le droit à recevoir l'information : le critère spécifique de la mission médicale

758.- Désormais sous le coup notamment des articles L. 1111-1 à L. 1111-9 du Code de la santé publique, l'obligation d'information est également le fruit d'une création prétorienne¹⁵⁷⁹ et en ce sens l'obligation incombe au médecin.

759.- Le devoir du malade est de recevoir cette information de telle sorte qu'il puisse prendre, en conscience, sa décision de consentir ou non à l'acte proposé. A cet égard, il a été observé que la prise de décision dépendrait grandement de l'autorité, ou du niveau hiérarchique de celui qui transmet l'information. Ainsi, si l'obligation incombe au médecin, il serait peut-être préférable, dans la plupart des cas, qu'elle soit également à la charge des personnels soignants qui ont « la position hiérarchique la moins élevée »¹⁵⁸⁰, car ceux sont eux qui prennent en premier la parole, afin de préparer le patient à recevoir l'information, *a fortiori* lorsque celle-ci annoncerait un pronostic vital engagé.

¹⁵⁷⁸ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, préc. ; il semblerait que le Conseil d'Etat ne soit pas si reconnaissant en la matière.

¹⁵⁷⁹ Il existe de manière sous-jacente dans l'arrêt C. cass civ. 20 mai 1936, *Mercier*, préc, mais sera consacré comme opposable au médecin à l'occasion de l'arrêt C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, préc.

¹⁵⁸⁰ M. Geoffroy et coll., *Aide à la réflexion et situations extrêmes*, Ethique et Santé, 4-2007, pp. 165-168.

760.- L'information serait d'autant plus complexe à recevoir que le détachement sensible auquel les médecins sont formés, afin en premier lieu de ne point développer trop d'empathie à l'encontre des mourants, aurait pour premier effet secondaire de renier en quelque sorte la réaction *subjective* ou affective du mourant, afin de l'objectiviser au plus vite. Cette attitude, en toute bonne conscience, aurait pour premier objectif avoué de pacifier la relation, au profit du malade, *a fortiori* lorsque le diagnostic est un pronostic vital¹⁵⁸¹, et ce afin de rationaliser les derniers temps de vie qui lui appartiennent. En réalité, c'est certainement en raison du trouble que provoquerait chez le praticien une telle approche sensible du mourant, proprement *subjective*, qu'il tendrait vers un détachement quant à l'humanisme *premier*, et non codifié, lui faisant préférer plus « particulièrement les patients muets, ou rendus tels par anesthésie, et dont les symptômes n'exigent plus la médiation par la parole. »¹⁵⁸².

761.- Toutefois, l'acte central de l'information demeure la prise de décision collégiale¹⁵⁸³, celle reposant sur l'obligation tirée de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Et le trouble devrait en ce sens être assumé, car s'il ne peut être nié, rappelons que le devoir du médecin est d'accompagner le mourant, d'abord dans l'explicitation de l'information. En l'aidant à prendre la meilleure décision, il respecterait son engagement hippocratique, à la condition que cet engagement soit accompagnement socratique, celui d'une éthique première.

762.- Le droit de la santé doit donc obéir à un régime d'obligations et de devoirs qui ont tous un fondement éthique. Les seuls articles L. 1110-3 et L. 1110-5 du Code de la santé publique suffisent à illustrer son caractère *ab origine*. Le malade doit certes recevoir un soin, mais conformément au respect du droit à sa dignité, droit constitutionnellement reconnu¹⁵⁸⁴. Cette obligation semblerait d'autant plus mise à mal après des dizaines d'années où le médecin a cru pouvoir répondre à toutes les questions éthiques, car celles-ci étaient ignorées, la question médicale étant exclusivement technique. Et dans une certaine mesure, il s'y refuserait encore aujourd'hui, peut-être parce que la transition générationnelle de la profession serait difficile à passer, et continuerait à être persuadé d'une « éthique de la conviction » technique, et

¹⁵⁸¹ Voir en ce sens sur les causes de limitations dans la délivrance de l'information sur le fondement de l'intérêt du patient, S. Hocquet-Berg, et B. Py, *La responsabilité du médecin*, Heures de France éd., coll. Droit professionnel, 2006, p. 27.

¹⁵⁸² R.Célis, *L'éthique médicale à l'épreuve de la sagesse hippocratique*, Ethique et Santé, 3-2006, pp. 8-17.

¹⁵⁸³ Voir notamment art. R. 4127-37 du Code de la santé publique.

¹⁵⁸⁴ Décision du conseil constitutionnel relative à la loi du 29 juillet 1994 dite loi bioéthique, vue préc.

accepterait difficilement voir même nierait l'avènement d'une « éthique de la discussion »¹⁵⁸⁵. La *bioéthique* procéderait de cette lacune, de la tentative de remédier à cet abandon des questions essentielles, celles qui saisissent la *personne* indicible, mais aurait toute les peines à répondre à la requête en dignité, dans la mesure où ses réponses seraient fondées sur le même modèle empirico-techniciste que celui de la science médicale.

763.- C'est en ce sens pourtant que le *biodroit* aurait conduit à faire en sorte que les obligations et devoirs du droit de la santé fussent être *dignes*, ce qui conférerait ainsi le dernier et peut être même dans l'ordre *éthique*, le premier critère de *juridicité* au droit de la santé : celui de la *dignité* dont l'obligation d'information n'est qu'un moyen.

Paragraphe.III. Le droit de la santé serait digne, ... et parfois accessoire

764.- Le droit de la santé, en tant que droit générique du malade, portant nombres d'obligations quant à la mission du médecin, dans l'accomplissement de son accompagnement à la mort, devrait être au premier rang de ces obligations, aussi mesuré que possible. C'est en ce sens qu'il s'attribuerait son critère objectif de dignité (**A.**). Toutefois, ne sachant pas nécessairement répondre à toutes les situations de crise de la santé, il saurait parfois se faire accessoire, mettant en exergue les limites du *biodroit* (**B.**).

A. Le droit de la santé à l'épreuve du critère de *dignité*

765.- Le code de déontologie médicale rappelle que le soin doit être proportionné au regard du risque encouru, d'une part, et du bénéfice que l'intervention peut laisser espérer¹⁵⁸⁶, d'autre part. Ce rapport de proportionnalité équivaldrait à un critère du droit de la santé comme indice sous-jacent à l'effectivité de la *dignité*. La dignité reposerait en ce sens sur le refus de toute *obstination déraisonnable* et le *droit à recevoir les soins les plus appropriés*, y compris

¹⁵⁸⁵ D. Mallet, *D'une éthique de conviction à l'apprentissage de la discussion*, European journal of palliative care, 1998 ; 5(6), pp. 196-199.

¹⁵⁸⁶ Art. L. 1110-5 du Code de la santé publique codifiant l'article 1 de la loi du 22 avril 2005.

si ceux-ci peuvent *conduire à écourter la vie*, au sens de l'*esprit* de la loi du 22 avril 2005¹⁵⁸⁷. La dignité serait le droit premier du mourant. Toutefois, « sac mou » du professeur Mathieu, elle serait une notion largement galvaudée, ignorée quant à son sens et sa valeur ontologiquement fondés.

766.- Reconnaissons tout de même le bénéfice de sa réintroduction au cœur des préoccupations des politiques de santé l'ayant délaissée un temps, au profit de l'acharnement thérapeutique de résultats techniques. Cependant, elle ne pourrait plus répondre aux exigences réelles, car en tant que *coquille vide*, strictement saisie dans sa dimension substantielle, elle ne saurait satisfaire, en approchant uniquement le cœur, sans le pénétrer. Car si la loi entend systématiser le respect de la dignité du mourant, elle ne regarde celle-ci qu'en tant qu'elle appartient au médecin qui, extérieurement à la personne, appliquerait positivement des critères médicaux, devenus de droit. C'est, autrement dit, ce que l'on retrouverait dans l'applicabilité du principe du refus de toute obstination déraisonnable. Loin d'être ontologiquement ignoré, en réalité ce principe là trouverait sa source dans le réalisme d'une authentique connaissance de l'homme. Car, nous supposons que c'est en disant ce qu'est l'obstination déraisonnable que celle-ci encoure le risque d'être limitativement appliquée, dans l'ignorance de sa singularité qui fait sa vérité.

767.- La relation que la *dignité* devrait nouer avec la *vérité, de tous et de chacun*, serait celle d'une intimité plus grande encore que la plus haute proximité ; il s'agirait de la confusion des *sens et valeurs* de celles-ci, présupposant que ceux-ci font état de l'*être* en tant qu'*être*, dans une démarche d'unicité selon laquelle il ne saurait y avoir des critères de dignité, mais tout au contraire, une dignité *une*, permettant de dégager les indices de sa manifestation. Car c'est en partant de l'unité que la loi préciserait quelles sont les modalités du respect de celle-ci, et non en recomposant l'unité à partir des multiples, saisis *a priori*, idéalement et donc dans l'erreur du jugement subjectif, inconsciemment tenté par l'*irréfléchi de la satisfaction immédiate*, celle des besoins naturels tels que la soif ou la faim. Car ce serait au moyen des perceptions non maîtrisées que l'erreur se manifesterait, et non dans une attitude cognitive et *éidétique*, partant du réel saisi **intuitivement**. Avant d'être droit de la santé, il serait le droit, celui de la *personne* ineffable,

¹⁵⁸⁷ Voir en ce sens, pour une approche sous forme de recommandation, J.-F. Richard, *Prise de décision et proportionnalité des soins*, CIU d'accompagnement et de Soins Palliatifs, Maison Médicale Jeanne Garnier Paris, et Centre d'Éthique Médicale Lille, UCL, 2012.

celui qui précéderait le droit du sujet de droit, et qui le conditionnerait à être ce qu'est la *personne*.

768.- Pourtant, il en est toujours tout autrement en raison même d'un droit construit à partir des données scientifiques, notamment de la science médicale, et ne sachant répondre à toutes les attentes des malades, ces derniers ainsi que le médecin pouvant même parfois rendre le droit de la santé accessoire. Dans l'impossibilité d'appliquer, en pratique, certaines dispositions telles que le principe de la décision collégiale, le médecin serait obligé, le plus souvent dans l'urgence que suggère la fin de vie, de prendre des décisions seul, ou encore dans l'isolement des bureaux administratifs des services. Ici, le droit de la santé serait de raison strictement pratique, avant le droit théorique interprété ; c'est ce que l'on pourrait dire être un droit accessoire, pouvant aller jusqu'au refus pur et simple de l'activité médicale.

B. L'impossibilité de répondre à toutes les situations.

Le désaveu du biodroit idéaliste

769.- Le droit de la santé serait parfois accessoire. Il convient de préciser que le refus de soins serait d'abord l'expression du consentement du mourant¹⁵⁸⁸ ; le refus étant un consentement négatif¹⁵⁸⁹. Or le consentement participe de la dignité du mourant en ce sens que, respecter l'expression de sa volonté contribue à le *dignifier*. Il ne s'agirait pas de faire de ce critère un principe d'application systématique, cependant, notons que, autant il serait *éthiquement* facile d'admettre que le patient-malade, mourant *a fortiori*, puisse refuser de recevoir un soin ; autant l'idée que le médecin puisse, à titre exceptionnel, refuser d'administrer un soin, semble plus incongrue¹⁵⁹⁰.

770.- Le droit positif ne consacre pas, au profit des malades, l'existence d'un droit aux soins opposable en toutes circonstances à tous les acteurs offrant des prestations de soins. C'est en

¹⁵⁸⁸ En ce sens le refus prendrait trois modalités tel que « refus d'un soins curatif, soit de tout traitement curatif, soit de tout soins » : B. Legros, *L'euthanasie et le droit*, Les Etudes Hospitalières, 2004, p. 9. Nous réfutons ces critères car nous pensons que de toute introduction de critère dément la théorie du refus reposant sur des considérations bien plus intimes que celles appliquées aux seules conditions hospitalières. Ainsi, le refus peut précéder l'entrée même à l'hôpital, refus qui se verrait opposer une bonne conscience d'obligation de soins.

¹⁵⁸⁹ Voir en ce sens une lecture de l'expression de la volonté en fin de vie chez L. Cimar, *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, préc.

¹⁵⁹⁰ Voir pourtant S. Brissy, *Refus de soins opposé au malade et défaut de surveillance du médecin*, op. cit., p. 31.

ce sens que l'article R. 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique y fait référence, sous conditions strictement définies¹⁵⁹¹. Notons que ce droit du médecin se justifierait sur le même fondement théorique et philosophique que celui du droit au refus de soins opposable par le mourant. En effet, considérant que le *biodroit* est un droit imparfait, procédant d'une *bioéthique* relative à des critères objectivés, subjectifs en ce sens qu'ils ne reposeraient que sur des appréciations sensibles, les relations qui se noueraient entre médecins et mourants seraient à son image ; approximatives. Insatisfaits de ce qu'ils pourraient attendre de cette relation, ou encore donner dans cette relation, médecins et mourants pourraient tour à tour, ou encore de concert, refuser de la poursuivre. Et en ce sens, comprenons que ce seraient les fondements idéalistes de toute la législation sur laquelle la relation médecin/mourant existe qui justifieraient cette possibilité, allant jusqu'à permettre de profaner le serment d'Hippocrate.

771.- Aux sources de ces droits/obligations, qui ressembleraient plus en réalité à des possibilités, dans un rapport de droit inversé, il y aurait le contrat. Celui-ci répondrait *a priori* aux attentes des parties, s'il reposait sur les critères *réels* de juridicité de la santé. Or, c'est par lui que la négation de la *personne* va pouvoir prendre corps, lorsqu'en reposant toute à la fois sur un droit privé, permettant de justifier un droit public, et un droit médical et hospitalier de droit public, il se justifiera de garantir les *droits premiers* tout en niant leur source *ontologique*, préconisant la protection du mourant en préservant en réalité la loi de toute censure quant à ses manquements.

Section. II. Un rapport contractuel de double nature privé/public

A la recherche du régime du contrat hospitalier de soins

772.- Avant la loi de 2002¹⁵⁹², les droits du patient étaient en apparence éparés et ainsi le droit du mourant ne pouvait *a priori*, être consacré qu'à la lumière d'une recherche assidue des critères de l'existence d'un droit correspondant à son statut. Il y avait bien évidemment les articles 9, 16, 16-3, *etc*, du Code civil, ou encore les dispositions du Code de déontologie

¹⁵⁹¹ Art. R 4127-47 al. 2 du Code de la santé publique : « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. ». Voir en ce sens, *Le refus de soins opposé au malade*, Univ. Paris Descartes, Institut Droit et Santé, préc.

¹⁵⁹² Loi du 4 mars 2002, préc.

médicale, ou encore celles du Code de la santé publique, cependant, la recherche d'un droit spécifique obligeait à opérer une synthèse des droits, en se plongeant à la fois, notamment, dans le droit public administratif de l'usager de service public, dans le droit des personnes, droit civil, droit des contrats et droits pénal quant aux atteintes à la personne. Cet effort semblait, pour certains, insurmontable, et au surplus de nature à fragiliser la protection du mourant et du malade en général.

773.- Toutefois, après une première réforme de taille des droits du patient, tendant à créer un véritable *statut juridique du patient*¹⁵⁹³, la loi de 2002 s'avérant insuffisante dans la matière spécifique des droits du mourant, le législateur récidive en 2005, au moyen de la loi Léonetti¹⁵⁹⁴ relative à l'accompagnement vers la mort¹⁵⁹⁵. Par conséquent, le mourant trouverait là un statut d'inspiration éthique, et d'application générale attendu qu'il serait *enfin* considéré¹⁵⁹⁶ spécifiquement comme *le malade en fin de vie*¹⁵⁹⁷. L'esprit de la loi s'identifie en trois axes : interdiction de toute obstination déraisonnable ; renforcement des droits du patient ; émergence d'un processus décisionnel dans les cas d'inconscience du patient et dans l'arrêt et le refus de traitement reposant sur la collégialité et la transparence des décisions. Le mourant est donc toujours le *patient* de la loi de 2002, mais sous le coup d'une spécification de son existence légale. Le droit du mourant n'existerait pas encore totalement, mais se préciserait¹⁵⁹⁸.

774.- Cependant, si son statut semble quasiment scellé, et sa protection garantie, son unité serait parfaitement équivoque. Il conviendrait, en effet, respectant l'hypothèse de départ, de

¹⁵⁹³ Voir en ce sens la thèse de B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., où l'auteur décortique minutieusement les termes légaux, jurisprudentiels, et doctrinaux de l'existence d'un « statut de patient » au regard notamment de la loi du 4 mars 2002, pour finalement conclure que ce statut demeure indéterminé malgré tous les efforts consentis tant par le législateur que par lui-même dans sa recherche.

¹⁵⁹⁴ Loi du 22 avril 2005, préc.

¹⁵⁹⁵ Notons que cette loi du 22 avril 2005 serait le fruit d'une maturation réflexive sur la question à la fois de l'accompagnement des malades en fin de vie, mais au surplus sur la question en apparence binaire d'un oui ou non à l'euthanasie. Citons en ce sens : M. de Hennezel, *Fin de vie et accompagnement*, octobre 2003 ; Les Conférences de consensus, *Accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches*, janvier 2004 ; et enfin, Rapport Léonetti, *L'accompagnement en fin de vie*, Tome I et II, juin 2004. Ces rapports sont tous des commandes du ministère, et apparaissent toutes être ainsi sous la tutelle du dit ministère ce qui soulève un évident problème d'impartialité et d'objectivité scientifique.

¹⁵⁹⁶ Outre les différents avis pré cités, notons que l'ensemble des rapports produits auprès du ministère démontrerait que les droits du malade en fin de vie de la loi de 2005 seraient le fruit d'une attente réellement pressante de la part d'une population désespérée face à la mort.

¹⁵⁹⁷ La loi Léonetti du 22 avril 2005 relative aux droits des patients en fin de vie, complétée par les décrets n° 2006-119, *relatif aux directives anticipées*, n° 2006-120, *relatif à la recherche sur les embryons et les cellules embryonnaires* et n° 2006-121, *relatif à la procédure collégiale* du 6 février 2006 a recherché une solution éthique à l'encadrement juridique de la relation médicale entre le médecin et le malade en fin de vie.

¹⁵⁹⁸ La distinction malade en fin de vie et mourant reposerait sur une hypothèse parfaitement artificielle.

ne point omettre que la mise en jeu de la responsabilité des professionnels de santé ne saurait obéir qu'à une seule orientation théorique. Ainsi, c'est sur la *summa divisio* droit privé/droit public que reposerait encore, malgré tout, le droit du mourant, ici au regard de la responsabilité en matière d'accompagnement. Celle-ci ferait plus encore ressortir les insuffisances de la spécification de la relation de nature contractuelle, ainsi que celles inhérentes à un statut particulier de mourant y étant rattaché. La notion de responsabilité se retrouverait au cœur même du droit positif, comme pierre angulaire des rapports entre sujets de droit de la santé (**Paragraphe.I.**). C'est à partir des prémices de la responsabilité qu'il serait possible de reconstruire le contrat de soins hospitalier, véritable fiction de droit (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. Les prémices de la responsabilité médicale à l'aune du droit positif de la santé

775.- Le droit de la santé participe de la clarification des règles spécifiques au moribond, permettant l'agencement de ses rapports aux médecins. Toutefois, au sein de l'hôpital, le droit de la santé ne saurait demeurer la traduction exclusive de la relation entre le praticien et le patient. L'établissement public de santé serait un acteur principal, bien que déguisé en blouses *blanches et bleues*. Ce qui permettrait d'ailleurs de distinguer les différents protagonistes, serait le seul moment juridiquement identifiable de la pesée des possibilités de responsabilité. Dès lors, la notion de responsabilité serait clairement identifiée en tant qu'elle répondrait à une obligation, incombant visiblement différemment aux personnages reconnus.

776.- Il s'agirait donc d'abord, dans l'opinion commune apparemment, de mettre en lumière l'erreur de celui qui a le devoir de soigner le mourant¹⁵⁹⁹. Cette mission, reposant sur un consensus d'obligations d'abord légales et réglementaires, trouverait à s'appliquer en imposant les critères de la relation contractuelle liant le mourant à l'établissement public de santé. C'est en ce sens que la fonction du médecin n'est qu'intermédiaire, et semble toute à la fois liée d'une part aux conditions légales, et déontologiques, mais aussi à une obligation

¹⁵⁹⁹ L'art. R. 4127-47 al. 1 du Code de la santé publique notamment formule ainsi l'obligation de soins : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. ». Le professionnel de santé médecin peut s'en exonérer uniquement lorsqu'il répond aux critères soulevés par l'art. R. 4127-47 al. 2 du Code de la santé publique.

morale sous-jacente. Car, c'est en regardant la responsabilité administrative, ne pouvant incomber qu'au seul établissement de santé, que l'on trouverait à relativiser la fonction normativement liée du médecin. En effet, l'aspect moral de son devoir résiderait avant tout ; et ceci se justifierait au regard de son obligation de faire usage des données acquises de la science, ce qui en constitue une obligation non pas de droit, mais de *biodroit*.

777.- La fonction du médecin, en tant que regardée comme principalement construite sur le devoir de soigner, semblerait être dépassée par le cadre purement *juridico-légal*, puisque rappelé au sein même de la déontologie médicale du serment d'Hippocrate qui le lie avant tout à l'Ordre national des médecins. Le praticien hospitalier serait donc couvert par la logique apparente de groupe, liée à la « solidarité des personnels médicaux »¹⁶⁰⁰. Pourtant, limiter le rôle du médecin à celui d'un simple intermédiaire exécutant une mission de service public, en dehors de toute responsabilité pouvant lui incomber, et directement opposable au mourant, ne saurait rendre effective la réalité. Au-delà de la seule responsabilité disciplinaire, le plus souvent exercée dans le secret, il existerait encore des possibilités de répondre aux principes fondamentaux du droit de la santé en recherchant la responsabilité personnelle du médecin, non plus morale, au sens de déontologique, mais objective et civile. Toutefois, dans le cadre de l'établissement public de santé, le médecin ne saurait répondre de l'intégralité de ses actes, pourvu qu'il accomplisse sa tâche dans le cadre de sa fonction, en dehors de toute *faute détachable du service*.

778.- D'autre part, la responsabilité sera identifiée par imputation du fait ; en l'espèce il s'agira du soin, de l'omission de soin, ou encore si l'on se place du côté du patient, du refus de soin. Cela signifie qu'après des années de responsabilité sans faute¹⁶⁰¹, la réintroduction de celle-ci, par le dispositif légal, semble restreindre l'effectivité de la possibilité d'une responsabilité directe.

779.- Cette limitation se retrouverait aisément dans la nécessité de qualifier le fait fautif, dès lors que la faute serait en elle-même *a priori* conditionnée. Car, si la loi de 2002 a prévu de restreindre les causes de responsabilité sans faute, de telles dispositions ne concernent pas directement le médecin. Celui-ci, lorsqu'il est médecin hospitalier, ne semble d'ailleurs pas

¹⁶⁰⁰ M. Gros, *Droit administratif : L'angle jurisprudentiel*, op. cit., p. 285.

¹⁶⁰¹ Le tournant réel étant opéré à partir de l'arrêt *Epoux V.*, en 1992, puis définitivement consacré par l'arrêt *Bianchi*, en 1993, pour être confirmé par l'arrêt *Hôpital Joseph Imbert d'Arles* en 1997.

réellement concerné par le dispositif légal. En requérant une faute, et implicitement s'en remettant à la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'établissement des conditions d'émergence de celle-ci, la loi du 4 mars 2002 permettrait au médecin hospitalier de se retrouver, la plupart du temps, couvert par la responsabilité administrative de l'établissement public pour le compte duquel il exerce.

780.- **Quoi qu'il en soit, le rapport médecin/patient apparaîtrait à la croisée des droits privé et public ; c'est d'ailleurs ce qu'est le droit de la santé : entre droit privé et droit public. Le médecin semble toujours pouvoir voir sa responsabilité civile engagée¹⁶⁰², sa fonction relevant pourtant d'un ordre déontologique et *administratif*, en premier ; toutefois, la primauté du droit public ne serait qu'apparente, n'excluant pas la responsabilité du fait de sa *personne*. Il se verrait au surplus opposer un droit pénal¹⁶⁰³, mixte, d'inspiration principalement *privatiste* en son *âme*, et public en son apparence, en tant que droit de l'ordre public par excellence.**

781.- **D'un autre côté, le mourant** serait tour à tour usager d'un système de santé, et en ce sens sujet de droit public, acteur de sa santé¹⁶⁰⁴, pouvant à ce titre rendre opposable tout les droits du *corpus* du code de la santé publique ; mais au-delà, et peut-être même avant tout, sujet de droit pouvant invoquer l'ensemble des droits attachés à la jouissance de son statut. D'ailleurs, **le fondement du code de la santé publique semble ne pas concerner directement le mourant, attendu qu'en réalité il ne vise, essentiellement, que les obligations et autres devoirs des médecins, établissements de santé et tout autre intervenant extérieurs.** Lorsque le mourant y est évoqué, c'est toujours en situation *passive*. La preuve la plus flagrante en est celle de la dignité ; il s'agirait d'un droit passif à pouvoir bénéficier d'une *dignification*, d'une « sauvegarde de la dignité »¹⁶⁰⁵, entendue extérieurement à la *personne* irréductible, comme une condition produit d'une construction post existentielle. Rappelons-le, c'est de cette dignité là dont nous tirons un des critères de juridicité du droit de la santé. Autrement dit, le mourant serait lui-même une condition *sine qua non* au respect du droit de la santé ; sans ce qualificatif, aucun droit ne saurait pouvoir être requis en ce sens.

¹⁶⁰² Conformément à la jurisprudence de la Haute Cour, C. cass. crim. 8 février 2011, préc. L'indemnisation pourrait donc émaner des tribunaux civils, la faute personnelle du médecin dans l'exercice de ses fonctions pouvant encore être retenue.

¹⁶⁰³ La Haute Cour rappelle dans l'arrêt C ; cass. crim 8 février 2011 que le critère de la faute détachable reste valable lorsqu'il s'applique au service. Ainsi la responsabilité personnelle du médecin demeure une hypothèse évidemment possible.

¹⁶⁰⁴ C'est le vœu du législateur de 2002, rendre le patient acteur de sa santé, citoyen de la *démocratie sanitaire*.

¹⁶⁰⁵ Formulée à treize reprises dans le code de la santé publique.

782.- Pourtant, sur le fondement d'un *réalisme*, seul le droit privé devrait primer, dans le sens d'arriver en premier, afin d'offrir la garantie maximale quant à la jouissance de ses libertés les plus singulières, de sa *liberté* la plus irréductible¹⁶⁰⁶. Car le droit public ne saurait, en tant que droit certainement influencé par des considérations d'ordre politique¹⁶⁰⁷, connaître ce qui concerne l'intimité de la *personne*. Dans le même ordre d'idée, le droit public ne saurait garantir ce qui a trait à la vie privée, entendue au sens de l'article 9 du Code civil¹⁶⁰⁸. Rappelons, sans plus entrer en avant dans cette voie, les limites que le code de la santé publique entend concéder au secret médical, le plus souvent sur des fondements d'ordre public, parfois discutables¹⁶⁰⁹.

783.- C'est ainsi que la relation médecin mourant ne saurait résister à un compartimentage arbitraire du droit. Seul le concept contractuel permettrait, a priori, d'offrir uniformément, car sous le coup de son unité native, l'ensemble de toutes les garanties rattachables aux statuts respectifs de ces deux acteurs amenés à confronter leurs droits. Toutefois, le contrat étant lui-même objet de cloisonnements taxinomiques, liés à sa nature composite, il s'agirait de l'avouer aussi insuffisant, tel qu'entendu dans le droit positif, afin de témoigner de la réalité du *vivant* mourant.

¹⁶⁰⁶ Voir à ce propos G. Mémeteau, *La guerre de Sécession n'aura pas lieu : introduction à un discours de droit médical*, RRJ droit prospectif, 1995, 3 : 721 s. : « La règle première du droit médical est le respect de la personne humaine et de son corps. Cette règle est tirée du droit civil et il n'était donc pas nécessaire que le droit médical attendît l'intervention du pouvoir législatif ou la naissance de la bioéthique pour arriver à cette conclusion »

¹⁶⁰⁷ Il est le droit de l'Etat, organe politique par excellence. Voir en ce sens les approches de M. Troper quant à la distinction droit et politique relativement à son concept de contraintes juridiques. Celles-ci seraient, par hypothèse, exclusivement internes au procédé du raisonnement juridique, ce dernier étant donc dissocié des facteurs extra-juridiques de nature institutionnelle. Voir M. Troper et al., *Théories des contraintes juridiques*, L.G.F.J, Paris, 2005, p. 11., pour une approche contraire, voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., qui contre tout positivisme idéaliste entend dénoncer la réalité de l'existence d'un lien entre la validité d'une règle et son opportunité dans la discrimination d'Etat.

¹⁶⁰⁸ Voir en ce sens notamment sur la compétence de l'autorité judiciaire gardienne des libertés fondamentales, R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 814 s. et surtout pp. 824 s. sur les libertés individuelles.

¹⁶⁰⁹ Voir en ce sens les dispositions permettant depuis la loi du 1^{er} juillet 1994, permettant au médecin de lever le secret médical, évitant donc les chefs d'incrimination de l'article 226-13 du Code pénal.

Paragraphe.II. Le contrat hospitalier de soins: une fiction *biojuridique*

784.- Ainsi, à titre de support, il s'agirait de considérer l'obligation de soins sous l'angle d'un rapport contractuel¹⁶¹⁰, de double nature, tant l'unité hospitalière, sujet de droit moral de droit public, reçoit des *sujets de droit*, de droit privé, et de droit public : médecins-acteurs de leur profession, et médecins sujet de droit individuels d'un côté ; patients-malades et *acteurs*, et patients *sujets* autonomes, de l'autre. Comprenons que la question des obligations entrerait dans une structure de droit à géométrie variable. En effet, les obligations ne sont pas uniformes, et ainsi c'est dans la phase de la qualification des termes du contrat (A.), faisant son régime (B.) que se révélera le degré de contrainte incombant aux acteurs débiteurs et créanciers présumés (C.). De toute évidence, loin de permettre de retrouver un statut uniforme quant aux droits du mourant, le contrat hospitalier de soins conduirait à considérer celui-ci comme demeurant prioritairement une personne privée (D.).

A. Au commencement, un contrat médical évoluant en contrat hospitalier.

785.- Avant d'être fondé sur une relation contractuelle, la relation médicale reposait sur un accord éthique et déontologique tacite. C'est en soulevant les causes de responsabilité que la Cour de cassation a progressivement permis de dégager l'existence d'un contrat (1.), en abandonnant la responsabilité délictuelle du médecin. Toutefois, appliqué à l'établissement public de santé, ce contrat se distinguerait du premier contrat médical dans la mesure où il ne pourrait, *a priori*, s'agir que d'un contrat à caractère administratif (2.).

1. Un contrat médical de soins comme première base de réflexion.

786.- Par hypothèse, considérons que le rapport juridique qui lie toute personne à une autre peut être qualifié de contractuel dès lors qu'un accord, fut-il tacite, consacre le consentement éclairé de chacune des parties dans l'engagement réciproque qu'elles se proposent¹⁶¹¹.

¹⁶¹⁰ Sur le contrat de soins, voir Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 870 s. Cependant notons que si complet soit l'inventaire des obligations naissant du dit contrat, celui-ci n'est pas défini ni quant à ses éléments constitutifs, ni quant à son régime. Pour cela nous renvoyons à la thèse de B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 171 s., où l'auteur parle d'une « découverte » quant au contrat hospitalier.

¹⁶¹¹ Le fondement de droit commun repose sur le consentement entendu en tant qu'acceptation à une offre contractuelle. Cela signifie que l'offre doit être suffisamment *claire*, voir en ce sens, C. cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 74. L'offre n'est pas nécessairement écrite ou verbale ; voir en ce sens CA de Grenoble, 14 avril

787.- Ainsi, la personne créancière d'une obligation de service, ou encore d'une obligation de soins aux fins de moyens ou aux fins de résultats, telle que l'établissement d'un diagnostic¹⁶¹², ou encore des analyses¹⁶¹³, engage sa responsabilité eu égard, non seulement à sa volonté consentie, mais également aux droits pouvant régir l'activité proposée, même sur le seul fondement simple de l'organisation de l'hôpital¹⁶¹⁴.

788.- Cependant, si le contrat de l'arrêt *Mercier* avait vocation à régir les relations entre deux personnes physiques privées, le contrat dont il s'agirait en l'espèce ne pourrait, par hypothèse, relever que d'un statut de droit public. Il s'agirait d'un contrat de droit administratif que l'on identifierait comme contrat hospitalier de soins. Le médecin, voir *extensivement* tout professionnel de santé, ne serait pas lié directement à la personne mourante, y compris à raison de sa fonction exercée au sein de l'établissement public de santé. C'est à ce dernier que le mourant se lierait dans sa relation contractuelle le faisant exiger de recevoir les soins appropriés à son état.

2. Les éléments constitutifs du contrat hospitalier

789.- C'est à l'établissement public de santé de répondre des atteintes éventuelles aux éléments constitutifs du contrat, dans le cas d'une action en responsabilité, à l'initiative du mourant ou de ses ayants droits.

790.- Les critères du contrat hospitalier de soins obéiraient aux règles de droit administratif. Il s'agirait tout d'abord du *consentement* qui distingue désormais ce contrat des autres types de relation à caractère réglementaire propre à l'usager d'un service public, et qui ne trouvent plus à s'appliquer dans les établissements publics de santé. Le consentement des contrats hospitaliers répondant aux mêmes exigences que celui du droit commun civil, il s'agirait de préciser en quoi une fois encore, le mourant serait dans une situation de confusion des droits

1958, *D.* 1958, 414, note Rodière, ou encore C. cass. 1^{ère} civ. 2 décembre 1969, *D.* 1970, 104, note C.-M. ; *RTD civ.* 1970, 589, obs. G. Cornu. Appliquée au consentement en matière médicale, l'acceptation de l'offre résulte de l'information rendue obligatoire aux termes de l'art. 16-3 al. 2 du Code civil, ainsi que l'art. L. 1111-4 du Code de la santé publique notamment ; ceux-ci font suite à la consécration jurisprudentielle en premier du devoir d'information comme condition *sine qua non* à l'acceptation de contracter : C. cass. 2^{ème} civ. 10 mars 1997, *Bull. civ.* II, n° 75.

¹⁶¹² CE. 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris c/ Léone*, préc.

¹⁶¹³ CE. 19 décembre 1984, *Bohrer*, Rec. 433, concl. Stirn.

¹⁶¹⁴ CE. 8 novembre 1935, *Dame Vion*, préc.

applicables. Le patient n'a, par hypothèse, pas conscience que lorsqu'il donne son consentement, celui-ci conduit à faire reposer la relation sur la base d'un contrat le liant à l'hôpital. Lorsqu'il entend agir, lui ou ses ayants droit, penseront d'abord à celui qui lui a causé un dommage, directement ou indirectement, à savoir le professionnel de santé.

791.- Au-delà des questions de responsabilité, retenons ici que la délivrance du *consentement* est le devoir du mourant qui prolonge l'*obligation de délivrance de l'information* par le médecin : obligation déontologique d'abord, reposant sur l'article 35 du Code de déontologie médicale, faisant obligation de donner en ce sens « un diagnostic, une guérison raisonnablement possible, et un conseil ». Puis jurisprudentielle, où la distinction juge judiciaire-juge administratif est parfaitement étonnante ; si le juge judiciaire consacre l'obligation d'information comme condition *sine qua non* à l'obtention du consentement dès 1942¹⁶¹⁵, le juge administratif sera beaucoup plus tardif¹⁶¹⁶, et exigeant. En effet jusqu'aux abords de la fin des années 90, la jurisprudence constante n'indemnisait pas le patient pour défaut d'information, dans les cas d'inexistence d'alternative thérapeutique¹⁶¹⁷. C'est en reconnaissant le *caractère légal de cette obligation*, en l'introduisant au code de la santé publique¹⁶¹⁸, que le contrat considéré se trouverait être assuré quant à la nécessité du respect de celle-ci, par le médecin, sous la tutelle de l'établissement public.

792.- Le *lien de subordination du médecin* serait l'élément distinctif du contrat hospitalier¹⁶¹⁹, en ce sens que le médecin doit être considéré comme un salarié de l'établissement public de santé. Ce lien de subordination traduirait l'exigence selon laquelle, seule l'administration hospitalière pourrait répondre des fautes commises par ses fonctionnaires, sauf révélation d'une faute dolosive¹⁶²⁰. La fonction du médecin hospitalier relevant donc de la fonction publique hospitalière¹⁶²¹, il s'agirait pour lui d'accomplir sa

¹⁶¹⁵ Dans un arrêt C. cass. req. 28 janvier 1942, *Teysier*, préc.

¹⁶¹⁶ le juge administratif retiendra sa position contraire jusqu'à une position de revirement préalable dans la décision TA de Versailles 26 juin 1997, *Lahiaoui*, *Petites affiches* 23 février 1998, p. 12, note J. Kurlic.

¹⁶¹⁷ Voir CE. 6 décembre 1978, Rec. CE, p. 947 ou encore CAA de Bordeaux 11 juin 1991, *Cts Guignard*, RT 1185.

¹⁶¹⁸ A l'art. L. 1112-1 al. 2 du Code de la santé publique.

¹⁶¹⁹ Il s'agit d'identifier qui est débiteur du soin ; en l'espèce il s'agit de l'établissement public de santé auquel le praticien qui est le deuxième protagoniste y est subordonné.

¹⁶²⁰ Ce lien de subordination contractuelle permettrait de déterminer la nature exclusivement administrative du contrat de soins hospitalier, et ainsi écarter toute possibilité de responsabilité personnelle du médecin, sauf cas de responsabilité pénale.

¹⁶²¹ Voir en ce sens, pour une approche plus ancienne, mais toutefois toujours d'actualité quant aux fondements du service public hospitalier eu égard à sa mission de service public : J.-B. Auby, *Fonction publique hospitalière*, J.-Cl. Administratif, fasc. 192, Litec, 1998 ; ou encore J.-M. Clément, *Guide pratique de la fonction*

tâche, conformément aux dispositions réglementaires et légales, suivant les préconisations des différents comités, afin de se dégager de toute responsabilité directe.

B. Le régime spécifique du contrat hospitalier

793.- La spécificité de ce contrat devrait par définition répondre aux critères du contrat administratif. Cependant, les clauses exorbitantes du droit commun¹⁶²² pourraient parfois poser problème en raison du statut même du mourant.

794.- Ainsi, si *l'établissement public de santé* serait aisé à reconnaître ; si le *lien de l'objet contractuel avec le service public* se reconnaîtrait facilement dans le soin en lui-même, en tant qu'obligation auquel le mourant participerait, car il a été reconnu citoyen de sa santé¹⁶²³, *les clauses dérogatoires du droit commun* seraient quant à elles celles qui détermineraient le caractère administratif du régime contractuel : il s'agirait du critère spécifique permettant d'attribuer un régime uniforme et unique au contrat hospitalier de soins.

795.- Notons une confusion commise à l'égard du patient, en appendice à ces remarques préliminaires à l'émergence du régime du contrat hospitalier. Il semble nécessaire de le faire dans la mesure où c'est aussi du statut effectif du mourant qu'il sera possible de comprendre l'applicabilité du contrat. Et c'est en regardant la capacité tangible du patient qu'il sera possible d'entrevoir le pouvoir réel du mourant, relativement aux conditions du dit contrat. Car, en réalité, *a priori*, le mourant participerait en effet au processus décisionnaire le concernant, aux termes de la « démocratie sanitaire » du Titre II de la loi du 4 mars 2002. Et les termes de la loi ne prévoient pas de limitation à cette participation, n'envisageant pas de la rendre occasionnelle. Cette approche semble contraire à celle élaborée par Pitcho, qui en fait un collaborateur occasionnel du service. Cependant, même s'il n'est pas vrai que le patient-

hospitalière, Berger-Levrault, 1986 ; voir enfin la réforme issue de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, *relative à l'hôpital et aux patients, à la santé et aux territoires*, préc ; et S. Elshoud, *L'essentiel du droit médical et du droit de la santé*, op. cit., pp. 35-42.

¹⁶²² Voir R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. Cit., n° 737, qui s'interroge sur le « déclin » ou la « fonction marginale » de ce critère, et affirme qu'« il ne faut pas oublier que le critère de la clause exorbitante est le seul à pouvoir donner un caractère administratif à tout contrat ». La subsidiarité d'un tel critère, voir l'identité des critères d'un contrat à vocation administrative sur les critères d'un contrat privé tendrait à faire disparaître le contrat administratif au profit d'un contrat de nature privée régissant les liens de la personne privée avec la personne publique.

¹⁶²³ Selon la loi du 4 mars 2002.

mourant participe systématiquement à tout le processus décisionnaire le concernant, Pitcho ne semblerait pas voir pourquoi ça ne l'est pas. **L'erreur d'interprétation résiderait dans l'ignorance** quant à la place du médecin qui demeurerait omnipotent par le fait même de la loi. En reconnaissant le statut de citoyen de santé, la loi nierait toute liberté absolue. En revendiquant la pleine jouissance, et en définissant ce qu'est cette pleine jouissance, le législateur confère en réalité une limitation de jouissance à ce droit. Par là même, il offre une plus large autonomie à ceux qui exercent leur créance à l'égard du malade-mourant. Le médecin aurait en effet la possibilité d'anticiper les conditions où l'exercice de son art constituerait une atteinte, déontologique, légale ou jurisprudentielle. L'appréciation du préjudice s'en trouverait affectée par la limitation même aux seuls droits du mourant. Cette démarche est une fois de plus celle du *pseudos* platonicien prenant la partie, le droit du mourant, pour le tout, la pleine jouissance des droits de la *personne*. Or, cette disposition semble constitutive du contrat en ce sens qu'il est présumé être synallagmatique.

796.- Contre toute systématisation du contrat hospitalier, notons que le mourant serait parfois regardé comme un sujet de droit privé, lorsqu'il intenterait une action pour cause dolosive. Et cette seule condition suffirait à rendre caduque la clause exorbitante¹⁶²⁴. C'est en observant les conditions d'exécutions du contrat hospitalier qu'il deviendrait possible de déduire son régime et donc le droit positif applicable.

797.- Le contrat s'exécuterait en deux temps corrélatifs. D'une part il s'agirait de l'exécution opposable au patient, qui paie le service de soins dont il bénéficie¹⁶²⁵. D'autre part il s'agirait de l'exécution par l'établissement de soins. Celle-ci se déduit des différentes obligations incombant aux professionnels de santé et médecin y exerçant, et se trouvant opposables à raison des différents cas de responsabilité que le mourant pourrait soulever contre l'établissement public de santé et ses commettants.

¹⁶²⁴ Voir en à ce sujet Ch. Fardet, *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général*, in *AJDA* 2000, pp. 115-119.

¹⁶²⁵ Le patient-mourant est informé des frais prévisibles aux termes de l'art. L. 1111-2 du Code de la santé publique. Voir en ce sens G. Koubi, *Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé*, *RD sanit. Soc.*, 1999, p. 1 ; ou encore C. Barbier, *L'usager est-il devenu le client du service public ?*, *JCP* 1995, I, 3816. Enfin, précisons que la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une Couverture maladie Universelle, préc. a profondément changé la prise en charge la plus large possible quant aux soins. Cependant elle oppose des critères qui limitent l'accès à son éligibilité la plus *universelle*. Pour plus d'éléments sur ces différents points, voir B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 188-194.

798.- A la recherche d'uniformité, il s'agirait donc d'imposer l'hypothèse selon laquelle le contrat hospitalier de soins pourrait être conclu sous deux formes. Il serait soit soumis au régime des contrats publics, soit au régime des contrats privés. Pour la première solution qui confère un caractère administratif au régime applicable il conviendrait d'identifier trois critères : la *présence d'une personne morale de droit public*, le *rattachement de l'objet du contrat à l'exécution même du service public* et enfin *la présence des clauses exorbitantes du droit commun, ces dernières en exécution de l'intérêt général conçu au précédent critère*¹⁶²⁶. Pourtant ce régime ne semblerait satisfaire les exigences modernes faisant du mourant un consommateur de soins.

799.- Celui-ci a en effet des exigences de satisfactions, de telle sorte que le contrat hospitalier, bien que relevant de nombre de similitudes avec un contrat de droit administratif, serait en définitive un contrat mixte, au-delà de toute unité formelle. Il serait administratif en apparence, mais de nature privée, entretenu avec une personne publique¹⁶²⁷. Toutefois, les exigences du mourant seraient autant de causes permettant de définir des raisons contractuelles. Ainsi, sans se soucier de la nature du contrat, le législateur ainsi que les juges scellent son statut dans une multitude prédéfinie de conditions, standardisant les droits qui lui seraient applicables. Dans le même esprit que celui faisant la construction du concept de mourant, le régime du contrat hospitalier serait le produit polymorphe d'une pluralité de sources rendues effectives par le biais des tribunaux, ne se souciant guère de l'efficacité des conditions contractuelles favorables au mourant.

¹⁶²⁶ Ch. Fardet, *ibid.*

¹⁶²⁷ L'existence d'un service public n'est absolument pas incompatible avec la soumission au droit contractuel privé des relations entre l'organisme et le client. Ainsi, la relation de droit public peut être soumise aux règles du contrat de droit privé. Voir en ce sens J. Amar, *Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation*, Contrats Conc. Consom. 2002, chron., 2. ; sur la gradation des opinions doctrinales quant à l'éventuelle soumission des personnes publiques au droit contractuel privé, de telle sorte que le *droit de la santé s'inféode progressivement aux lois du marché* ; voir en ce sens G. Rousset, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, passim* .

C. L'illusion du rapport synallagmatique : les fondements de la *condition potestative*

800.- La personne débitrice¹⁶²⁸, consentante quant à elle à s'acquitter d'une dette, reçoit les bénéfices de l'obligation du créancier, s'engageant, en contre partie de quoi, à donner son consentement. Si l'on interroge un tel rapport en matière de santé, il s'agirait bien de mettre en relief le présupposé *contractualiste* qui scelle l'union entre un médecin et son patient, alors même que la réalité est celle d'un rapport déontologique, puisque le seul lien contractuel possible est celui liant le patient à l'établissement de santé. Nous nous fonderons donc sur une hypothèse relativement audacieuse, mais pourtant qu'il serait possible de distinguer dans les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation ; cette dernière réintroduisant une responsabilité délictuelle en matière de défaut d'information¹⁶²⁹. D'une telle solution nous comprendrions que la relation médecin patient pourrait primer dans le cadre toutefois du déroulement d'une relation contractuelle hospitalière, comme s'il pouvait exister à l'intérieur de celle-ci, des îlots de droit privé.

801.- La part incombant au débiteur médecin semble bien plus conséquente que celle du mourant. C'est lui qui soigne, il agit. Le mourant reçoit, et sa seule action résiderait dans celle de consentir ou non. Mais, la question « *à quoi consentirait-il ?* » serait le point de départ d'une problématique nouvelle, révélant la négation du rapport synallagmatique originel à la relation contractuelle.

802.- Considérons que c'est au praticien d'élaborer les termes du contrat. En effet, ce sont autant d'obligations lui incombant, en conformité avec les dispositifs réglementaires et légaux. Il doit faire un choix, par exemple lorsqu'il délivre une information, entre les différentes **composantes** possibles que de celle-ci peut recouvrir. Les termes de l'obligation appartenant au médecin, celui-ci se fondera donc avant tout sur sa matière de prédilection, médicale et biologique. Cela signifie donc que, bien que légale, cette obligation obéit en pratique aux *données acquises de la sciences* qui, quant à elles, ne peuvent réellement correspondre qu'à l'appréciation subjective du médecin, dont on connaît déjà les risques de

¹⁶²⁸ La personne *débitrice* est bien celle du médecin qui est celui qui *détient* la connaissance médicale acquise, et qui *doit* donner l'information qui correspond le plus exactement à cette connaissance applicable aux soins proposés, et qui *doit* ensuite tout mettre en œuvre pour assurer l'exercice de son art en conformité aux dispositions légales, en tant que *dette due* au mourant. L'obligation du médecin paraît en quelque sorte tautologique.

¹⁶²⁹ Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc. et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

*débordements triomphants*¹⁶³⁰. Dès lors, de telles observations s'impose la question du caractère unilatéral d'un tel engagement¹⁶³¹, que nous présupposons de nature contractuelle ; attendu que de tout échange entre les hommes, dès lors que celui-ci est fondé sur l'interactivité des accords, il existe un contrat. **Le déséquilibre, dont nous imposons l'hypothèse dans la relation entre médecin et mourant, résulterait en réalité d'une situation de droit, où le praticien serait au commencement et à la fin du rapport de nature juridique, introduisant en ce sens une forme de « cause immorale » relevant d'un motif d'ordre public**¹⁶³². **L'unilatéralité de l'engagement ne serait pas visible, mais sous-jacente, et justifiée par l'obligation de soins. Nul autre que le médecin serait à même d'en connaître mieux les fondements pratiques et théoriques, l'engageant dans une mission de service publique, en agissant pour le compte de l'établissement public de santé, dès lors, couvert par le voile étatique.**

803.- Le mourant, ici encore, décidément, ne serait qu'acteur figurant de la décision le concernant. C'est la science médicale, objet de l'information, qui conditionnerait le consentement du mourant et qui conditionnerait par là même l'échange dans ses effets de nature juridique. Or en tant que considérée comme science dite dure, la connaissance médicale ne semblerait pas offrir d'alternatives thérapeutiques ; et en ce sens il existerait alors une forme de subsistance de la vieille jurisprudence administrative relativisant la responsabilité des médecins du fait de l'exercice de leur art en tant que fonctionnaire salarié de l'Etat¹⁶³³.

804.- L'absence d'une multitude d'alternative obligerait en quelque sorte le mourant à suivre l'information-conseil qui prendrait la forme d'une recommandation, et ainsi lui serait opposable en cas de refus. Le mourant, dans ce dernier cas, pourrait être considéré comme mettant délibérément sa vie en danger, et cela constituerait une cause d'exonération quant à l'atteinte rendue légalement possible à l'intégrité du mourant par les médecins, conformément aux dispositions de l'article 16-3 du Code civil, par exemple. L'obligation d'information deviendrait alors obligation de conseil, puis recommandation à valoir décisive, lui conférant

¹⁶³⁰ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., pp. 162 et 338.

¹⁶³¹ V.M-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Thèse, PUAM, 1996 ; ou encore pour une approche différenciée, Ch. Jamin et D. Mazeaud, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

¹⁶³² Voir en ce sens sur la cause immorale et illicite V.M-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, op. cit., n° 335 s.

¹⁶³³ CE 6 décembre 1978, Rec. CE, p. 947 ou encore CAA Bordeaux 11 juin 1991, *Cts Guignard* préc.

la valeur d'une obligation de résultat de sécurité. Toutefois, attendu que la valeur de cette obligation serait exigible au titre d'une obligation de résultat de sécurité, le patient ne saurait être écarté de la relation à tendance contractuelle, car l'exigence émanerait directement de ses droits contractuels le liant à l'hôpital ; le seul contrat de nature synallagmatique ne pourrait donc être ignoré, mais dans la seule perspective administrative, là même où il est évident que le mourant à en quelque sorte aucun pouvoir décisionnaire quant à l'élaboration des conditions d'existence du contrat. Il ya aurait donc une réelle incertitude quant à l'effectivité de la participation du mourant. Autrement dit : y-a-t-il condition synallagmatique ?

805.- Afin de clarifier les causes d'une telle ambiguïté, il s'agirait alors en l'espèce d'opérer une nette distinction quant à la différence existant entre le consentement préalable au contrat hospitalier de soins, et le consentement au soin médical. Ainsi, le seul *consentement préalable au contrat* suffirait à sceller le rapport synallagmatique, et constituerait donc une cause d'opposabilité aux obligations de l'établissement public de santé ; le *consentement aux soins* serait, quant à lui, opposable aux termes de l'obligation d'information qui, en l'espèce, pourrait faire disparaître en quelque sorte le caractère synallagmatique de l'échange, considérant qu'elle prendrait l'aspect d'une **injonction à agir, conformément à ce que nous posions comme acquis en raison des composantes mêmes de la dite obligation**. Cependant, le consentement aux soins reposant en premier lieu sur un rapport contractuel de nature synallagmatique, celui-ci couvrirait l'ensemble de l'échange, dissimulant ainsi les suites à caractère unilatérales. Le premier consentement serait la cause permettant l'expression du second. Il relèverait d'un contrat de nature privée, contracté avec la personne morale publique de l'établissement public de santé. Le second, serait plus directement lié au médecin, bien qu'ayant la même valeur, puisque le médecin est ici fonctionnaire salarié de l'établissement. La relation *quasi* unilatérale serait donc couverte par l'obligation légale d'une part, et le caractère synallagmatique du contrat de soins hospitalier, d'autre part.

806.- Dans le cas de l'hôpital, le patient est usager consommateur d'un service public, quand bien même attaché à l'établissement public par un lien contractuel de nature privée¹⁶³⁴. L'obligation incombant au médecin ne serait plus dès lors exclusivement déontologique, et

¹⁶³⁴ Notons une fois de plus, s'il est nécessaire de le rappeler, que les solutions dégagées par la jurisprudence de la Cour de cassation intéressent le domaine du droit du mourant qui ne saurait se limiter au seul droit public. Ainsi, les solutions dégagées par le juge de la Haute cour civile ont su tout à la fois inspirer le droit public comme elles ont su aussi parfois s'en inspirer. Notons enfin que le droit privé de la *personne*, étant premier dans l'ordre des droits, il convient toujours de regarder ce que dit le juge civil sur une question qui ne peut donc qu'être mixte en droit.

relevant d'un droit public de double nature, dans son contentieux à la fois disciplinaire et administratif.

807.- La présente hypothèse ne saurait être complète si l'on ne s'attachait pas à préciser la double nature, en réalité, du lien qui lie médecin et mourant. En effet, quand bien même la relation de soins se lierait au sein de l'unité hospitalière, relevant de l'application du droit public, le droit privé ne pourrait en être écarté. Nous comprendrons cela aisément en rappelant que le médecin, au-delà même de sa seule responsabilité disciplinaire ou encore administrative comme fonctionnaire de service public, pourrait voir soulever sa responsabilité civile, délictuelle¹⁶³⁵ voir même pénale au cas de pratiques *euthanasiques* par exemple¹⁶³⁶. Mais cette idée ne suffit pas à illustrer cette double nature privé/public ; il s'agirait au surplus de rappeler en quoi la *personne*, bien qu'usager *consommateur* d'un service public, ne pourrait être considérée dans son rapport à l'établissement de soin, uniquement sous l'angle du droit administratif, et ce en dehors du lien contractuel dont il est évident qu'il suffirait déjà, en lui-même, à soulever l'ambiguïté.

D. La primauté du droit privé comme garantie du droit de la *personne*, en *premier*

808.- La *personne* demeurerait un sujet de droit dont les prétentions dépasseraient la simple exigence de recevoir un soin l'accompagnant vers la mort. Ici, *a posteriori* d'une analyse des critères de *juridicité* de la norme de santé, ainsi qu'au regard des difficultés à identifier un régime uniforme au contrat hospitalier, c'est la question cruciale de la garantie de la *dignité* qui ferait œuvre de sacerdoce pour le personnel soignant. Dès lors, la notion éminemment philosophique, appellerait conjointement l'accomplissement d'obligations inhérentes à l'accomplissement d'un service public, mais à tout le moins également, d'une obligation de conservation de la garantie d'un droit privé, relevant de la protection due à chacun du respect

¹⁶³⁵ Rappelons que la responsabilité du médecin est contractuelle depuis l'arrêt *Mercier* en dehors du champ de l'établissement public de santé. Toutefois, la responsabilité délictuelle demeure possible au sein de l'unité hospitalière : voir C. cass. crim. 8 février 2011, préc. Cette responsabilité ne saurait l'exonérer de sa responsabilité délictuelle en réparation d'un dommage né d'une faute détachable de l'exercice de sa fonction. La faute détachable du service demeure possible, et le lien entre les deux ne saurait être suffisamment distinct pour que la Cour ne sache retrouver en certaines circonstances une faute détachable de la fonction en tant qu'accomplissement du service, public.

¹⁶³⁶ Le seul article 4127-38 al. 2 du Code de la santé publique suffisant à qualifier l'acte d'euthanasie *active* rappelons-le.

de sa vie la plus intime, renvoyant au visa de l'article 9 du Code civil¹⁶³⁷, domaine dans lequel le Conseil d'Etat ne semble pas réellement s'être investi¹⁶³⁸. Le domaine de la vie privée serait ontologiquement sous-jacent au droit administratif, ne le regardant jamais directement, avant de l'être théoriquement, en tant qu'il n'émergerait pas d'une reconnaissance, mais qu'il commanderait cette reconnaissance, car nul n'a besoin qu'on lui attribue de la *dignité* pour être digne¹⁶³⁹.

809.- Il ne s'agirait donc plus de considérer un double rapport, sur les fondements de la relation uniquement contractuelle, mais avant celle-ci, un double fondement, dans lequel le droit public ne serait que la face la plus visible et extérieure d'un droit plus profond, « caché » et *principliel*¹⁶⁴⁰.

810.- En ce sens, la règle de droit public ne serait toujours que l'application conceptualisée et abstraite d'une règle qui lui serait sous-jacente, et procédant des rapports qui régissent ontologiquement les échanges entre les hommes. Il s'agirait ici encore de rappeler que le *zoôn politikon* aristotélicien est d'abord *zoôn*, ou animal, et donc conditionné par son être ontologique. Puis *politikon*, ou politique au sens de *sociable*, qui se *sociabilise* par le langage (*zoôn logon êkhon*), et qui donc traduirait les règles ontologiques sous la forme de règles écrites ou orales, permettant le respect des premières. Seuls les échanges entre *personnes* physiques pourraient être considérés comme fondateurs d'une société, car ils procèderaient avant tout de la *philia* que Aristote emprunte à Platon, qui quant à lui parle de *agelaion zoôn*, ou animal de troupeau¹⁶⁴¹. C'est ce qu'un droit public administratif, considérant la *personne* dans une perspective strictement collective, élaborerait sur le fondement hypocrite du droit

¹⁶³⁷ Ou encore de l'article 8 de la CEDH.

¹⁶³⁸ Notons en effet que seule la Cour de cassation s'est investie du rôle d'indemniser les victimes de souffrances, y compris en état végétatif chronique ; voir en ce sens C. cass. crim. 11 octobre 1988, préc.

¹⁶³⁹ C'est ce que suggère le texte même de la loi de 2002 qui insère au Code de la santé publique l'obligation pour le médecin de sauvegarder la dignité du mourant. Cela signifie bien qu'il doit partir du présumé selon lequel il trouve le mourant digne, et doit faire tout son possible pour le laisser ainsi jusqu'à la mort. Cependant, la sauvegarde n'est pas la garde, et présuppose la possibilité de manquements occasionnant des pertes de dignité.

¹⁶⁴⁰ Rappelons à cette occasion les fondements métaphysique et éthique du droit, privé en *premier* ; voir J.-M. Trigeaud, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit. ; ou encore, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 17, qui mentionne que l'analyse consiste à « remonter du particulier au plus général » ; du fait à la règle la plus irréductible.

¹⁶⁴¹ Voir en ce sens sur le *zoôn*, Aristote, *Politique*, op. cit. I, 2 1253a 1-18 ; Platon, *Le politique*, op. cit., 261c ; sur la *philia*, voir Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 317 s. ; et Platon, *Lysis*, op. cit. ; ou encore pour une approche analytique J.-J. Chevalier, *Histoire de la pensée politique*, Tome I, Payot, Paris, 1979, ou encore, M. Abensour et al., *L'animal politique*, Revue Epokhè, Grenoble, 1996, p. 11.

privé des libertés individuelles¹⁶⁴². Car en réalité, derrière le fondement humaniste de ces libertés se cacherait l'intention de diriger le peuple, dans la direction politique voulue. Et cette direction ne serait pas violente, et imposée par la force, mais dissimulée dans la loi, justifiée sur les fondements des *droits de l'homme*.

811.- Pourtant, contre tout idéalisme, les droits de nature publique ne devraient être qu'une conséquence, résultant de la cristallisation des rapports humains, du fait de la formation d'institutions dont la vocation première serait de garantir la bonne administration des échanges de nature privé, en n'en regardant pas ce qu'ils sont, mais en protégeant leur accomplissement, en tant qu'ils sont d'abord des relations entre *personnes*.

812.- Le contrat serait donc en apparence public, car dans l'enceinte de l'établissement public ; le premier critère du contrat administratif suffirait en ce sens à lui conférer un caractère *apparemment* administratif. Mais il reposerait au fond sur une relation de droit privé entre une personne physique, le mourant, et une personne morale, agissant pour le compte d'un service public étatique, l'établissement de soins, par l'intermédiaire de ses *commettants* médecins et autres professionnels de santé. Ce rapport de double nature privé en premier et immédiatement après public, est au cœur de ce qui fait de *la personne mourante, un isthme entre droit privé et droit public*.

¹⁶⁴² Et rappelons alors ce que R. Chapus pouvait en dire lorsqu'il rappelait la stricte compétence du seul juge judiciaire quant aux garanties relatives aux libertés fondamentales et particulièrement les libertés individuelles. Voir, R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 824 s.

Chapitre.III. Les obligations *privilégiées* du médecin

813.- En matière hospitalière, les droits applicables, qui sont essentiellement liés aux obligations incombant aux praticiens ne peuvent, en apparence, être considérés que dans un rapport strictement administratif¹⁶⁴³. En effet, si par hypothèse l'établissement public regarde le mourant en tant qu'usager d'un service public, car il se trouve créancier d'une obligation de soins, il conviendrait, pour en préciser les contours, d'identifier la nature exacte des obligations incombant au débiteur médecin, et plus largement de tous les professionnels de santé. En ce sens, derrière l'apparente omnipotence du droit public, se trouverait des obligations pouvant relever du droit privé.

814.- Les patients mourants victimes, ou leur famille intenteraient d'abord, en général, une action en justice en considérant, en premier, la faute de celui qui serait à leurs yeux le seul responsable : le médecin, l'infirmière, *etc.* Ce n'est qu'après l'échec de telles actions qu'ils se retourneraient vers les juridictions administratives¹⁶⁴⁴. Bien que les juridictions civiles renvoient régulièrement devant les juridictions administratives, la confusion demeurerait, attendu que les juridictions judiciaires ont, au même titre que les juridictions administratives, élaboré toute une jurisprudence relative aux obligations des professionnels de santé, à commencer par celles incombant aux médecins hospitaliers, notamment eu égard au devoir d'information. C'est en ce sens qu'un inventaire non exhaustif des dites obligations permettrait de dénouer la part relevant d'un droit public, et celle relevant d'un droit privé, ce qui devrait, ici encore, nous conduire à admettre l'inexistence d'une *frontière stricte* entre les deux.

815.- Partant d'une obligation de soin, à la fois fondatrice du rapport contractuel, mais également conséquence première du contrat, dans un enchevêtrement théorique à travers causes et conséquences (**Section.I.**), il s'agirait de déduire l'*obligation de dignité*, procédant d'une coïncidence entre le principe de liberté et celui de l'engagement contractuel (**Section.II.**). L'*obligation de dignité* trouverait son fondement dans une obligation de résultat de sécurité, dégagée de la jurisprudence de la Cour de cassation, permettant de déguiser des

¹⁶⁴³ Voir à ce propos J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique. Les responsabilités dans les établissements publics hospitaliers*, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴⁴ L'article L. 1142-28 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, prévoit dorénavant que les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage.

obligations de résultats en obligations de moyens (**Section.III.**). Juridiquement, l'obligation serait certes de moyens, toutefois, le basculement vers une technologisation outrancière du rapport médecin-mourant, conduirait à considérer les effets de l'accompagnement comme relevant d'une forme d'obligation de résultat (**Section.IV.**) procédant d'une exigence de sécurité, dont il semblerait qu'elle permette non pas réellement de protéger le mourant, mais plutôt les médecins dans leur pratique (**Section.V.**), nous conduisant jusqu'à supposer la poursuite d'un comportement d'acharnement thérapeutique ou obstination palliative¹⁶⁴⁵. Les conditions potestatives du contrat de soins seraient alors juridiquement scellées, la norme imposant la dignité sur les fondements d'une éthique rationalisée à l'extrême, jusqu'à l'étouffement. Et c'est certainement la raison pour laquelle, jamais la dignité ne serait invoquée par qui que ce soit, car la confusion entre raison et rationalisation, confusion typique d'une *bioéthique* empirique et nihiliste, justifierait l'ignorance des fondements de l'éthique, par delà les perceptions sensibles. Il en serait ainsi de la raison éthique, celle conjugant connaissance et dialectique (**Section.VI.**).

Section.I. Obligation de soins et enchevêtrement contractuel

816.- L'obligation de soins correspondrait à un triptyque déontologique d'inspiration morale. Ainsi il s'agirait d'abord de soigner pour guérir, après avoir délivré l'*information-conseil rassurante* (**Paragraphe.I.**) ; puis de soigner *contre* la mort, après avoir délivré l'*information-injonction* (**Paragraphe.II.**) ; enfin de soigner-accompagner vers la mort, après avoir délivré, ou non, l'*information-funeste* (**Paragraphe.III.**). Si en apparence la situation du mourant devrait se situer exclusivement dans les deux dernières catégories d'informations, la première ne pourrait être ignorée car le mourant ne saurait se résoudre *tout de suite* à l'inéluctabilité de son état de santé.

Paragraphe.I. Obligations et soins : une apparente tautologie

817.- Avant toute autre obligation, le soin serait conditionné par la délivrance d'une information claire et éclairante au mourant. Celle-ci serait déjà l'obligation de soins, et

¹⁶⁴⁵ Voir en ce sens l'idée partagée chez J.-F. Richard, *Prise de décision et proportionnalité des soins*, op. cit.

procèderait d'abord des sources jurisprudentielles des Hautes Cours (A.), avant d'être consacrée par la loi de 2002 (B.). En réalité, soigner serait déjà une obligation en elle-même.

A. Les sources de l'obligation de soins dans la jurisprudence

818.- Obligation déontologique d'abord, elle repose sur l'article 35 du Code de déontologie médicale, faisant obligation de délivrer en ce sens un diagnostic, une guérison raisonnablement possible, et un conseil. Elle ne serait pas étrangère à la jurisprudence des Hautes Cours.

819.- L'obligation de soins d'origine jurisprudentielle trouverait ses sources dans la distinction juge judiciaire/juge administratif, différenciation qui serait parfaitement étonnante.

820.- Le juge judiciaire, faisant preuve d'un remarquable raisonnement en *équité*¹⁶⁴⁶, consacre l'obligation d'information comme condition *sine qua non* à l'obtention du consentement, dès 1942, dans un célèbre arrêt *Teyssier*¹⁶⁴⁷. C'est à partir de cette obligation qu'est conditionnée l'obligation de soins, en ce sens que sans elle, le soins serait considéré comme une atteinte à l'intégrité de la personne, à condition de ne pas être un acte rendu nécessaire.

821.- Le juge administratif retiendra quant à lui une position contraire jusqu'à une première évolution de *revirement préalable* n'intervenant qu'en 1997¹⁶⁴⁸, laissant augurer le revirement depuis définitivement consacré dans deux arrêts du Conseil d'Etat en date du 5 janvier 2000¹⁶⁴⁹. Jusqu'à lors, la jurisprudence constante n'indemnisait pas le patient pour défaut

¹⁶⁴⁶ Rattachant dès lors l'information au respect de la personne, le juge consacre ce droit comme procédant du respect que l'article 16-3 du Code civil scellera uniquement 42 ans plus tard avec la première loi dite *bioéthique* n° 94-654 du 29 juillet 1994 préc. Le droit de la personne ne nécessiterait donc visiblement pas de formulation normative pour être garanti par le juge qui statue en *équité*, au sens aristotélicien du terme ; rappelons, l'équité chez Aristote, *Rhétorique*, L. I, chap. 13 ; voir la notion aussi chez L. Cadiet, *L'équité dans l'office du juge*, Justices n° 9, 1998, pp. 87-107. ; ou encore chez J.-M. Trigeaud, *Eléments d'une philosophie politique*, op. it., p. 55.

¹⁶⁴⁷ C. cass. civ. 28 janvier 1942, *Teyssier*, préc.

¹⁶⁴⁸ TA de Versailles 26 juin 1997, *Lahiaoui*, *Petites affiches* 23 février 1998, p. 12, note J. Kurlic, préc.

¹⁶⁴⁹ CE, 5 janvier 2000, *AP-HP de Paris et Cts Telle*, 2 espèces, préc. Le juge du Conseil d'Etat précise que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que si cette information n'est requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation. »

d'information dans les cas d'inexistence d'alternative thérapeutique¹⁶⁵⁰. Désormais, le patient mourant peut être indemnisé du fait d'un trouble né du défaut d'information, trouble pouvant aller du préjudice corporel¹⁶⁵¹ d' « invalidité » par exemple, jusqu'au décès pur et simple. Le Conseil d'Etat a largement fait peser la charge de la preuve sur les établissements publics de santé dès 1999¹⁶⁵², faisant suite une fois de plus à la Cour de cassation qui opérait un tel raisonnement dès 1997¹⁶⁵³. Cette dernière hypothèse ouvrirait donc l'action aux ayants droit du patient décédé. C'est en ce sens que si l'obligation de soins était un acquis, il serait désormais consacré par la jurisprudence.

822.- Nous nous interrogeons sur la pertinence de la notion de « perte de chance » dégagée par le Conseil d'Etat relativement à la personne mourante. En effet, l'abstention de soins, ou encore la faute ayant occasionnée celle-ci serait-elle admissible lorsqu'en réalité elle est liée à une obligation de soins. Considérant que la personne serait regardée comme presque morte, ou en tout cas dont la mort serait inévitable. Se trouverait-il pertinent d'appliquer le critère de la perte de chance à la survenue de la mort ?

823.- L'action des ayants droit semblait ouverte à une telle hypothèse attendu qu'ils étaient en mesure de raisonnablement espérer un prolongement de la vie du mourant si l'acte médical, même non fautif, n'avait pas été réalisé¹⁶⁵⁴. Cette hypothèse serait d'autant plus réalisable depuis la consécration du rôle des ayants droit compte tenue de la participation reconnue à la personne de confiance qui recevrait l'information : soit à la place de la personne mourante jugée alors incapable de fait, ou conjointement à celle-ci à la demande de celle-ci. Et c'est en ce sens que le Conseil d'Etat consacre le droit à poursuivre une action en réparation au-delà de la juridiction administrative, et de la seule solidarité nationale, lorsque le dommage semble dépasser, au titre de la perte de chance d'une « fin de vie moins douloureuse »¹⁶⁵⁵, les compétences du juge administratif, pour tomber dans le champ d'applicabilité de la

¹⁶⁵⁰ Voir CE 6 décembre 1978, *Rec. CE*, p. 947 ou encore CAA de Bordeaux 11 juin 1991, *Cts Guignard* préc.

¹⁶⁵¹ Ce qui ne semble pas suffisamment évident pour M. Bourié-Quenillet, *Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel*, *JCP* 1996, I, 3919.

¹⁶⁵² CE. ss. Sect. 5, 5 janvier 1999, *AP-HP de Paris c. Guilbot*, voir E. Martinent, *Libre propos autour de l'arrêt Guilbot et la loi du 4 mars 2002*, *Droit, Déontologie et Soins*, vol. 3, n° 4, décembre 2003, pp. 557-571. ; arrêt suivi de CE 5 janvier 2000 *AP-HP de Paris et Cts Telle*, préc.

¹⁶⁵³ C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, *Hédreul*, préc.

¹⁶⁵⁴ Cette hypothèse serait d'autant plus soutenue depuis que le Conseil d'Etat estime que le préjudice a été reconnu comme transmissible aux héritiers, et donc réparable au moyen du *pretium doloris* : voir CE sect. 29 mars 2000, *Assistance publique Hôpitaux de Paris*, préc.

¹⁶⁵⁵ Voir sur l'action en réparation de la fin de vie douloureuse et les limites de l'indemnisation automatisée, C. Collin, *L'offre d'indemnisation dérisoire d'une perte de chance de fin de vie meilleure et moins douloureuse équivaut à une absence d'offre*, op. cit., pp. 26-28. Voir CE. Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart.*, préc.

responsabilité civile¹⁶⁵⁶. Il s'agirait d'un droit à indemnisation complémentaire. En réalité il serait plus simple de le considérer comme l'application stricte et classique du *droit premier*, de l'esprit de la responsabilité civile de l'article 1382 du Code civil, à raison d'un fait dommageable causant un préjudice. C'est en raison de la sécularisation de la relation contractuelle que les contemporains semblent redécouvrir la possibilité d'une responsabilité de droit commun, sans qu'il ne soit besoin de recourir à un quelconque régime spécial et dérogatoire. Ici encore, ces dispositions indiquent la nature intrinsèque de l'obligation de soins, dans la mesure où l'indemnisation qui pourrait résulter de respect peu scrupuleux de cette obligation, serait la plus largement admissible.

824.- Avant la loi de 2002, la famille ne pouvait compter que sur le dispositif légal née de la loi de 1999, reconnaissant leur participation aux soins palliatifs, en tant que bénéficiaires et accompagnateurs du mourant. L'obligation de soins était ici particularisée à l'accompagnement, alors même que, encore une fois une telle obligation existait auparavant, sans dispositif légal spécial¹⁶⁵⁷. Cependant, les dispositions de la loi de 1999 rendaient la délivrance de l'information aux ayants droit (famille principalement) du mourant jugé incapable de fait car inconscient, opposable aux établissements publics de santé ; au nom seulement du principe de la continuité de l'action qui aurait été entamée par le mourant¹⁶⁵⁸, mais aussi et surtout conformément au principe de sauvegarde de la dignité humaine, opposable devant n'importe quelle juridiction compte tenu de sa valeur constitutionnelle. Notons que l'exigence de la délivrance d'une information comme condition à l'obtention du consentement reposerait donc, d'abord, sur la jurisprudence civile, initiatrice du prolongement applicable au domaine public de l'hôpital opéré par le juge administratif. En ce sens, l'obligation de soins qui y est liée apparaît être indistinctement inséparable des deux domaines. Ce qui en fait une obligation *tautologique*.

825.- Et le juge civil a su encore faire preuve d'une remarquable audace en consacrant la dignité du patient, dans la délivrance de l'information, au rang de fondement du droit à

¹⁶⁵⁶ Voir en ce sens CE. Ass. 4 juillet 2003, 4 juillet 2003, *Mme Moya-Caville*, AJDA 2003, p. 1598, note F. Donnat et D. Casas ; le juge du Conseil d'Etat semblerait même aller au-delà de ce que dit la loi en se fondant sur le simple risque ; jurisprudence depuis maintenue et confirmée : voir en ce sens par exemple CE. 25 juin 2008, *JCP Adm. et coll. loc. n° 28*, 7 juillet 2008, act. 619 ; et TA de Versailles 14 novembre 2008, *Montet-Toutain*, JCP éd. G. n° 4, 21 janvier 2009, II 10014 ; aller jusqu'à prétendre à une interprétation *contra legem* serait peut-être encore excessif.

¹⁶⁵⁷ Voir en ce sens la seule circulaire de 1986, préc. De plus, nous renvoyons aux travaux de Bérengère Legros, réalisant un thèse sur les droits du malade en fin de vie, incluant un droit aux soins palliatifs, en 1997.

¹⁶⁵⁸ Voir CE sect. 29 mars 2000, *Assistance publique Hôpitaux de Paris*, préc.

l'information, dans un arrêt de principe rendu le 9 octobre 2001¹⁶⁵⁹. Cette obligation qui conditionne les soins, présuppose déjà dans l'arrêt *Teyssier* le respect de la dignité du patient ; et la loi du 4 mars 2002 viendra l'entériner.

826.- En définitive, les conséquences pour le mourant seraient d'une double nature. D'une part il serait en droit d'exiger que sa dignité soit sauvegardée dès qu'il entre à l'hôpital¹⁶⁶⁰, puisque le soins doit être entendu comme respectant cette obligation, attendu qu'il est lui-même fondé sur une obligation à valeur constitutionnelle, sur le fondement du Préambule de 1946. Attendu que l'information est délivrée dès que le patient rencontre le premier personnel soignant¹⁶⁶¹, elle serait entendue *extensivement* au regard de sa consécration dans l'arrêt du 9 octobre 2001 qui inviterait à ce que l'exigence de dignité y soit rattachable. Cette exigence semblerait d'autant plus justifiée lorsque la dignité du mourant serait significativement mise à l'épreuve par son seul statut de mourant, ce qui en fait une victime présumée ; et en ce sens les dispositions du code pénal, celles de l'article 221-4, dispositions d'ordre public, suggèrent l'importance accrue de l'obligation de soins, c'est-à-dire de la prise en charge privilégiée de celui qui est en péril, compte tenu de sa vulnérabilité. La loi de 2002 permettra, sans le dire, de cristalliser de telles observations.

B. L'obligation légale de soins

827.- D'aucuns pensent qu'elle serait enfin imposée. Elle apparaîtrait dans de nombreux textes, toutefois nous ne citerons que la référence principale concernant les professionnels de santé à savoir l'art. L. 1110-1 alinéa 1 du Code de la santé publique. Cette disposition semble être en réalité la consécration d'une disposition déontologique contenue au Code depuis le décret de 1995, sous l'intitulé de l'article R. 4127-77, et implicitement reconnue depuis les jurisprudences *Mercier* et *Teyssier*.

828.- Le législateur ne ferait donc pas œuvre de création, tout au plus il consacrerait, dans le texte de loi, la notion de malade, en l'associant à la notion plus large de patient. C'est la loi

¹⁶⁵⁹ C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, préc.

¹⁶⁶⁰ Ce qui sera consacré par la loi du 4 mars 2002.

¹⁶⁶¹ La seule distribution d'un document informatif ne saurait suffire à caractériser la délivrance de la dite information. Voir CE, 5 janvier 2000, *Telle* préc.

de 2005 qui va faire œuvre de confirmation quant à l'obligation de soins, en la spécifiant au cas du malade en fin de vie.

829.- Le mourant pourrait désormais refuser un traitement, et en plus de ça, il pourrait exiger l'arrêt d'un traitement en cours, au nom du droit à refuser toute obstination thérapeutique. **C'est a contrario de ces possibilités que l'on peut saisir l'obligation soins.** Pourtant, afin que le médecin fasse droit à cette exigence, il se devrait de la conditionner par la délivrance d'une information qui serait vouée à tenter de convaincre¹⁶⁶² le mourant de la pertinence de l'intervention litigieuse. Et en ce sens, l'obligation de soins serait donc à la fois respectueuse de l'autonomie du mourant, par la délivrance de l'information, mais également attentatoire à celle-ci, dans la mesure où elle serait conditionnée à un devoir de contrôler cette autonomie. *A priori*, une fois l'information délivrée, le médecin ne pourrait plus, à charge de preuve pour lui que la dite information a bien été délivrée, se voir opposer une quelconque responsabilité pour les suites nées du refus persistant du mourant de s'opposer à une thérapeutique. L'obligation de soins serait limitée, en vertu du respect de l'autonomie du mourant. Bien que jugée nécessaire par le corps médical, le médecin ne pourrait être *responsablement* lié au refus qu'à peine de mauvaise information¹⁶⁶³.

830.- Cependant, face à la difficulté de prouver qu'il n'a ni commis de faute *lourde*¹⁶⁶⁴, ni failli à son devoir d'information, le médecin aurait tendance à pousser le prolongement de son obligation d'information un peu plus loin que le seul fait de tout faire pour convaincre. L'obligation de soins l'inquièterait en quelque sorte, au point qu'il tenterait de systématiquement trouver une raison, le plus souvent légalement fondée, afin de la prolonger

¹⁶⁶² Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique. « Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin **doit tout mettre en œuvre pour la convaincre** d'accepter les soins indispensables. ».

¹⁶⁶³ Ce que la Cour de cassation considère à nouveau comme une faute délictuelle et non plus contractuelle ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc. et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁶⁶⁴ Le critère de la faute lourde aurait été annoncé dans certains arrêts du Conseil d'Etat comme par exemple, CE. 19 février 2003, *Maurice c. AP-HP*, Rec. 41 ; *AJDA*. 854, note M. Deguegue ; *D.* 2004. SC. 530, obs. Douchy-Oudot ; *RFDA* 2003. 349, concl. D. Chauvaux., faisant état d'une faute caractérisée ; cette formulation résulte des comptes rendus de la commission mixte paritaire (débat parlementaire préalable à la loi du 4 mars 2002). C'est la loi du 4 mars 2002 qui a réintroduit l'exigence d'une faute commise par les professionnels de santé et les établissements de santé. L'absence de précision tendrait à laisser penser que la faute caractérisée serait une forme de faute lourde amoindrie dans son effet ; ceci serait corroboré par l'introduction de l'aléa thérapeutique (art. L. 1142-1 du code de la santé publique) comme cause, sans faute, d'un dommage né d'activités de soins ou non. En l'espèce les requérants ont intenté une action devant la CrEDH sur le fondement de l'art. 8 CEDH ; la cour rejette l'action en violation en estimant que le législateur est libre de composer la « politique optimale » en la matière, quitte à déprecier le rôle du juge ; voir CEDH 21 juin 2006, *Maurice c. France*, JCP G 2006, II, 10162 ; *La semaine juridique*, éd. G., 4 octobre 2006, n° 40.

jusqu'à l'extinction de celle-ci. D'autant que la formulation est forte : « il doit tout mettre en œuvre pour convaincre ». Il serait donc possible de déduire que cette obligation de *tout faire* aurait un effet exécutoire, de telle sorte que d'une simple obligation de moyen, celle-ci serait devenue une obligation de résultat de sécurité¹⁶⁶⁵. Convaincre correspondrait à la certitude cognitive du médecin qu'il y aurait encore quelque chose à faire pour préserver la vie de la personne, qu'il pourrait encore soigner. L'obligation de soins serait une obligation de sécurité de résultat, dans le prolongement de celle d'information.

831.- Il ne s'agirait bien évidemment pas des cas de mourants en phase terminale et état d'inconscience, mais plutôt de personnes mourantes et toujours conscientes. La survivance du lien *intuitu personae* aurait pour conséquence de culpabiliser le médecin face au refus de soins du patient. Il aurait comme un sentiment d'échec voyant que la vie est toujours là. Une telle hypothèse conduirait les protagonistes au seuil de l'*acharnement thérapeutique*. Il s'agirait alors d'une obligation de secours, contre la mort, et non de secours quant à la sauvegarde de la dignité du mourant.

Paragraphe.II. Obligation de *soins-secours*, contre la mort

832.- Il s'agirait de l'antique obligation des médecins à soigner celui qui se présente à lui, ou encore plus largement celui qui est sous ses yeux, en péril de mort imminente ou non. La maladie étant très souvent synonyme de mort, à quelque degré qu'elle puisse se situer, le médecin a toujours été celui qui pouvait tenter de faire fuir la mort, ou encore retarder sa venue. Cette obligation était déjà introduite dans le Code du roi Hammourabi¹⁶⁶⁶, puis dans le serment d'Hippocrate¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁵ Il ne s'agirait pas de considérer que l'obligation d'information serait en elle-même une obligation de résultat, mais une obligation de résultat quant à la sécurité du mourant. Et c'est la qualité de l'information qui déterminerait la valeur de l'obligation.

¹⁶⁶⁶ Sous entendue en tout cas à l'article 218 de la Table, préc.

¹⁶⁶⁷ L'antique serment d'Hippocrate disposait que le médecin s'engageait à veiller au maintien de la santé du malade dans l'éloignement des choses nuisibles ; « Dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je conseillerai aux malades le régime de vie capable de les soulager et j'écarterai d'eux tout ce qui peut leur être contraire ou nuisible. Jamais je ne remettrai du poison, même si on me le demande, et je ne conseillerai pas d'y recourir. ».

833.- Ici encore le soin ne saurait être exclu du champ du droit à l'information dû au mourant. Et le cas serait d'autant plus singulier lorsqu'il s'agirait de la situation où le mourant en viendrait à refuser un traitement, ou à exiger l'arrêt d'un traitement, plaçant alors le professionnel de santé médecin en situation de mise en échec quant à son premier devoir. **A priori, au nom du respect de la personne-mourante, au nom du respect de sa dignité, de la sauvegarde de celle-ci, de la consécration de l'autonomie de sa volonté, le législateur aurait entendu légaliser l'atteinte au devoir de soigner. Cependant, cette atteinte serait particulièrement conditionnée, de telle sorte que l'obligation de soins-contre-la-mort semblerait préservée, dès lors, au détriment des droits de la personne.**

834.- L'article L. 1111-4 Code de la santé publique prévoit que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ». Lorsque sa décision de refuser ou d'interrompre un traitement met la vie du malade en danger, « le médecin doit tout mettre en œuvre pour [le] convaincre d'accepter les soins indispensables »¹⁶⁶⁸. Que la vie du patient soit en danger ou non, lorsqu'un patient refuse les soins proposés, le médecin doit analyser ce refus afin d'en comprendre la réalité et les raisons. Cette obligation correspondrait au devoir de *diligence*¹⁶⁶⁹ et de conscience du médecin¹⁶⁷⁰, afin de déterminer s'il s'agit d'un refus de la thérapeutique proposée ou d'un refus de soins. L'analyse des motivations du refus du patient permettrait, entre autres, de mesurer la capacité qu'a le patient à exprimer sa volonté. Cette analyse reposerait sur les connaissances acquises « conformes aux données récentes de la science » de l'article 45 du Code de déontologie médicale. Comprenons en ce sens que l'obligation de convaincre reposerait sur des données rationnelles qui conduiraient tout naturellement à conditionner tant les mesures vouées à convaincre, que les éléments d'appréciation eux-même, relativement à des facteurs empiriques de la santé.

¹⁶⁶⁸ Art. L. 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique.

¹⁶⁶⁹ Ce terme fut d'ailleurs proposé par les frères Mazeaud qui en lieu et place de la distinction obligations de moyens-obligations de résultat préféraient l'alternative terminologique d'obligation de prudence et de diligence opposés aux obligations déterminées. Voir en ce sens H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965, n° 103-10 ; ou encore L. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1991, n° 435 s.

¹⁶⁷⁰ Obligation que l'on retrouve à l'art. 32 du Code de déontologie médicale qui dispose que « le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux dévoués, fondés sur les données récentes de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents » ; ainsi qu'à l'art. 3 du Code de déontologie suisse qui précise que le médecin « exerce sa profession avec diligence et au plus près de sa conscience », et qu'il « se refuse à tout acte médical ou prise de position incompatibles avec sa conscience ».

835.- L'analyse des motivations du refus pourrait également permettre de proposer d'autres thérapeutiques, en apparence dans l'intérêt du mourant. En apparence, car en réalité, s'il existait d'autres alternatives thérapeutiques, le médecin qui omettrait de les diffuser au mourant *récalcitrant*, s'exposerait à voir relever un défaut d'information qui lui serait opposable ? ainsi qu'à l'établissement de santé¹⁶⁷¹. *Il s'agirait donc pour le médecin d'écumer toutes les possibilités conformes aux données acquises de la science, ce qui ne correspondrait pas à un acharnement thérapeutique mais à un acharnement scientifique de thérapeutique. Le soin contre la mort serait donc intrinsèquement un acharnement.*

836.- La recherche de l'obligation d'information-conviction¹⁶⁷² pourrait correspondre également à la réorientation d'une information qui aurait été mal comprise ou encore, dans le même sens, de se prémunir d'une représentation irrationnelle du mourant. C'est ici que ressurgirait le paternalisme médical, considérant le mourant comme *a priori* incapable de déterminer ce qu'il y a de meilleur pour lui. Et pour appuyer sa réorientation ou encore son information qu'il penserait avoir été mal comprise, le médecin pourrait faire appel à des confrères¹⁶⁷³, ce qui aurait pour effet d'influencer le mourant ou, le cas échéant, la personne de confiance¹⁶⁷⁴. Le corps médical, sur injonction légale¹⁶⁷⁵, devrait donc collégalement tout mettre en œuvre, non pas pour convaincre, mais pour que le mourant agisse au final comme le corps médical estime qu'il est le mieux d'agir, décidément, encore une fois, conformément aux données acquises de la science ; et ce même lorsque le corps médical examinerait et soumettrait au mourant un protocole qui conduirait à respecter sa volonté d'aller à la mort¹⁶⁷⁶. Le corps médical choisirait, quoi qu'il en soit, les modalités d'accomplissement de la volonté du mourant, car il serait présumer mieux connaître ce qui est bon pour être en accord avec les données scientifiques propres à éviter la mort.

¹⁶⁷¹ Conformément à la jurisprudence constante depuis les arrêts C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc. et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012 confirmant le premier.

¹⁶⁷² Voir en ce sens F. Alt-Maes, *Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ?*, op. cit., p. 3642.

¹⁶⁷³ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

¹⁶⁷⁴ Nous ne reviendrons pas sur le rôle de la personne de confiance dans sa représentation et renvoyons à nos développements *supra*.

¹⁶⁷⁵ Ce sont les lois de 2002 et de 2005 qui ont organisé ce protocole de garantie des droits réciproques des professionnels de santé et des mourants. Comprenons en ce sens que si le médecin ne respectait pas de telles obligations, elles lui seraient directement opposables devant le juge pénal au cas une atteinte pourrait constituer un trouble à l'ordre public en tant qu'atteinte grave à la personne.

¹⁶⁷⁶ Conformément au respect des dispositions de l'article L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique, permettant d'abrégier la vie du mourant, certes par *ricochet*.

837.- Ceci serait une intrusion manifeste dans le champ de la conscience de la *personne*, dont il est clair que, en l'absence de quelque atteinte que ce soit, elle demeurerait le seul critère à même de déterminer la capacité de la personne à comprendre l'enjeu d'une décision et non le résultat de cette décision¹⁶⁷⁷. Ainsi, prolongeant l'obligation de soins, l'obligation de lutter contre la mort aurait pour corollaire logique l'obligation d'assister le mourant dans ses derniers instants, en vue de pacifier la venue de la mort.

Paragraphe.III. Obligation d'assistance dans la mort

838.- Obligation éthique d'assistance morale par excellence, l'accompagnement à la mort serait toute à la fois une tradition de l'humanité, comme une *innovation* du législateur de 1999¹⁶⁷⁸. Il s'agirait de le considérer comme le fait de devoir secourir celui qui meurt, sans l'aider à mourir, ce qui serait le premier versant de l'obligation¹⁶⁷⁹. Mais aussi en lui facilitant les conditions de la venue de la mort, et ceci en constituerait le deuxième versant¹⁶⁸⁰.

839.- La loi de 1999¹⁶⁸¹ a su introduire l'obligation, incombant aux établissements publics de santé, de créer des services de soins palliatifs propres à accueillir les mourants et leur famille, en vue de leur prodiguer soins et soutiens dans les derniers moments de la vie du malade. Ce dispositif fut complété par la loi de 2002¹⁶⁸² qui introduisit la possibilité pour le mourant d'être assisté par une personne désignée¹⁶⁸³, mais aussi de rédiger des directives anticipées¹⁶⁸⁴; ces deux dispositions seraient propres à faciliter le respect des conditions d'assistance du mourant. Enfin, la loi de 2005 est venue *parachever* le dispositif légal en permettant au mourant de voir consacrer la forme d'euthanasie la plus douce, celle dite

¹⁶⁷⁷ Déjà vu chez D. Manaï, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit. Le médecin n'a pas à apprécier les résultats d'une décision, mais uniquement la capacité à apprécier l'information.

¹⁶⁷⁸ Loi du 9 juin 1999, préc.

¹⁶⁷⁹ L'art. R. 4127-38 al. 1 du Code de la santé publique interdisant explicitement toute mort provoquée délibérément par le professionnel de santé.

¹⁶⁸⁰ Il s'agirait ici de l'esprit de la loi de 2005.

¹⁶⁸¹ Loi du 9 juin 1999, préc.

¹⁶⁸² Loi du 4 mars 2002, préc.

¹⁶⁸³ La personne de confiance de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

¹⁶⁸⁴ Art. L. 1111-11 du Code de la santé publique. Même si celles-ci peuvent sembler constituer un avantage au sens d'une avancée dans la garantie des soins du mourant, elles paraissent relativement inopérante quant au mourant dans la mesure où elles sont conditionnées dans leur rédaction à un délai de trois précédant la survenue de la nécessité d'être requises. De plus il s'agirait d'une forme de contractualisation de la santé impropre à garantir les *droits premiers* de la personne par définition *incontractualisables*. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 215-216.

passive dans le refus, *apparent*¹⁶⁸⁵, du législateur de contribuer à faciliter un quelconque *acharnement thérapeutique*¹⁶⁸⁶.

840.- Quant aux médecins, ils sont dans l'obligation de « sauvegarder la dignité du mourant »¹⁶⁸⁷, ce qui leur serait opposable à raison d'une obligation à l'image de la valeur du droit concerné ; une valeur constitutionnelle¹⁶⁸⁸. *Dès lors, l'obligation d'assister le mourant dans ses derniers instants de vie serait un devoir à caractère constitutionnel, attendu que la dignité serait entendu en tant que commandement éthique, droit le plus absolu, droit le plus irréductible, commandant dès lors l'exécution de toutes les autres modalités de l'assistance.*

841.- Le lien entre obligation et libertés individuelles semble évident au regard du conditionnement éthique que le droit au respect de la dignité impose, en conformité *aux obligations de soins*.

Section.II. La coïncidence entre obligation et liberté : l'obligation de dignité du mourant

842.- Avant la loi de 2002, la dignité du mourant ne pouvait être considérée comme obligation légale. Tout au plus une obligation jurisprudentielle que suggérait un arrêt du 9 octobre 2001 émanant de la Haute Cour civile¹⁶⁸⁹. Toutefois, il était possible de déduire l'obligation de sauvegarde de la dignité du mourant à partir d'une obligation double, tirée du Code de la déontologie médicale.

843.- Considérant, d'une part, que celui-ci est la première base normative liant le médecin ; considérant, d'autre part, que celui-ci repose sur une antique obligation *éthique*¹⁶⁹⁰ traduite par

¹⁶⁸⁵ Voir notre paragraphe précédent sur la question.

¹⁶⁸⁶ Il s'agirait de la consécration du « laisser mourir sans faire mourir » suggéré par M. Léonetti.

¹⁶⁸⁷ La formulation est présente aux art. L. 1110-5 ; art. L. 1111-4 ; art. L. 1111-10 ; art. L. 1111-13 et art. L. 4127-38 du Code de la santé publique.

¹⁶⁸⁸ Voir en ce sens CA de Douai, 21 octobre 2010, note A. Zollinger, *La dignité de la fin de vie*, LÉGIPRESSE Janvier 2011 n° 279, p. 29.

¹⁶⁸⁹ C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, op. cit.

¹⁶⁹⁰ Une fois encore, l'antique serment d'Hippocrate, si succinct fût-il, offrait les fondements du devoir du médecin ; ainsi citerons nous certains passages éminemment *éthique*. Le médecin devait par exemple jurer en ces termes : « Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans la pureté et le respect des lois » ; ou encore s'engageait à

la suite¹⁶⁹¹ en obligation réglementaire de sollicitude et de conscience¹⁶⁹², il est évident que le respect de la dignité du mourant est depuis bien longtemps opposable aux médecins. Dès l'avènement des centres hospitaliers en tant qu'établissements publics de santé¹⁶⁹³ soumis aux règles de droit administratifs, ce sont, par extension, tous les professionnels de santé agissant pour le compte de l'Etat qui pouvaient se voir opposer une telle obligation. Au-delà de la loi, et avant celle-ci, l'obligatorité du droit s'établirait « sur la relation précisément « obligeante » pour tous, qui définit la co-appartenance de tous et par là de chacun au même Tout compréhensif. »¹⁶⁹⁴. La loi de 2002 servirait en ce sens de première base de réflexion (**Paragraphe.I.**) relativement à une obligation d'écoute attentive (**Paragraphe.II.**) consacrant la dignité non plus comme une fin, mais comme un moyen de *liberté* (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. La nécessité d'une loi, toutefois incomplète

844.- Nous avons quelques doutes à l'affirmer, pourtant, la loi du 22 avril 2005 serait venue parachever le droit à la sauvegarde de la dignité du mourant, en introduisant la mention de celui-ci par cinq fois au Code de la santé publique¹⁶⁹⁵, « traduisant la juridicisation de l'honneur, du tact,... »¹⁶⁹⁶ incombant au médecin. Cependant, cette obligation ne trouverait aucune traduction concrète quant à son applicabilité, et l'on sait à quel point les juristes positivistes, ainsi que les scientifiques rationalistes de tout bord, aiment les *idéalistes* « cahiers des charges » afin, en quelque sorte, de se décharger de l'effort d'analyse *objective* que requiert l'application d'une règle générale¹⁶⁹⁷.

respecter les personnes dans leur intimité domiciliaire : « Dans toute maison où je serai appelé, je n'entrerai que pour le bien des malades. Je m'interdirai d'être volontairement une cause de tort ou de corruption ».

¹⁶⁹¹ Le premier Code de déontologie médicale est le fruit d'une loi du 7 octobre 1940, instituant un ordre des médecins. A la suite de la fin de la seconde Guerre mondiale, il est nécessaire de reprendre cet acquis et de le modifier. L'ordre des médecins est consacré par l'ordonnance du 26 septembre 1945 ; le premier code comportant 79 articles est entré en vigueur par règlement d'administration publique en date du 27 juin 1947.

¹⁶⁹² L'actuel Code de déontologie médicale est la version intégrale issue du décret 6 septembre 1995, abrogé et intégré à la loi du 29 juillet 2004. Il s'agit de articles R. 4127-1 à R. 4127-114 du Code de la santé publique. Il est ainsi formulé à l'article R. 4127-3 du code : « Le médecin doit, en toute circonstance, respecter les principes de moralité, de probité, et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. » ; ou encore à l'article R. 4127-32 : « le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux dévoués, fondés sur les données récentes de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents »

¹⁶⁹³ Loi du 31 juillet 1991, préc.

¹⁶⁹⁴ J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 63.

¹⁶⁹⁵ La formulation est présente aux art. L. 1110-5 ; art. L. 1111-4 ; art. L. 1111-10 ; art. L. 1111-13 et art. L. 4127-38 du Code de la santé publique.

¹⁶⁹⁶ J.C. Baste, *Le Code de déontologie*, Université Bordeaux II, CHU de Bordeaux, p. 12.

¹⁶⁹⁷ Comme si cet effort exposait plus encore leur responsabilité qu'une succession de règles spécifiques niant, toute plus les unes que les autres, la singularité de chaque personne. Voir à ce sujet les propos tenu par Ph. Le

845.- La dignité est donc martelée, formellement, jusqu'à épuisement sémantique, pour finir par n'être systématiquement assimilée qu'à des *données empiriques de la science médicale* de telle sorte qu'elle serait bien souvent confondue avec son corollaire l'intégrité physique¹⁶⁹⁸. Or, fondamentalement, le seul dispositif normatif antérieur à la loi de 2005 suffirait à garantir la sauvegarde de la dignité¹⁶⁹⁹. Et le prolongement de ce dernier dans le Code de déontologie médicale permettrait d'avoir quelques indices sur les modalités du respect de la dignité, par l'interprétation des modalités du devoir de *sollicitude* et de *conscience*¹⁷⁰⁰ incombant au médecin. Il s'agirait d'identifier alors ce que l'obligation de sollicitude impliquerait : un effort d'analyse de la part du médecin¹⁷⁰¹, psychanalyse diraient certains. C'est en ce sens que, si la loi de 2005 pouvait sembler indispensable, en réalité, au regard de ce qu'elle a pu apporter en matière de garanties relatives à la sauvegarde de la dignité, elle est bien incomplète. Aucun nouvel effet ne peut être escompté d'une loi ayant au contraire restreint la dignité à une obligation objective puisque désormais elle est une obligation légale renvoyant à une tâche spécifique au corps médical, comme s'il s'agissait d'une activité de soins en elle-même. Car si l'obligation est pour « les professionnels de santé [de mettre] en oeuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort », il est bien évident que les moyens de ceux-ci ne saurait être autre que thérapeutique, en priorité.

Tourneau concernant une « pensée dominante » dans, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 8-9

¹⁶⁹⁸ Notons qu'il s'agirait d'une forme d'échec de la moralisation « des rapports jusqu'à lors très techniques ou cliniques » que G. Mémeteau entrevoyait dans les bienfaits d'une codification de la déontologie médicale. Il y a certes une obligation de faire un effort de moralisation, mais l'encrage profond des habitudes empiriques semblerait opposer une puissante résistance.

¹⁶⁹⁹ Plus encore, c'est tout le droit civil qui serait suffisant à protéger la dignité de la personne sans qu'aucune loi ni bioéthique ne le fasse. Voir G. Mémeteau, *La guerre de Sécession n'aura pas lieu : introduction à un discours de droit médical*, op. cit.

¹⁷⁰⁰ Voir T. Châtel, *Ethique du « prendre soin », sollicitude, care, accompagnement*, Traité de bioéthique, ss. Dir. E. Hirsch, T1, Paris, Eres, 2011, pp. 84-94. L'auteur considère que « la sollicitude est principalement une conscience ».

¹⁷⁰¹ T. Chatel, *ibid.*, : « Elle est un saisissement qui se manifeste par une « attention soutenue, à la fois soucieuse et affectueuse » (Le Robert) ». Elle fait donc appel à l'intelligence humaine.

Paragraphe.II. Le devoir d'écoute attentive

846.- L'écoute attentive¹⁷⁰² est, quoi qu'il en soit, une condition *sine qua non*, à la possibilité de dignifier le mourant, tout au moins, et de préserver la dignité tout au plus. . Et le droit et le juge en tant que garant du contrôle du respect de la sauvegarde de la dignité du mourant, ne sauraient l'ignorer. Finalement rien ne s'opposerait en ce sens à reconnaître que le rôle du médecin, et plus largement de tout les professionnels de santé intervenants, trouvaient un prolongement évident de leur devoir de sollicitude dans une obligation de conscience¹⁷⁰³, sous-jacente aux modalités médicales relatives aux données acquises de la science. Ici encore le droit et le juge ne sauraient ignorer de telles considérations, le juge devant lui-même raisonner en conscience¹⁷⁰⁴, au-delà de tout subjectivisme renonçant à la vérité pour ne préférer répondre qu'à des hypothèses tirées du concret.

847.- Or, la conscience de tout un chacun ne peut se fonder autrement que sur des éléments de logique dialectique, lorsqu'elle devient action rationalisante de l'esprit. Ce mouvement rationnel est celui dont Philippe le Tourneau faisait état en rappelant que toute analyse, à commencer par celle du juge qui devrait statuer en *équité*, procède d'un examen partant de la chose en particulier pour remonter au principe le plus général qui la commande¹⁷⁰⁵. Ce principe serait bien entendu applicable en ce qui concerne le *sujet de droit en tant que personne, conceptualisant la notion la plus irréductible de sujet*. Une telle démarche nécessite une écoute attentive, *dévouée, consciente, personnelle et consciencieuse*, fondée sur des éléments rationnels, *les données acquises de la science*. Cette écoute là, afin de servir la cause du mourant en tirant avec lui des conséquences de ce qu'il considère de son existence,

¹⁷⁰² Voir en ce sens la notion du *souci* qui a la même racine latine que le terme *sollicitude*, et qui suggère l'idée d'une attention particulière posé sur soi ou sur ce qui nous est extérieur. Cette idée s'appliquerait au devoir de sollicitude du médecin chargé de porter une attention singulière quant au corps du mourant, comme au sien, ainsi qu'à son âme tout comme à la sienne dans un commandement kantien caractérisé par la loi l'obligeant à sauvegarder la dignité du mourant. Pour une approche de la notion de *souci de soi*, voir chez Platon, *Alcybiade*, Œuvres complètes, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1950, 128d. Afin d'aller plus loin, voir A. Van Sevenant, *Philosophie de la sollicitude*, Vrin, Paris, 2001, pp. 7-8 : « la mise en évidence de l'angoisse existentielle et du souci ontologique ne conduit pas nécessairement à une attitude où on apprend à voir les choses en face, mais incite indirectement à vouloir se libérer des soucis, tout discours sur le souci étant alimenté par le désir de mettre un terme au souci. Qui plus est, en alimentant le souci, les philosophes du vingtième siècle ont perdu de vue le principe actif sous-jacent à tout souci, à savoir la sollicitude. » Voir encore sur Platon pp. 32-33.

¹⁷⁰³ Sollicitude et conscience que nous distinguons contrairement à T. Chatel et son approche sociologique.

¹⁷⁰⁴ Voir notamment pour une reconnaissance assez ancienne du principe, Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, J.-B. Sirey, et L.-M. Villeneuve, Paris 1833, p. 34. M. le rapporteur de Broë, dans un arrêt C. cass. 14 novembre 1832, *Duhamel c. Dayez*, rappelle que « c'est un devoir de conscience du juge dont la voix est acquise aux parties de ne pas manquer au jour du jugement » ; ou encore, O. A. Ghirardi, *Le raisonnement judiciaire*, op. cit., pp. 39 s.

¹⁷⁰⁵ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 8-9.

de ce qu'il est en mesure d'espérer, prendrait alors les traits d'un **accouchement socratique, dans sa capacité à panser les plaies de la souffrance existentielle qui pense la mort**. C'est précisément ici que la coexistence entre dignité et *liberté* ressurgirait, car en réalité il n'existe de liberté que dans la vérité profonde de l'*être* qui ne nie aucun aspect de ses possibilités d'être, sans pour autant prétendre pouvoir les connaître toutes. Autrement dit, le mourant ne pourrait être réellement libre qu'en la présence de la vérité sur lui-même, vérité qui ne serait pas conditionnée par les données acquises de la science, mais dont celles-ci participeraient. Il s'agirait plutôt d'une connaissance relative à la raison même de sa place, de son rôle dans le contexte qu'il vit, dans la perspective d'une existence totale, à laquelle inévitablement la mort va mettre un terme. Et c'est de cette vérité, qui rendrait libre car elle n'opposerait aucune résistance de quelque espoir vain de « belle mort », que procéderait la dignité, en ce sens qu'elle donnerait une pleine confiance à la personne, se sachant être au maximum de ce qui lui était donné de pouvoir connaître d'elle-même ; *le mystère de la vie étant préservé*.

848.- La dignité, comme moyen de liberté effacerait toutes les prétentions empiriques et idéalistes d'une certaine *bioéthique* dont le *biodroit* penserait y trouver sa source¹⁷⁰⁶. Le médecin ne serait pas obligé de soigner, médicamenteusement, mais d'abord d'écouter, comme il peut le faire lorsqu'il doit consigner des compte-rendus d'expertise médico-légale. Il ne fait pas de thérapie directe, bien souvent ne touche pas ou si peu le patient, que sa seule présence attentive, quasi passive suffit à faire passer la victime devant les prétentions dignifiantes. Il ne s'agit pas de dire comment être digne, mais plutôt de laisser la dignité s'exprimer. Et rien dans la loi de 2005 ne s'y oppose, puisque justement, les professionnels de santé doivent mettre en œuvre tout les moyens à leur disposition ; et en ce sens, l'écoute est le moyen le plus aisé à trouver, et dont le coût ne saurait affecter, directement, les caisses de l'Etat.

849.- Dans la perspective d'une approche réaliste de l'accompagnement à la mort, si la sauvegarde de la dignité est une obligation pour le médecin, les modalités de son application seraient toutes le fruit d'une démarche de rationalisation des données essentielles de l'histoire de chacun, eu égard les données acquises de la science. Le médecin se devrait donc, dans la «

¹⁷⁰⁶ Voir sur la question du *biodroit* en tant que droit potentiellement *étranger* au droit, J.-P. Duprat, *Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur ?*, JIB, vol. 15, n° 2-3, 2004, p. 37.

rencontre singulière »¹⁷⁰⁷ qui l'unit au mourant, être la **conscience la plus absolue**, celle l'engageant au delà de la seule déontologie réglementaire, mais plus profondément, aux sources sous-jacentes de celle-ci, dans une démarche éthique qui l'engagerait lui, en tant que *personne*, participant d'une activité-fonction au sens de la *technè* platonicienne. Ayant en charge de soigner le mourant, son rôle prendrait un aspect singulier, car il entrerait dans les limites réelles de la connaissance scientifique. Dans le « colloque singulier »¹⁷⁰⁸ qui l'associe au mourant, il l'accompagnerait physiquement, et *les données acquises de la science* auraient en ce sens là un rôle essentiel ; mais aussi psychiquement, dans une attention *consciencieuse* à laquelle, si l'obligation éthique ne suffisait pas, le code de déontologie l'y obligerait.

850.- La sauvegarde de la dignité¹⁷⁰⁹ aurait en ce sens là une authentique démarche philosophique¹⁷¹⁰, et serait un soin à proprement parler. Elle serait une libération de l'*être* le plus profond en la *personne*, ce *sujet* irréductible que le droit ne peut connaître, mais qu'il doit protéger à tout prix des intrusions de toute rationalisation. Car, dès qu'elle entend décrire le *sujet* au moyen des objets théoriques et conceptuels, qui ne devraient être qu'un relais pratique de sa protection générique, les lois actuelles le conditionneraient *existentiellement*, sous couvert de le protéger. La *liberté* ne saurait être entendue de quelque statut que ce soit, car c'est elle qui gouvernerait tout le droit en tant que commandement ultime de l'être à être ce qu'il est, *par* ce qu'il est.

851.- Pourtant, et ce n'est pas ne surprise, rien ne semble pouvoir résister à la progression dévorante du *biodroit*. Et, les évolutions des degrés d'appréciation de la valeur des obligations incombant aux médecins et professionnels de santé dans l'accompagnement à la mort paraissent illustrer **ce glissement d'une éthique de l'être à la bioéthique de l'avoir**.

¹⁷⁰⁷ Paul Ricœur, *Les trois niveaux du jugement médical*, in P. Kemp (dir.), *Le Discours bioéthique*, Cerf, 2004, pp. 35-49. Cet article avait antérieurement été publié dans *Esprit*, n° 227, décembre 1996, p. 21-33.

¹⁷⁰⁸ G. Duhamel, *Paroles de médecin*, éd du Rocher, 1946.

¹⁷⁰⁹ Voir par exemple pour une approche de la sauvegarde de la dimension symbolique de l'homme, P. Kayser, *Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire*, RRJ, 1998. 2, p. 387.

¹⁷¹⁰ Philosophique et non pas anthropologique contrairement à ce que peut dire Mme Monnier qui considère que la dignité est protégée par « l'ordonnement de l'éthique biomédicale [...] autour de valeurs qui sont gardiennes des catégories anthropologiques fondamentales », S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., p. 286. Or admettre la sauvegarde de la dignité dans le seul rang des valeurs anthropologiques limiterait une fois de plus sa garantie à des données empiriques.

Section.III. D'une obligation de moyens à l'obligation de résultat déguisée

852.- L'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique rappelle qu'en dehors du cas où la responsabilité du médecin serait encourue en raison du défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé ne sont responsables des conséquences dommageables d'acte de prévention, de diagnostic ou de soin qu'en cas de faute. Cette disposition générale serait opposable aux établissements de santé lorsque le médecin en est le salarié. Ainsi l'obligation du médecin serait avant tout de respecter les règles déontologiques de telle sorte qu'il ne commette pas de faute (**Paragraphe.I.**). L'obligation de moyens persisterait donc malgré les apparences d'une exigence de résultat (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. L'obligation de moyen en matière médicale d'assistance à la mort

853.- Celle-ci répondrait ainsi aux mêmes critères distinctifs que ceux du droit commun. Le débiteur médecin ne promettrait dès lors rien d'autre que de mettre au service du créancier mourant tous les moyens¹⁷¹¹ dont il dispose, de faire toute diligence pour exécuter le contrat, de faire « tout son possible » ou « de son mieux. »¹⁷¹².

854.- Des moyens et leurs obligations... Si le médecin ne pourrait promettre d'atteindre un résultat, il promettrait en revanche d'essayer de l'atteindre. Il s'agirait du serment de produire un travail accompli selon les règles légales, réglementaires et de conscience, conforme à l'attitude la plus juste, afin de se rapprocher de l'objectif assigné, en prenant en compte ses aptitudes et les probabilités de réussite, c'est-à-dire en intégrant la notion de risque à l'information délivrée.

855.- L'obligation de moyen reposerait donc d'abord sur une obligation d'information, en tant que préalable. En effet, c'est en informant le mourant des possibilités thérapeutiques ou des risques liés à son refus de recevoir des soins que le médecin va également l'informer de

¹⁷¹¹ Philippe le Tourneau rappelle à ce propos que le terme doit toujours être au pluriel afin de satisfaire à l'obligation. Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 734. Ceci se vérifiera en l'espèce compte tenu de la double nature des moyens : cognitive et matérielle.

¹⁷¹² C. cass. 3^{ème} civ. 7 mars 1978, *Bull. civ.* III, n° 108.

ses capacités professionnelles et des probabilités liées aux conséquences de son choix. L'obligation de moyen montrerait donc qu'un patient ne pourrait attendre de son médecin un résultat déterminé¹⁷¹³, mais uniquement un usage conscient et conforme des données acquises de la science, compte tenu de l'aléa que comporte un acte médical. L'aléa, appliqué au contrat hospitalier, ne pourrait faire peser qu'une obligation de moyens, attendu que le contenu même du dit contrat est aléatoire ; le contrat lui-même étant par là aléatoire.

856.- Cependant, des tempéraments pourraient être opposés en raison des progrès technologiques qui soumettent les professionnels de santé à des informations de plus en plus détaillées sur les possibilités de résultats envisageables en matière thérapeutique. Ainsi, la spécialisation des pratiques médicales, entraînant une inévitable croyance de performances accrues, et donc de résultats de plus en plus proches des hypothèses de départ, entretendrait une illusion de pouvoir faire reculer la mort jusqu'à la faire même disparaître. A l'heure de la systématisation de la lutte contre le vieillissement, la mort semble être le prochain but à atteindre au moyen d'une biotechnologie, à savoir celle de la régénération cellulaire, génétique, en parvenant pourquoi pas à modifier le code ADN de l'être humain, en anéantissant ce qui le fait périr. Les moyens de soigner seraient donc tous des moyens mis à la disposition du médecin afin de rendre effective son obligation de soins, jusque dans l'accompagnement à la mort. Et la preuve s'en trouverait parfaitement illustrée dans l'exemple considéré tiré de la spécificité des soins palliatifs. En l'espèce, connaissances et matériels, permettant leur actualisation, seraient ensemble à la base d'une obligation de moyens. C'est en usant des matériels participant de l'accomplissement de l'art médical, produits et appareillages, que le médecin peut mettre en pratique sa connaissance de la science, en l'appliquant concrètement au cas singulier du mourant. Les moyens de l'obligation sont tout produit et appareil dont la loi entend autoriser l'usage afin de soigner, guérir ou soulager le mourant. Or, à l'apparente simplicité succéderait en réalité toutes les difficultés liées aux obligations attachées à la pratique, lorsque faire usage de tel ou tel moyen est conditionné avant tout par l'information des risques, la possibilité de recevoir ou non le consentement du patient, *etc.*

857.- ...A l'obligation de moyens. L'obligation de moyens, c'est-à-dire de faire usage de tout ce qui permet de se rapprocher de l'objectif assigné au départ, reposerait donc sur un

¹⁷¹³ Sauf avis contraire exprimé par celui-ci.

double critère constitutif. Elle serait de plus de double nature dans sa mise en action. Il s'agirait d'abord d'identifier **l'obligation d'information** comme premier élément constitutif, car énonçant l'objet de l'intervention de soins proposée, auquel le mourant consentira ou non. Cette obligation d'information serait le préalable à la possibilité d'un soin, et donc à l'émergence d'une **obligation de moyen de soins**. L'obligation d'information conditionnerait donc le consentement du mourant.

858.- Le consentement serait donc le deuxième élément constitutif de la possibilité d'un soin, et par là même, de l'émergence d'une obligation de moyen de soins. Les éléments actualisant de cette obligation seraient alors quant à eux, d'une part, les moyens matériels, mis au service du soulagement ou de la guérison : produits médicamenteux et autres appareillages d'analyse. D'autre part, les éléments cognitifs qui permettraient une analyse effective et circonstanciée de l'usage à faire des éléments matériels. Et ce n'est qu'à condition de la satisfaction cumulative de ces deux critères, que l'obligation pourrait être considérée comme ayant été honorée, au visa notamment de l'article L. 1110-5 alinéa 5 du Code de la santé publique. Toutefois, cette seule obligation ne saurait plus suffire dans le monde de la *technologisation* de la santé, car il y aurait une forme de méfiance à l'égard du corps médical, faisant peser sur celui-ci **une obligation tendant à devenir celle d'un résultat exigible**.

859.- La généralisation du consumérisme des techniques d'assistance à la souffrance physique, les méthodes chirurgicales de plus en plus poussées en détails empiriques et physiques, conduiraient les mourants à exiger des résultats de plus en plus proches et conformes non plus aux données acquises de la science¹⁷¹⁴, mais à une science fiction de *l'immortalité*¹⁷¹⁵. En ce sens, le législateur aurait entendu consacrer l'hypothèse de la jurisprudence *Bianchi* du Conseil d'Etat en faisant entrer la possibilité d'une responsabilité

¹⁷¹⁴ Voir en ce sens G. Rousset, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, op. cit.

¹⁷¹⁵ **Immortalité épique** au commencement, celle d'un Gilgamesh, roi tyrannique d'Uruk, qui *ne voulait pas mourir*, voir L. Scheer, *Gilgamesh*, adapt., Librio, éd. Léo Scheer, 2006 ; puis **l'immortalité romantique** d'un Milan Kundera, ou encore d'un Oscar Wilde : voir M. Kundera, *L'immortalité*, Gallimard, 1993, Oscar Wilde, *Picture of Dorian Gray*, Collector's Library, 2009 ; ou encore **immortalité scientifique** d'un J.-M. Lemaître, chercheur à l'institut de génomique fonctionnelle - dépendant de l'Inserm, du CNRS et de l'Université de Montpellier 1 et 2 , et son équipe, avançant les résultats selon lesquels le vieillissement des cellules serait réversible : L. Lapasset, O. Milhavet, A. Prieur, E. Besnard, A. Babled, N. Aït-Hamou, J. Leschik, F. Pellestor, J.-M. Ramirez, J. De Vos, S. Lehmann, and J.-M. Lemaître, *Rejuvenating senescent and centenarian human cells by reprogramming through the pluripotent state*, Genes & Development, Genes Dev., november 1, 2011, 25: pp. 2248-2253 ; ou encore **l'immortalité science-fictionnelle juridique** d'un châtelain désireux de se voir cryogénisé, espérant les résultats des précédents : voir CAA de Nantes, 27 juin 2003, *consorts Martinot*, AJDA n°35, pp. 1871-1876, concl. F. Millet ; CE. 6 janvier 2006, *Martinot.*, D. 2006, IR, p. 327 ; *Defrénois* 2006, p. 502, note H. Popu ; AJDA n° 14, pp. 759-761, note L. Burguorgue-Larsen.

sans faute au *corpus* du Code de la santé publique¹⁷¹⁶. Il s'agirait alors d'une chance pour le patient mourant insatisfait de pouvoir obtenir une indemnisation du seul fait d'un acte qu'il jugerait non conforme à ses attentes. **Une véritable obligation de résultat se cacherait ainsi derrière l'euphémisme de l'obligation de moyens renforcée. Car il conviendrait pour finir de rappeler que si de telles distinctions ne semblent pas exister en droit médical, les gradations des obligations de moyens ont cours en matière commerciale notamment**¹⁷¹⁷.

860.- Or, la *consumérisation* de plus en plus effective du monde hospitalier tendrait à déteindre aussi sur les éléments constitutifs du *biodroit* médical¹⁷¹⁸. Pourrait-on s'attendre à voir ainsi de telles gradations pénétrer le droit des obligations médicales par la porte de la jurisprudence? Nul ne saurait ignorer la rationalisation du monde de la santé, résultat des politiques de moralisation économique des dépenses publiques de santé. L'exemple de la tarification T2A n'en serait qu'une manifestation probante, conduisant les personnels soignants et médecins à **confondre de plus en plus obligations de moyens de soins avec obligations de résultats de marché.**

**Paragraphe.II. L'obligation de résultat face à l'obligation du résultat
raisonnablement¹⁷¹⁹ possible
*La persistance d'une obligation de moyens***

861.- Si durant des décennies l'obligation normale du médecin était de soigner et non de guérir, ce qui constituait une obligation de résultat dans le seul engagement et non l'exécution qui ne pouvait être que pourvoyeuse d'obligations de moyens, les évolutions modernes de la science médicale ont vraisemblablement touché cette *summa divisio* du droit des obligations¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁶ Art. L. 1142-1 du Code de la santé publique.

¹⁷¹⁷ Sur le fondement de l'article 1137 al. 2 du Code civil. C'est sur la qualité du débiteur que le juge commercial fait reposer le plus souvent une obligation de moyens renforcée ou aggravée ; voir par exemple CA de Paris 28 janvier 2000, *RTD com.* 2000, 399, obs. Rontchevsky. Voir G. Rousset, op. cit, *ibid.*

¹⁷¹⁸ Voir S. Henneute-Vaucher, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant*, in S. Henneute-Vaucher, ss. Dir., *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. Cit., sur les *biopolitiques* de rationalisation de l'individu.

¹⁷¹⁹ Voir chez Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 734 au sujet d'une tentative d'adéquation de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat.

¹⁷²⁰ Voir en ce sens les vives critiques opposées à ce sujet, allant jusqu'à la recommandation de Ph. Le Tourneau et *consors* de supprimer cette distinction qu'ils entendent qualifier de *diabolica divisio* ; Ph. Le Tourneau, *Droit*

862.- Contrairement à l'obligation de moyens, l'obligation de résultat n'est pas nécessairement *au pluriel*. Elle doit être précise, la CJCE exigeant des Etats qu'ils en définissent les modalités conformément au droit communautaire¹⁷²¹. Cette exigence de précision se justifierait sur un plan théorique, en simplifiant quelque peu la généralité du problème, par le peu de pertinence d'une distinction réelle entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, en raison de l'incertitude qu'elles feraient planer sur les relations contractuelles entre les parties¹⁷²². Cette incertitude serait d'autant plus sévère lorsque les parties n'obéiraient pas au même régime juridique. Dans le cas du mourant, celui-ci contracterait en tant que personne physique relevant d'un droit privé, avec une personne publique hospitalière, selon un contrat hospitalier de soins de nature plus *privatiste* que *publiciste* en son régime, mais dont les conséquences seraient essentiellement de nature administrative¹⁷²³. Il en résulterait une évidente confusion quant au régime même des obligations liées à ce type de relations contractuelles, reposant sur la *summa divisio* fondamentale du droit. Cependant, la distinction semble nécessaire dans le domaine médical, attendu que le médecin ne saurait s'engager (déontologiquement) systématiquement sur le fondement de l'une ou de l'autre obligation, et que le commandement extérieur (la loi) à s'engager sur l'une ou l'autre obligation ne saurait *a priori* avoir d'emprise sur le cas spécifique de l'accompagnement à la mort, tant le domaine ferait exceptionnellement appel à des obligations de résultat¹⁷²⁴.

863.- Il serait possible pour le médecin de s'imposer une résultat, sans toutefois que cela n'ait d'incidence sur le résultat en lui-même, qui ne peut être soumis qu'à une

de la responsabilité et des contrats, op. cit., pp. 738-740. Voir également en ce sens Ph. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, *RTD. Civ.* 1997, 323. Pour un prolongement de philosophie du droit, voir C. Atias, *Philosophie du droit*, 2^{ème} éd., PUF, 2004, 315 s. ou encore J.-M. Trigeaud sur le critère discriminatoire ou "diabolique" au sens du terme grec de *diabolein*, qui divise, J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., *passim*.

¹⁷²¹ Voir CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, *AJDA* 1992, p. 143, note P. le Mire ; *RFDA* 1992, p. 1, note L. Dubouis ; *JCP* 1992, 21783, note A. Barav ; *RTD eur.* 1992, p. 27, note F. Schockweiler, jurisprudence précisée à maintes reprises notamment dans CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Bundesrepublik Deutschland*, et CJCE, 5 mars 1996 *The Queen and Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd et a.*, *Factortame III* ; voir à ce sujet L. Dubouis, *La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame III)*, *RFDA* 1996, p. 583.

¹⁷²² Voir J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, Thèse, LGDJ, 2001, *passim*.

¹⁷²³ Nous renvoyons ici à nos développements sur la nature contractuelle du contrat de soins hospitalier.

¹⁷²⁴ Il n'existe aucune décision du Conseil d'Etat en la matière. Voir cependant pour un rejet de l'obligation de résultat, CAA de Douai, 9 avril 2002, n° 98DA02304, faisant appel à la théorie du risque.

obligation de moyens. Le domaine médical est donc en ce sens une classe exceptionnelle du droit des contrats où, en réalité, la majeure partie des obligations sont de résultats¹⁷²⁵. Il en serait ainsi le plus souvent dans le droit médical où l'obligation contractuelle de résultat est extrêmement rare, compte tenu du domaine en lui-même¹⁷²⁶. L'unique exemple des soins palliatifs suffirait à en faire la preuve, dans la mesure où la seule obligation qui puisse incomber aux médecins et professionnels de santé serait, *a priori*, **une obligation de moyens quant aux effets liés à l'exécution** : il s'agirait de mettre toute en œuvre pour soulager. « *A priori* » car, en réalité, il existerait une forme de remontrance, rarement exprimée, mais le plus souvent refoulée, insinuant le doute quant à la réalité de la mise en œuvre de tous les moyens disponibles. Toutefois, **l'exécution des soins palliatifs reposerait, quant à elle, sur une obligation de résultat** ; c'est ce qui résulte de la mention de l'obligation de faire bénéficier de ce type de soins à l'article L. 1110-9 du Code de la santé publique disposant que « toute personne malade, dont l'état le requiert, a le droit d'accéder à des soins et un accompagnement »¹⁷²⁷. Le médecin est donc, en apparence, dans l'obligation de mettre en œuvre un protocole palliatifs lorsque le mourant le requiert, ou que tout au moins son état de santé semble s'y conformer. Toutefois, il serait possible de considérer ici aussi des tempéraments, en raison des moyens techniques et cognitifs eux-mêmes¹⁷²⁸.

864.- Le débiteur médecin pourrait donc s'engager contractuellement à honorer une obligation de résultat, au milieu d'autres obligations de moyens. Retenons pour le moment que le médecin qui prévoirait d'opérer son patient-mourant un jour et à un moment déterminé contracterait une obligation de résultat, non pas dans l'opération elle-même, mais dans le seul fait de l'engagement à l'exécuter. Une telle hypothèse ne lui serait pourtant plus opposable à raison d'une obligation de résultat, *a fortiori* s'il devait être absent, et que l'absence soit la cause présumée du décès prématuré du mourant¹⁷²⁹. S'il est absent le jour de la dite opération,

¹⁷²⁵ Obligations de donner, de livrer ou de restituer une chose : art. 1136 et s. du Code civil.

¹⁷²⁶ Voir en ce sens notamment M. Bourbon, *L'accès aux soins palliatifs : un droit pour tous y compris les enfants*, in M. Bourbon, *Le droit du mourir à l'hôpital pour l'enfant*, Droit, déontologie et soin, vol 5, n° 1, mars 2005, Masson, pp. 70-72, in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. Cit., p. 36.

¹⁷²⁷ En rattachant ce droit à la notion de sauvegarde de la dignité humaine, il devient un devoir sur fondement d'un droit à valeur constitutionnelle.

¹⁷²⁸ Voir développement *infra*.

¹⁷²⁹ Il s'agirait de l'application tirée de l'interprétation de l'art. L. 1142-1 II al. 1 du Code de la santé publique. De telles circonstances ne saurait certainement exonérer le médecin d'une responsabilité pénale pour homicide involontaire sur le fondement de la non assistance à personne en danger, compte tenu de l'état de mourant connu de celui-ci et la nécessité d'une intervention en vue de repousser l'échéance de la mort. Une telle hypothèse reste fictive même s'il est admissible de supposer que de telles circonstances se sont déjà déroulées sans qu'aucune action en justice n'eut été opposée. Voir pour s'en approcher la solution de la CAA de Basse-Terre ch. civ. 1, 8 septembre 2008, n° de RG 05/00255, au sujet d'une patiente tombée de la table d'examen.

il devra prouver que seule la *cause étrangère*¹⁷³⁰ l'a empêché de se présenter. Il s'exonérerait alors de la faute faisant dès lors peser la responsabilité sur une cause de force majeure, l'établissement devant se charger d'indemniser le mourant ou ses ayants droits sur le fondement de la responsabilité sans faute. Il s'agirait d'une *déresponsabilisation médicale* au profit d'une indemnisation généralisée¹⁷³¹. Cette possibilité, reconnue depuis la jurisprudence *Bianchi*, a été consacrée au Code de la santé publique par la loi de 2002¹⁷³². Malgré l'importance plus globale de la question, nous suggérons ici que le fondement théorique d'une telle cause exonératoire reposerait sur le droit commun de l'article 1147 du Code civil, interprété en gradation des degrés d'appréciation du résultat attendu. Tout comme l'obligation de moyens, l'obligation de résultat a connu une mutation récente en gradations, faisant tour à tour peser des obligations de résultat *aggravées*, *atténuées* ou *allégées* au regard de l'interprétation de la notion de force majeure¹⁷³³. Sans plus entrer en détails dans cette voie, rappelons simplement que transposée dans le droit médical, la force majeure est devenue **aléa thérapeutique**¹⁷³⁴.

865.- L'aléa thérapeutique ferait écho à la théorie de l'aléa relevant du droit commun. Le principe fondateur en est qu'en l'absence d'aléa, l'obligation est de résultat¹⁷³⁵. Inversement, lorsque l'aléa est envisageable, l'obligation est de moyens¹⁷³⁶. L'aléa en matière médicale ne pourrait relever que d'une obligation de moyens en ce sens que le contrat hospitalier de soins serait lui-même aléatoire. Cependant, certaines modalités d'exécution de ce contrat seraient à même de faire ressortir un contenu relevant d'une obligation de résultat. Le contrat hospitalier serait donc soumis à des obligations de double nature. En ne retenant en l'espèce que les obligations de résultats, notons qu'il s'agirait ici des risques liés aux soins, et donc à l'obligation qui en découle, sur laquelle l'obligation d'information ferait peser une condition *sine qua non* à la réalisation du soin, et par là même, une condition *sine qua non* à l'obligation de résultat normalement attendu, ou prévisibles, ouvrant à une responsabilité sans faute¹⁷³⁷.

¹⁷³⁰ Art. L. 1142-1 I al. 2 du Code de la santé publique.

¹⁷³¹ Consacrée par le législateur à l'art. L. 1142-2 du Code de la santé publique.

¹⁷³² Art. L. 1142-1 I du Code de la santé publique.

¹⁷³³ L'aléa thérapeutique ne peut être qu'une obligation de moyens attendu que le résultat souhaité ne peut être qu'aléatoire en matière de médecine : c'est ce que l'art. L. 1142-1 al. 1 du Code de la santé publique entend consacrer sur le plan de l'aléa dit *technique*.

¹⁷³⁴ Voir Ph. le Tourneau, *Droits de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp743-744.

¹⁷³⁵ Voir A. Tunc, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens*, in *JCP G* 1945, I, 449, n° 6.

¹⁷³⁶ En matière médicale, l'aléa est essentiellement technique, et le législateur de la loi du 4 mars 2002 a été en ce sens là à l'art. L. 1142-1 du Code de la santé publique.

¹⁷³⁷ Voir en ce sens CAA de Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, préc.

L'information sur les risques serait donc prise génériquement, mais particularisée ici aux risques sans qu'ils ne puissent exonérer qui que ce soit des risques inconnus. Il s'agirait d'une obligation de sécurité de résultat, en ce sens que le mourant ne saurait être au courant de tout ce qui pourrait advenir de la réalisation d'un acte médical, car c'est bien l'idée du risque qui conditionnerait son consentement.

866.- L'obligation de résultat du médecin intervient donc en dehors de toute faute. Ceci ne serait donc qu'une part marginale des obligations du médecin dans la mesure où les jurisprudences *Gomez* et *Bianchi* ont été certes, en quelque sorte, consacrées dans la loi du 4 mars 2002, mais toutefois limitées, attendu que la réintroduction de la faute exigible opère même un retour vers l'exigence de la faute simple qui suffit déjà à ouvrir une responsabilité, pour peu qu'elle soit caractérisée¹⁷³⁸.

867.- Malgré tout, la mutation de l'obligation de moyens serait telle que lorsque le médecin s'engagerait à prodiguer un soin, il se devrait d'offrir un maximum de garanties de sécurité¹⁷³⁹. Et cette obligation là ne saurait demeurer qu'exceptionnellement une obligation de résultat¹⁷⁴⁰. C'est ici qu'interviendrait l'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique qui n'exonérerait plus le médecin, faisant dès lors indirectement peser sur lui une obligation de résultat à raison d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions. Elle serait opposable à l'établissement public de santé sur le fondement du droit administratif afin d'obtenir une indemnisation du fait du préjudice résultant du dommage¹⁷⁴¹. Ce serait le cas notamment du chirurgien qui ferait tomber son patient mourant de la table d'opération durant une intervention¹⁷⁴². Il manquerait alors à son obligation de sécurité de résultat du fait de sa faute dans l'utilisation du matériel médical¹⁷⁴³. De même, si l'abstention du médecin entraînait un préjudice pour le patient, il engagerait la responsabilité de l'établissement public de santé, sauf s'il prouvait l'intervention

¹⁷³⁸ L. 1142-1 du Code de la santé publique.

¹⁷³⁹ L'obligation de sécurité serait avant tout une obligation de moyens, accessoire à une obligation contractuelle principale. Voir en ce sens Ph. Rémy, *Nouveaux développements de la responsabilité contractuelle*, in *RGTA* 1995, 529, et infra n° 3436. Cependant elle connaîtrait un retour à son régime d'origine faisant peser sur elle une obligation de résultat ; voir en ce sens Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 749-751.

¹⁷⁴⁰ Il en serait ainsi du régime pesant sur l'indemnisation des dommages corporels reposant sur un contrat dont la personne victime en serait l'objet. Il s'agirait bien ici du cas du contrat de soins hospitalier.

¹⁷⁴¹ La responsabilité administrative seule pouvant être engagée afin d'obtenir une réparation.

¹⁷⁴² Pour une solution sur ce point, voir CA de Basse-Terre 1^{ère} civ., 8 septembre 2008, RG 05/00255, en l'espèce une patient qui chute de la table d'opération du fait du médecin..

¹⁷⁴³ Art. L. 1142-1 al.1 du Code de la santé publique.

d'une cause étrangère¹⁷⁴⁴. La réalisation de l'acte demeurerait quant à elle une obligation de moyens.

868.- Cette idée correspond à la manifestation typique de l'ère moderne de l'hypermédicalisation des données scientifiques médicales, de telle sorte que l'individu lui-même y succomberait. L'accompagnement du mourant en soins palliatifs donnerait presque l'illusion d'une possibilité de repousser la mort. Et les cas de vies végétatives prolongées ne seraient pas pour contredire une telle hypothèse. Toutefois, la *technologisation* de la santé ne saurait pas uniquement avoir des conséquences dans l'ordre matériel, et la psychologie des mourants en serait par là même affectée. Ceux-ci, et peut-être surtout la famille et la personne de confiance, si celle-ci s'en distingue, seraient de plus en plus en attente de résultats afin de satisfaire aux promesses de « belle mort ». Il s'agirait donc d'identifier une reconnaissance de plus en plus forte d'une nouvelle *re*-formulation de l'obligation de résultat, l'obligation de sécurité de résultat. Car si les cas de prolongement de la vie ont certes fait apparaître de nouveaux soucis, des souffrances jusqu'alors impossibles, ils ont aussi laissé l'espoir de pouvoir améliorer ces conditions de vie, et donc, non seulement prolonger la vie, mais aussi faire en sorte d'en améliorer la qualité, de telle sorte que d'un état végétatif prolongé, il soit possible d'attendre un état de conscience, permettant de bénéficier de ce *temps gagné*.

Section.IV. Les obligations à l'épreuve de la *technologisation* des moyens d'accompagnement

869.- La *technologisation* des moyens de l'accompagnement aurait deux sortes de conséquences en matière d'obligations. Il s'agirait ainsi d'abord d'une part d'obligations de résultat de mettre en œuvre un accompagnement, dont le contenu ne serait quant à lui qu'aléatoire ne faisant peser sur les professionnels de santé qu'une obligation de moyens à l'égard des mourants (**Paragraphe.I.**). D'autre part, il s'agirait d'une obligation de résultat de sécurité quant à l'information (**Paragraphe.II.**) qui serait celle des risques dans l'accompagnement même. Ici encore une double distinction serait à opérer : il y aurait obligation de résultat sur la délivrance même de l'information, et obligation de moyens sur le contenu, liée aux risques qui seraient en eux-même aléatoires. C'est en ce sens que quant à

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

l'obligation d'information liée aux risques, il s'agirait d'une obligation reposant sur deux conceptions tour à tour envisagées par la jurisprudence et la loi : tout dire ou ne rien dire¹⁷⁴⁵. La loi serait venue trancher en permettant au médecin de conserver une parfaite libre appréciation en la matière¹⁷⁴⁶, ne le soumettant quant au contenu qu'à une seule obligation de moyens. L'opposition demeure, même si l'obligation d'informer semblerait faire pencher la balance en la faveur du tout dire. C'est à l'obligation de diligence que fera référence l'article L. 4127-35 alinéa 2 du Code de la santé publique qui oblige à prendre toutes les précautions lorsqu'il s'agira de révéler un pronostic mortel, jusqu'à formuler un devoir de ne pas dire la vérité.

Paragraphe.I. Quant aux moyens d'accompagnement

870.- La loi et la jurisprudence sont claires en la matière. Longtemps la médecine ne dépendait que des seuls connaissances des médecins, et les outils, mis à leur disposition en vue de soulager, d'accompagner les personnes à la mort, n'étaient que rudimentaires. Les produits de nature à calmer les souffrances *ante mortem* se réduisaient à la morphine, plus souvent *opium* de la fin du XIX ème siècle jusqu'au milieu du XX ème, ou encore le cannabis dont les principes actifs THC sont toujours reconnus dans le traitement de la douleur des malades en fin de vie. Dans certains états des Etats-Unis d'Amérique, par exemple, l'usage thérapeutique du cannabis est autorisé¹⁷⁴⁷.

871.- La France contemporaine ne fait pas exception quant à l'usage des psychotropes et autres vasodilatateurs à base de curare, de morphine et autres dérivées d'opiacés, afin de prendre en charge la douleur des mourants¹⁷⁴⁸. Cependant, dans le domaine des obligations, l'utilisation de ces produits de santé ne pourrait voir peser sur le professionnel de santé qu'une

¹⁷⁴⁵ Les deux thèses s'opposeraient sur le fondement de la capacité du mourant à recevoir le contenu de l'information, surtout lorsque celle-ci envisage un pronostic mortel. Voir en ce sens L. Portes, *Du consentement à l'acte médical*, in *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson, PUF, 1954, pp. 163 s. : voir encore G. Mémeteau, *Le droit médical*, Litec, Paris, 1985, n° 519, pp. 349 s. sur le paternalisme médical ; ou encore R. Savatier, *L'impérialisme médical sur le terrain du droit ; le permis d'opérer et les pratiques américaines*, op. cit.

¹⁷⁴⁶ Ce qui semblait déjà être le cas avant la loi du 4 mars 2002

¹⁷⁴⁷ Voir en ce sens la proposition 215, baptisée *Compassionate Use Act*, approuvée par les électeurs de l'État de Californie aux élections de novembre 1996, et entérinant la légalisation du cannabis médical le jour suivant. Il en va différemment en Suisse où le cannabis a pourtant fait l'objet d'un débat, tout comme aux USA avant que ne soit autorisé un usage légal, strictement borné, dans les cantons du Valais, de Vaud, Neuchâtel, Genève et Fribourg. Il semblerait que ce vote en date du 16 novembre 2011 impose des mesures discutées en 2006 en matière de légalisation à visée thérapeutique, discussions non abouties.

¹⁷⁴⁸ Voir sur la question B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, op. cit., pp. 240 s.

obligation de moyens quant aux résultats escomptés. Toutefois, il existerait un risque d'assimilation entre l'obligation de prise en charge, sur laquelle pèserait une obligation de résultat sur le fondement de l'article L. 1110-9 du Code de la santé publique, et les attentes raisonnablement possibles de résultat de soulagement, liés à la mise en place d'un protocole de soins palliatifs. La réforme de la loi du 4 mars 2002 a entendu indirectement préciser le type d'obligation pesant sur les professionnels de santé à raison de l'usage des produits de santé, tels que les produits pharmaceutiques¹⁷⁴⁹. Toutefois, les difficultés d'application des dispositions de la loi de 2002 ont été atténuées par la loi de 2011 portant quelques modifications substantielles¹⁷⁵⁰. Cela signifie donc que l'obligation de soins ne saurait être réellement conditionnée par les moyens de l'accompagnement, lorsque ceux-ci sont de produits médicamenteux. Pourvu qu'ils soient autorisés par l'autorité sanitaire ministérielle, le médecin peut en faire, en quelque sorte, ce qu'il veut lorsqu'il l'emploie à des fins thérapeutiques, et notamment lorsqu'il s'agit de soulager les souffrances liées à la fin de vie. Il n'y aurait pas d'obligation spécifique quant à l'usage des produits. Il en est une en revanche relative au préalable nécessaire à leur utilisation, lorsqu'il est nécessaire d'informer le patient du contenu de l'acte suggéré. Toutefois, ce n'est ici, encore une fois, pas réellement le contenu de l'objet de l'information qui va faire l'objet de l'information, mais, en termes généraux, l'acte médical lui-même, pouvant comporter tel ou tels aspects. Autrement dit, le médecin n'aurait pas l'obligation de préciser de quoi il va faire usage, mais uniquement de rappeler en quoi l'intervention proposée peut comporter un risque. C'est en ça que les moyens de l'accompagnement, succombant à la technologisation, et bien qu'en faisant partie intégrante, n'entreraient pas pour autant dans le cadre contractuel.

¹⁷⁴⁹ Cette appellation ne peut être que générique tant elle recouvre en réalité une pluralité de produits tels que médicaments à usage humain, à usage vétérinaire, ainsi que certains produits réglementés ; et pour les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, certains objets et jouets d'enfants conformément à la directive 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 relative aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.

¹⁷⁵⁰ Voir loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, **relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé**.

Paragraphe.II. Quant aux spécificités de l'information relative aux risques

872.- Les moyens technologiques pèsent directement sur les contenus de l'information. Leur extrême complexification engendre nécessairement celle des coordonnées de droit. Ainsi, d'applications pratiques, le droit, avant tout des tribunaux, doit s'adapter afin de planifier les différents types d'obligations incombant aux médecins et établissements de santé. L'information est ici encore au cœur de cet effort de classification, et c'est en regardant le contenu de celle-ci u'il est possible de faire apparaître la notion de risque comme inhérente à l'acte médical, mais dont il s'agit de particulariser les différents aspects. En ce sens, la validité de l'information serait donc directement liée à son contenu, entre risque prévisibles et risques graves ; ceux-ci étant nécessairement déterminés par les données acquises de la sciences conditionnées par des critères technologiques.

873.- Il s'agit donc de distinguer les risques prévisibles de ceux qui sont qualifiés de risques graves¹⁷⁵¹. Notons que jusqu'en 1997, les jurisprudences judiciaire¹⁷⁵² et administrative¹⁷⁵³, faisant suite à la doctrine¹⁷⁵⁴, optaient pour une solution médiane, entre risques prévisibles et risques exceptionnels ou imprévisibles¹⁷⁵⁵. A partir de 1997, la Cour de cassation opte pour la transmission des risques graves¹⁷⁵⁶. L'information liée aux risques sera quasiment immédiatement renforcée par le renversement de la charge de la preuve¹⁷⁵⁷. Les obligations liées à ces deux types de risques seront donc également distinctes. L'information en elle-même porterait à la fois sur la séparation apparente entre les évolutions possibles de la pathologie, menant inexorablement à la mort d'une part, et les risques liés à l'intervention d'autre part. Le médecin serait lié quant aux éléments qui font le contenu de l'information, c'est à dire les données acquises de la science. En revanche, conformément à l'article R. 4127-

¹⁷⁵¹ Voir en ce sens B. Legros, *op. cit.*, pp. 80 s.

¹⁷⁵² C. cass. 1^{ère} civ. 23 mai 1973, *JCP*. 1975. II. 17955, note Savatier ; *Gaz. Pal.* 1973. II. 885, note Doll.

¹⁷⁵³ CE. 6 juillet 1984, *Mlle Puccio*, *RD sanit. Soc.* 1985, n° 1, p. 49 ; CE. 1^{er} mars 1989, *D.* 1989. I.R.106. *Comm. Moderne et Bon.* Mais aussi bien évidemment, les jurisprudences *Gomez*, *Bianchi* et *Hôpital Josphe Imbert d'Arles*, préc.

¹⁷⁵⁴ R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, et H. Péquignot, *op. cit.*, n° 251, p. 228.

¹⁷⁵⁵ Les risques exceptionnels ou imprévisibles étant déduits *a contrario* de la possibilité alors reconnue au médecin de se garder de dévoiler les risques les plus improbables. Sur ce dernier point voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 1955, *D.* 1956. 3 ; *JCP*. 1955. 9014, note Savatier.

¹⁷⁵⁶ C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 1997, rapport P. Sargos, *JCP*. 1997. II.22942 ; *RD sanit. Soc.* 1998. 68, note Harichaux ; *RD sanit. Soc.* 1998. 62, obs. Dubouis, préc.

¹⁷⁵⁷ C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, *Hedreul*, in *D.* 1997. IR.81 ; *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, *Bull.* 46, 24 mars 1997, n° 26, p. 8924 ; *Petites Affiches* 16 juillet 1997, n° 85, p. 17, note Drosner-Dolivet, préc.

35 du Code de la santé publique, le médecin serait libre quant au contenu lié à l'information portant sur l'application de ces contenus au mourant lui-même. Ainsi, le mourant recevrait l'information formelle, mais non interprétée à son cas, sous la forme d'un diagnostic ou d'un pronostic. Une telle rétention d'information pourrait être à son initiative, mais aussi, à l'initiative du médecin qui devrait tenir « compte de la personnalité du patient et veille[r] à sa compréhension. »¹⁷⁵⁸.

874.- Cependant, notons d'emblée que le principe premier serait tout de même de dire la vérité, si brutale soit-elle, dans la mesure où « le mensonge est juridiquement une faute. Et que le médecin ne doit pas se croire au-dessus de ce principe »¹⁷⁵⁹. Toutefois, si la violence des pronostics et diagnostics de certains médecins est notoire, comme chez les médecins américains¹⁷⁶⁰, la pratique française semble encore s'en distinguer, confinant parfois à certaines formes d'euphémismes, voir carrément de mensonges, sous couvert d'une certaine compassion, reconnaissant aisément *l'autonomie de la personne* à refuser, lui suggérant par des maladroites, qu'il serait préférable de ne pas savoir¹⁷⁶¹. C'est en ce sens que serait justifié l'usage de l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique, afin de légitimer la conscience seule du médecin, présumant, une fois de plus, de l'incapacité du mourant.

875.- Les risques prévisibles et les risques graves sont désormais entendus indistinctement tant par la Cour de cassation¹⁷⁶² que par le Conseil d'Etat¹⁷⁶³, sur le fondement unique de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. La formulation consacrée entend embrasser le plus largement possible un tel critère d'obligation, le Conseil d'Etat rappelant récemment qu'une telle obligation de résultat de sécurité ne cesse pas

¹⁷⁵⁸ Art. R. 4127-35 al. 1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁵⁹ R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, et H. Péquignot, op. cit., *ibid*, n° 269, p. 244.

¹⁷⁶⁰ L. Schwartzberg et P. Vianson-Ponté, *Changer la mort*, Albin Michel, Paris, 1997, p. 290.

¹⁷⁶¹ Voir en ce sens l'idée selon laquelle le malade doit avoir accès à la connaissance de son état, si grave soit-il « sans dommage majeur », de telle sorte que le fait même de connaître un pronostic grave ne puisse altérer de façon notoire une santé déjà fragilisée ; R. Savatier, J.-M. Auby, J. Savatier, et H. Péquignot, op. cit., *ibid*, n° 270, p. 245.

¹⁷⁶² Pour une approche récente faisant suite à l'arrêt fondateur, C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 1997, préc. ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁷⁶³ Pour une approche récente, voir CE. 5^{ème} ss. Sect. 17 octobre 2011, n°333543 ; le juge rappelle que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée ».

lorsqu'une nouvelle investigation révèle de nouveaux risques¹⁷⁶⁴. *A priori*, seule la jurisprudence administrative devrait s'appliquer au sujet du mourant au sein de l'établissement public de santé. « Les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » doivent d'abord être entendus de ceux que l'on qualifiera de *normalement prévisibles* eu égard à l'expérience médicale habituelle, celle-ci reposant essentiellement sur les données acquises de la science¹⁷⁶⁵. Toutefois, l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation est réelle, notamment dans sa capacité à déterminer son intention d'indemniser civilement les victimes de défauts d'information, ceux-ci tenant le plus souvent à des imprécisions liées aux termes de l'information. En réintroduisant le caractère délictuel du défaut en matière de délivrance de l'information¹⁷⁶⁶, la Cour de cassation tenterait peut-être même de se réapproprier ce domaine. Et sa compétence serait parfaitement applicable en ce sens, prioritairement sur celle du Conseil d'Etat, puisque la nature du contrat préalable à la situation visée n'aurait aucune incidence quant à ce qui est regardé ; *a fortiori* compte tenu du caractère aléatoire du contrat hospitalier de soins, qui d'ailleurs ici serait plus de nature privée que publique. En effet c'est à partir des conclusions tirées de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il est possible de déduire que l'obligation de délivrance de l'information repose avant tout sur les principes du droit commun des contrats ; attendu que « l'information nécessaire sur l'objectif, les conséquences et les risques prévisibles »¹⁷⁶⁷ conditionne la délivrance du consentement. Seul le contenu de l'information serait visé, et en ce sens, la notion de risque, dont il s'agit de faire mention et précision quant à sa nature, mais aussi quant ses composantes, serait parfaitement admissible en matière de responsabilité civile. Ces risques là devraient être transmis via le contenu de l'obligation d'information incombant au médecin, en guise de préalable à l'obligation de soins.

876.- D'autre part, les risques doivent être entendus comme étant liés à l'investigation nouvelle, rendue nécessaire par les découvertes résultant d'une première intervention. Une nouvelle information serait nécessaire en l'espèce, et devrait obéir aux mêmes règles¹⁷⁶⁸. Si ce deuxième temps devait révéler un pronostic mortel, le médecin pourrait toujours modifier son interprétation quant au contenu de l'information. La valeur de son obligation n'en serait pas pour autant affectée, dans la mesure où il demeurerait seul à apprécier de la nécessité de tout

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ Voir en ce sens, G. Mémeteau, *Traité de la responsabilité médicale*, op. cit., n° 152, p. 130.

¹⁷⁶⁶ C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc. et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁷⁶⁷ C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁷⁶⁸ Voir en ce sens CE. 17 octobre 2011, préc.

révéler ou non. La seule exigence extérieure au médecin serait en l'espèce la nécessité de ne révéler que ce qui est nécessaire, conformément au principe de sécurité. C'est même ce qu'a introduit le législateur à l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique qui oblige le médecin à révéler l'entière vérité lorsque le contenu de l'information concerne des cas de maladies contagieuses ; cette disposition ne saurait être étrangère au cas si particulier des malades du SIDA¹⁷⁶⁹. C'est donc en réalité la notion de sécurité, qui guide la valeur absolue de l'obligation d'informer, qui fera l'objet d'une obligation de résultat ; la plus évidente en matière de *droit de la santé*.

Section.V. L'exigence de sécurité due au mourant : une obligation de résultat

877.- C'est la jurisprudence qui en premier a développé, à la charge du médecin, une obligation de sécurité de résultat¹⁷⁷⁰. Partant d'une obligation de sécurité, issue de l'interprétation du droit commun, appliquée en matière médicale, elle serait liée à l'information se confondant donc à l'obligation de soins (**Paragraphe.I.**). C'est en ce sens qu'elle ne pourrait être opposable qu'au seul médecin (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. D'une obligation de droit commun liée au devoir d'informer se confondant à l'obligation de soins

878.- L'obligation de sécurité du droit commun serait donc *a priori* accessoire à une obligation contractuelle principale, imposerait de préserver la santé des personnes de tout

¹⁷⁶⁹ Particulier en ce sens que l'idée d'irréversibilité du processus mortel serait plus évident dans l'esprit du sidéen en raison de la diabolisation qui a été rapidement faite sur la dite maladie. Rappelons sans plus nous attarder sur ce sujet que au commencement, dans le début des années 80, le SIDA était communément désigné dans le monde scientifique par le petit sobriquet de maladie des quatre H ; à savoir, Haïtiens, Hémophiles, Homosexuels, et Héroïnomanes. L'entreprise de discrimination est la base de la révélation du SIDA au grand public.

¹⁷⁷⁰ CA de Besançon, 1^{ère} ch. civ., 12 septembre 2001, *Mme R c. M. M.*, Resp. civ. et ass., n° 12, 1^{er} décembre 2001, pp. 20-21, note L. Grynbaum : *L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale* ; N. Petroni-Maudière, *Médecin ; obligations contractuelles : obligation de sécurité*, Revue gén. de droit médical, n° 6, 1^{er} octobre 2001, pp. 175-196, préc. ; CA de Lyon, 1^{ère} ch. civ., 13 avril 2000, *M. G c. Delle E.*, Resp. civ. et ass., n° 1, 1^{er} janvier 2001, pp. 18-19, note L. Grynbaum, *Responsabilité médicale, de l'obligation de sécurité du médecin* ; L. Dogniaux, *Lamy Assurances*, n° 69, 1^{er} janvier 2001, pp. 1-4.

danger, et incomberait uniquement au débiteur de l'obligation. Examinons donc l'applicabilité des critères de l'obligation de sécurité du droit commun à l'obligation de sécurité due au cas du mourant.

879.- L'obligation de sécurité est liée à l'obligation d'information en matière médicale dans le cas de la prise en charge des mourants. Ainsi, la première obligation incombant au médecin et à tout professionnel de santé serait d'abord de soigner¹⁷⁷¹. L'urgence pouvant justifier de ne point requérir le consentement du mourant, notons d'ors et déjà que l'obligation de sécurité dans l'information, mais plus largement interprétée à la lumière de la sécurité dans la pratique relative notamment aux atteintes à l'intégrité physique de la personne ou encore à la dignité, serait effectivement une obligation accessoire de la première obligation de soins.

880.- L'obligation de soins étant une obligation certes morale, et il serait nécessaire de revenir dessus, avant d'être contractuelle, elle ferait peser un doute quant à la deuxième composante du critère du droit commun qui est la nature nécessairement contractuelle d'une obligation de sécurité¹⁷⁷². S'agirait-il pourtant d'opposer une hypothèse relevant du droit disciplinaire ? Une telle solution serait alors dérogatoire au droit commun, et conférerait une valeur *administrative* à l'obligation de sécurité, et donc exorbitante du droit commun. Cependant, notons qu'une telle hypothèse ne serait pas contraire à la reconnaissance d'une obligation de sécurité en matière médicale, compte tenu du régime mixte du contrat de soins hospitalier. Ainsi, *a priori*, la première obligation de soins serait contractuelle, et s'insérerait parfaitement dans le cadre de l'exécution d'un contrat dont une des parties est une personne publique.

881.- Enfin, cette obligation serait à la fois prétorienne et légale, dans la mesure où l'obligation de sécurité dans le soin a été à la fois reconnue par le juge judiciaire¹⁷⁷³ comme par le juge administratif¹⁷⁷⁴, et confirmée par son introduction au *corpus* légal. Elle est la plus évidente dans l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique, par l'introduction du cas spécifique des infections nosocomiales ; l'obligation est en l'espèce une obligation de résultat

¹⁷⁷¹ L'obligation de sécurité est autonome de l'obligation de soins : C. cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, *société Le Sou Médical et autre c. Mlle C. a.* ; *Gaz. Pal.*, n°352, 17 décembre 2000, pp. 43-46, note J.-L. Virfolet.

¹⁷⁷² Voir notamment CA de Paris, 16 septembre 1998, *D.* 1998, IR 239.

¹⁷⁷³ C. cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1982, *Bull. Civ.* n° 245.

¹⁷⁷⁴ CE. 9 décembre 2002, n° 238015.

pouvant être opposable en dehors de toute faute¹⁷⁷⁵. Cette hypothèse serait parfaitement envisageable comme cause entraînant une mort prématurée du mourant. Notons également l'importance toute particulière de la loi du 19 mai 1998¹⁷⁷⁶ sur la responsabilité des produits défectueux. L'obligation qui en découle est à la fois objective en ce sens qu'aucune faute n'est exigible, et extracontractuelle dans la mesure où toute personne victime peut la rendre opposable¹⁷⁷⁷.

882.- Ainsi, imaginons la personne ayant droit qui, faute d'une action entamée par le mourant, opposerait une action contre l'établissement de soins pour le dommage causé par un produit défectueux, en dehors de toute relation contractuelle le liant au dit établissement¹⁷⁷⁸. Ici encore, l'obligation serait une obligation de résultat, la faute n'étant pas exigible.

883.- Des cas de confusion entre obligation de soins et obligation de sécurité sèmeraient toutefois le trouble quant à la nature exclusivement contractuelle d'une telle obligation dans la relation médicale. Retenons que la sécurité serait entendue ici aussi au terme d'une obligation de résultat lorsqu'elle serait tirée de l'interprétation du code pénal : il s'agirait de l'obligation de secours¹⁷⁷⁹ qui opposerait au médecin une obligation d'agir, renvoyant directement à l'obligation de soins. Ici l'obligation de sécurité serait confondue à la première obligation. Ainsi, l'urgence suffirait à faire peser sur le médecin une obligation de prise en charge, *a priori* débiteur d'une obligation de résultat. En sortant du cadre déontologique administratif, la faute redeviendrait la cause de l'obligation¹⁷⁸⁰.

884.- Pour finir, l'interprétation du code civil quant aux atteintes liées à l'intégrité physique de l'article 16-3 du Code civil permettrait de relativiser l'obligation de soins une fois encore à une obligation de sécurité de résultat, dans la mesure où l'article 16-3 du Code civil permettrait au médecin de s'exonérer, sans faute, de toute obligation d'information préalable en honorant en premier son obligation de soins. Là encore, l'obligation de sécurité se

¹⁷⁷⁵ C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19137, non publié au *Bull.*

¹⁷⁷⁶ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, *relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*.

¹⁷⁷⁷ Art. 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

¹⁷⁷⁸ Action rendue possible par le juge du Conseil d'Etat quant à la transmissibilité de l'action aux héritiers ; voir CE. Sect., 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. consorts Jacqué*, Rec. 147, concl. Chauvaux ; *D.* 2000. 563, note Bourel ; *DA.* 2000 n° 122, obs. Esper ; *JCP* 2000. II. 10360, note Derrien.

¹⁷⁷⁹ *Contra* art. 223-6 du Code pénal.

¹⁷⁸⁰ Pour une interprétation considérant une déresponsabilisation pénale en matière médicale, voir V. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, op. cit.

confondrait avec l'obligation de soins. *La sécurité serait même assimilée à l'urgence qui commande l'obligation de soins portant atteinte à l'intégrité du mourant.*

885.- L'obligation de sécurité est donc liée à une obligation de préserver la personne d'un danger supplémentaire, connus ou raisonnablement envisageables¹⁷⁸¹. Ainsi en serait-il, *de facto*, dans le cas du contrat hospitalier de soins. En effet, le créancier mourant s'exposerait contractuellement à un risque d'atteintes corporelles du fait de l'exécution des obligations principales du contrat de soins. Ces atteintes sont entendues au sens des dispositions de l'article 16-3 du Code civil. Comprenons que sauf les cas d'urgence ou d'impossibilité, le médecin doit une obligation de sécurité au mourant qu'il a sous sa responsabilité. Toutefois, en pratique, il serait parfois plus difficile de savoir sur la tête de qui, entre la personne physique et la personne morale, pèse réellement cette obligation.

Paragraphe.II. L'opposabilité au seul médecin ?

886.- L'obligation de sécurité ne pourrait être opposable qu'au seul médecin, en cas de faute détachable du service, en raison d'une particulière maladresse incompatible avec l'exercice de l'art médical ; et *extensivement* à tout professionnel de santé, dans la mesure où seuls ceux-ci sont à même d'avoir la connaissance suffisante de tels risques constituant les possibilités d'atteintes à la sécurité. Toutefois, et sans plus détailler ce point pour le moment, ce serait à l'établissement d'assumer la charge de l'indemnisation, dans la mesure où l'obligation de sécurité serait directement liée à l'activité, et qu'en tant qu'obligation de résultat, elle fait l'objet du régime de la responsabilité sans faute. Comprenons donc que les données acquises de la science seraient opposables aux seuls professionnels de santé. Ce « transfert des risques »¹⁷⁸² de la victime mourante sur le professionnel de santé médecin paraît logique dans la mesure où ce dernier doit s'assurer de sa parfaite maîtrise de son art. Cette obligation se justifierait d'autant plus en matière médicale, attendue que l'activité présente un risque spécial pour la personne du mourant. Cependant, une telle obligation devrait prendre deux directions opposées afin d'alléger son régime contractuel. Soit sortir du

¹⁷⁸¹ Selon les données acquises de la science et la capacité d'interprétation du médecin.

¹⁷⁸² Ph. Laurent, *L'enchevêtrement des actions de l'acheteur liées à l'état du bien vendu*, thèse, Nantes, 1998, n° 290.

contractuel pour revenir vers le régime délictuel¹⁷⁸³ ; soit ne faire peser sur les praticiens qu'une responsabilité quasi sans faute, du fait d'un dommage inhérent à la force majeure, extérieure à la fonction. Ici ce n'est pas la faute qui est extérieure à la fonction, mais ce qui a conduit à la réalisation du dommage, et qui ne dépendait pas de l'acte en lui-même. Cela en revient donc, soit à faire peser la responsabilité sur le seul établissement, en considérant que si le dommage résulte d'un manquement à la sécurité, il s'est tout de même révélé dans le cadre de l'exercice de l'art médical, mais non fautif ; ou bien à faire peser le responsabilité sur le praticien, considérant la faute détachable de la fonction, récemment rappelée par la Cour de cassation¹⁷⁸⁴ en matière de responsabilité civile délictuelle¹⁷⁸⁵. Le juge ne renvoie donc pas nécessairement les victimes vers une indemnisation strictement administrative devant le Conseil d'Etat, pour des cas qualifiés certainement au nom d'une responsabilité sans faute déguisée.

887.- Évolution effrayante de cette obligation en ce sens que les praticiens auraient, *a fortiori* dans le cas de la prise en charge des mourants, une épée de Damoclès au dessus de leur tête, faisant dès lors l'effet inverse escompté par les patients. En renforçant les exigences, les praticiens seraient sur la défensive, craignant la faute, si infime soit-elle, dans une obligation qui, au regard des connaissances et des technologies, ne serait plus seulement une simple obligation de moyens, mais une obligation de résultat, même *atténuée* ou *allégée*. Et on reviendrait à la responsabilité civile du médecin, exercée en action récursoire de l'établissement public de santé contre celui-ci. En effet, l'établissement ne saurait plus reconnaître sa solidarité avec un médecin qui aurait tous les moyens de ne pas commettre la faute, et le facteur humain de la faute reprendrait le dessus dans l'appréciation de la cause responsable, de telle sorte que la faute dans la fonction serait considérée comme cause exonératoire, et la faute détachable serait cause fautive en raison de l'exigence de réussite pesant sur les praticiens.

¹⁷⁸³ Ce qui semblerait apparent dans les cas de confusion de l'obligation de sécurité et de l'obligation principale de soins. De plus cette hypothèse est soutenue par certains auteurs qui estiment nécessaire de faire peser sur les obligations de sécurité une seule obligation de résultat. Une telle perspective permettrait d'indemniser systématiquement les victimes et les ayants droit ; toutefois ces derniers ne peuvent être indemnisés par l'ONIAM qu'au cas de décès du patient, le cas ayant fait l'objet d'une requête en QPC devant la Cour de cassation : C. cass. 1^{ère} civ. 3 septembre 2011, Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologie, note C. Caillé, *Pas de QPC sur l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs*, octobre 2011, p. 7 . C'est d'ors et déjà le cas avec les régimes spéciaux d'indemnisation des victimes directes. Voir Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 751. Voir également C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁷⁸⁴ C. cass. 8 février 2011, préc.

¹⁷⁸⁵ Pour de plus amples développements nous renvoyons aux développements de Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. Cit. pp. 746-751.

888.- Les établissements publics de santé s'exonéreraient d'autant plus facilement, attendu que la loi oblige désormais les praticiens exerçant au sein de ceux-ci à contracter une assurance responsabilité civile¹⁷⁸⁶, laissant planer le doute d'une telle hypothèse responsable¹⁷⁸⁷. L'indemnisation administrative ne serait qu'une responsabilité « civile », garantissant une fonction « assumentielle »¹⁷⁸⁸. Serait-ce le présage d'un retour à la responsabilité délictuelle ?¹⁷⁸⁹ La Haute Cour civile semble aller dans ce sens. Le risque serait grand dans la mesure où le régime contractuel est flou, et que la distinction obligation de résultat et obligation de moyens ne saurait survivre en dehors de la sphère contractuelle¹⁷⁹⁰.

889.- Que pourrait-dire le Conseil d'Etat qui devrait systématiquement indemniser les victimes de fautes commises dans l'exercice des fonctions, à raison d'une obligation de résultat *déguisée* ? Le législateur, conscient de ce risque, a alors trouvé un moyen de tenter de pacifier la relation, mais aussi et surtout d'essayer de désengorger les tribunaux. Il s'agirait alors de regarder du côté des nouvelles formes d'indemnisation *déjudiciarisée*, directement traitée avec des organismes *pseudo* étatiques, telle que l'ONIAM¹⁷⁹¹, les CRCI¹⁷⁹², ou encore le FIVA¹⁷⁹³ qui se chargent, financés en partie par les fonds de la sécurité sociale, de négocier les sommes indemnifiant les victimes et leurs familles. La responsabilité sans faute ne serait pas morte car l'obligation de résultat ne saurait la faire disparaître si ce n'est même la renforcer.

890.- Une certaine éthique *bio-logique* suffirait à justifier une telle interprétation, faisant peser sur les épaules des praticiens l'ensemble des causes de la santé, or les cas de responsabilité sans faute pour défaut d'un produit, ou d'un matériel. De telles hypothèses seraient alors aisées à prouver pour des professionnels de santé bien souvent seuls à maîtriser

¹⁷⁸⁶ Art. L. 1142-2 du Code de la santé publique.

¹⁷⁸⁷ Le seul fait d'être salarié d'un établissement public de santé suffirait à assurer le praticien par l'intermédiaire de l'assurance contractée par l'établissement.

¹⁷⁸⁸ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 99.

¹⁷⁸⁹ Pour faute lourde d'avant la jurisprudence du Conseil d'Etat du Ass. 10 avril 1992, *Epoux V*, préc. ; voir notamment Ph. le Tourneau, *op. cit.*, p. 147-150.

¹⁷⁹⁰ *Ibid*, p. 734 note 3210.

¹⁷⁹¹ Office Nationale d'Indemnisation des Accidents Médicaux. C'est un établissement public administratif de l'Etat (EPA), placé sous tutelle du ministère chargé de la santé.

¹⁷⁹² Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation des Accidents Médicaux. Elles ont été créées par un décret du 3 mai 2002 en application des articles L. 1142-6 et L. 1143-1 du Code de la santé publique.

¹⁷⁹³ Fond d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante. C'est un établissement public national à caractère administratif qui indemnise les victimes de l'amiante.

l'usage et le langage d'une technologie de pointe. C'est sur le fondement-prétexte de la cause de l'article L. 1142-1 I que les médecins soumis à une obligation de résultat parviendraient à faire basculer l'interprétation dans le champ de la responsabilité sans faute. Il s'agirait alors d'une authentique *bio*-éthique, reposant sur les théories empiriques du vivant, ce dernier ne dépendant plus que des moyens technologiques considérant le corps saisi par l'esprit d'un *deus ex machina* cartésien. Or l'idéalisme cartésien serait celui d'une *pseudo* éthique, niant le vivant en le dénonçant comme cause première du souci du médecin et du législateur.

Section.VI. Par delà les obligations juridiques, la *raison éthique*

891.- L'erreur d'interprétation résiderait dans l'ignorance quant à la place du médecin qui demeurerait omnipotent par le fait même de la loi. En reconnaissant le statut de citoyen de santé, la loi nierait au mourant toute liberté absolue, reléguant toutes les obligations du médecin et de l'établissement public dans l'ordre juridique ; en apparence toutefois. En revendiquant une pleine jouissance, et en définissant ce qu'est cette pleine jouissance, le législateur conférerait en réalité une limitation de jouissance à ce droit. Par là même, il offrirait une plus large autonomie à ceux qui exercent leur débit à l'égard du malade-mourant. Le médecin aurait en effet la possibilité d'anticiper les conditions où l'exercice de son art constituerait une atteinte, déontologique, légale ou jurisprudentielle. L'appréciation du préjudice s'en trouverait affectée par la limitation même aux seuls droits de mourant, ceux-ci n'étant apprécié qu'au regard des *données acquises de la science*.

892.- Cette démarche idéaliste serait une fois de plus celle du *pseudos* platonicien prenant la partie, le droit du mourant, pour le tout, la pleine jouissance des droits de la *personne*, la partie étant déjà elle-même une partie amoindrie, oserions-nous dire, dans la mesure où les droits du mourant ne se résumeraient pas aux seuls droits de la personne rapportés à l'état de mourant, mais aux aspects techniques de la situation de mourant, annoncés à l'aune des connaissances de la santé quant aux indices de la mort et de la souffrance. L'obligation de faire participer le mourant ne résiderait donc pas dans la loi, ni celle de 2002, ni celle de 2005 qui renforcerait ses droits en lui permettant notamment de renoncer à tout *acharnement thérapeutique*, ou de faire renoncer, en jugeant à sa libre appréciation. Car ici encore, le médecin resterait dernier décideur sur la question d'interrompre ou non, sa liberté d'exercice

ayant été donc non seulement renforcée, mais aussi étendue en s'en remettant à une médicalisation du juridique, et non une juridicisation du médical. **La juridicisation ne servirait en réalité qu'à déguiser les obligations médicales. C'est parce que le médecin sait que sa responsabilité, ou tout au moins celle de l'établissement pour le compte duquel il exerce, pourrait être mise en jeu, qu'il se prémunirait de toute atteinte en concevant lui-même une éthique pré-conçue, et rétroagissant sur les obligations légales, tout en s'appuyant sur elles, mais surtout sur une éthique première, antérieure à ses obligations de soins formulées. Et il en serait donc ainsi d'une *condition potestative* ; car elle est celle qui rétroagit au jour de l'exigence de sa réalisation, et annule donc les effets de droit jusqu'alors consommés. En ce sens, celui qui aurait refusé un soin, conformément à sa capacité à s'opposer à recevoir quelque chose, pourrait se voir mettre en échec son refus en raison des désaccords techniques du médecin qui prétendrait pouvoir encore faire quelque chose, tant sur un plan thérapeutique que palliatif, qui n'est qu'une autre forme de thérapeutique.**

893.- Or, en résistant aux demandes du mourant, il se déchargerait d'une responsabilité pour excès de zèle, ce qui n'a jamais été vu en droit de la santé. De plus, le médecin se prémunirait juridiquement là où la responsabilité du mourant ne pourrait lui être opposée en raison de son inconscience à refuser un soin ; principe de précaution et principe de sécurité s'y opposant préventivement. Cela signifie que la participation ne serait pas fondée sur les droits des malades issus de la loi de 2002, puisqu'ils seraient largement atténués par celle-ci. Il y aurait bien un devoir de participer, mais qui résiderait dans un autre type de fondement éthique. **L'obligation de participer serait donc plus profonde.**

894.- Et c'est dans un fondement métaphysique et éthique que le philosophe du droit irait la chercher, afin de justifier de la liberté qu'elle présuppose. Si l'atteinte de l'article 16-3 du Code civil ne pourrait s'appliquer qu'en raison de l'intérêt médical, ou encore de l'intérêt thérapeutique d'autrui, pourrait-on estimer que ces critères survivent à la situation où le mourant exige de les voir s'interrompre. Dans la mesure où l'imminence de la mort n'est pas due à une raison sanitaire mettant en danger l'ordre public, le critère de l'intérêt médical devrait par là même devenir caduque, en raison du caractère exceptionnel de l'atteinte¹⁷⁹⁴. En effet, l'imminence de la mort en elle-même ne constitue pas un danger pour le mourant, mais

¹⁷⁹⁴ Voir D. Manai, *Les droits du patient face à la biomédecine*, op. cit.,

bien plus, sur le plan de la concurrence des obligations, pour le médecin. C'est en ce sens que le mourant devrait être à même d'exiger un résultat conforme non pas aux données techniques, mais à celles de l'éthique. **Non pas à la bioéthique biotechnologique, reconnaissable sous la forme d'un biodroit tout juste dépouillé des attributs des données acquises de la science, mais d'une éthique réaliste, conjuguant le bien singulier à la lumière d'un bien plus universel, mais que le droit ne saurait saisir, tout au mieux, et c'est son rôle, garantir.** Il y aurait bien une obligation de sécurité dans l'obligation de soins, mais celle-ci serait déjà contenue dans la première obligation que le droit se doit d'honorer en garantissant la pratique de l'art médical. En régulant l'accomplissement de la charge des médecins, l'intervention du droit ne devrait être en réalité qu'accidentel. **Il ne s'agirait dès lors que de faire intervenir le juge dans le cas de dépassements des conditions de la sécurité raisonnablement attendue.** Car la survenue de la mort serait dans l'ordre des choses ; ce ne sont que les conditions, non systématisables qui pourraient révéler des carences. Or, en réservant des zones de complexification de la pratique, au nom d'une bioéthique soucieuse de définir, le biodroit attenterait encore plus à la liberté nécessairement éthique, plus profonde, de la personne ; en délimitant et conditionnalisant, le droit rendrait plus complexe l'émergence d'une protection maximale, car entre les conditions pourraient naître des zones d'ombre.

Conclusion du Titre I

895.- La responsabilité du fait de l'exercice de l'art médical concernerait à la fois les actes médicaux et ceux qui ne le sont pas, mais aussi les actes thérapeutiques et ceux qui ne le sont pas. En effet tous autant qu'ils sont, participent de l'accompagnement de la personne malade à la mort ; et la pléthore de conditions obligeantes pourraient définitivement révéler l'atteinte aux droits de la personne, sous forme potestative, attendu que ces droits seraient antérieur à ces conditions, et que celles-ci auraient pour effet de les anéantir. C'est donc de l'émergence des causes possibles de responsabilité, celles qui sont inhérentes aux obligations qui la précèdent, et en quelque sorte qui tentent de l'interdire, que pourrait apparaître l'unilatéralité rétroactive d'un biodroit. Celui-ci se placerait au-dessus des *droits de l'homme*, et avant ceux-ci, des droits de la conscience, en prenant pour assise les mêmes droits de l'homme, mais ici suggérés par une conscience procédant d'une raison humaine, au commencement des droits de l'homme, en tentant de discerner « le juste entre le légal et le

bon », comme le suggérait, en tout idéalisme, le vice président du Conseil d'Etat en citant Ricoeur¹⁷⁹⁵. Des obligations, retenons que seule celle de soins doit perdurer comme cause première ; car elle est la seule à emporter toutes les autres en étant authentiquement fondée sur un droit à valeur constitutionnelle. Toutefois, elle ne peut légitimer l'omnipotence médicale, et s'imposer en toute circonstance, comme le législateur l'a d'ailleurs rappelé en introduisant les possibilités de refus de soins, aux termes de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Cela signifie que quelque soit l'obligation, d'informer, de sécurité, *etc*, l'obligation de soigner devrait primer comme cause première, et non comme conséquence. Ceci ne semble pas réellement évident, puisqu'elle est apparue le plus souvent s'appuyer sur d'autres causes, afin de se justifier. Sans pour autant en faire une obligation absolue, nous pensons qu'il s'agirait de lui rendre son caractère originel, proprement moral, ce que le seul code de déontologie médicale permettrait. Toutefois, une telle évolution serait en réalité une révolution, attendu qu'une refonte de la nature des obligations engendrerait nécessairement celle de la responsabilité. Pourtant, quelques espoirs semblent permis en regardant l'avenir de la jurisprudence de la Cour de cassation. En essayant de faire à nouveau peser sur le médecin, personnellement, une responsabilité délictuelle, il est probable d'entrevoir un renouveau de la personne. En effet, si les obligations sont, en majorité, et bien qu'issues de différents horizons, introduites au droit public, dont la connotation politique est évidente attendu qu'il s'agit de défendre les intérêts de l'ordre public étatique, le retour à une responsabilité délictuelle réintroduirait une dose de droit privé, de la *personne*. Et ainsi serait-il possible de faire ressurgir les obligations premières, authentiquement éthiques, tentant de reprendre leur rôle sur celles relevant d'un *biodroit* qui standardise la régulation des comportements humains, en les conditionnant *a priori* ; c'est ce qui fait de celui-là un droit producteurs de *conditions potestatives*.

¹⁷⁹⁵ Voir en ce sens J.-M. Sauvé, *Dignité humaine et juge administratif*, Rencontres européennes de Strasbourg, Colloque organisé à l'occasion du 90ème anniversaire de la création du Tribunal administratif de Strasbourg, vendredi 27 novembre 2009, préc.

Titre.II.La responsabilité médicale à l'épreuve de la contractualisation du vivant et du mourant

896.- Malgré la généralité des problèmes liés à la responsabilité médicale, regardée dans son sens le plus large, applicable tant dans le domaine du droit civil, que dans celui du droit *administratif*¹⁷⁹⁶ ainsi qu'en matière pénale, il s'agira, pourtant, de tenter d'en transposer, objectivement, et spéculativement¹⁷⁹⁷, ses *principes* sous-jacents, relativement aux conditions de réalisation de l'accompagnement du mourant. En effet, celui-ci peut avoir l'intention de révéler une faute. En ce sens, les règles du droit commun de la responsabilité auront vocation à s'appliquer identiquement au cas de la responsabilité médicale, nécessitant de faire apparaître un lien de causalité entre une faute et un dommage¹⁷⁹⁸. Toutefois, certaines circonstances *exceptionnelles*, désormais prévues par la loi¹⁷⁹⁹, permettent de regarder des cas de responsabilité sans faute, où l'existence du seul dommage suffit à ouvrir une action en responsabilité. Le mourant pourrait, dans une autre perspective, vouloir requérir uniquement une indemnisation, en raison d'un préjudice, et ainsi ne point, conformément au dispositif légal du 4 mars 2002, engager quelque procédure que ce soit¹⁸⁰⁰. Pourtant, cette option ne saurait nous faire ignorer qu'une responsabilité *aurait pu exister*. Car, en réalité, le mourant n'a, le plus souvent, pas conscience d'avoir subi un dommage, et ce sont en général les ayants droit qui agissent, majoritairement pour des raisons liées à un préjudice économique « par ricochet »¹⁸⁰¹, conformément à l'application des articles L. 1142-1 et suivants du Code de la santé publique.

¹⁷⁹⁶ Entendu extensivement, intégrant dès lors le caractère administratif du contrôle des décisions disciplinaires.

¹⁷⁹⁷ Car, nous le dirons immédiatement, la plupart du temps, il n'y aurait aucune action en responsabilité, alors même qu'il existe un dommage. De ce fait, nos développements devront s'appuyer sur de hypothèses de cas de responsabilité à partir de ceux existants sur des questions transposables.

¹⁷⁹⁸ Ce que notamment la Cour de cassation consacre à l'égard du mourant en état végétatif, reconnaissant qu'il peut subir un préjudice de nature morale, ouvrant dès lors une action en réparation : C. cass. crim. 11 octobre 1988, préc.

¹⁷⁹⁹ Responsabilité sans faute du fait des produits défectueux, des matériels de santé, dans le cas des infections nosocomiales, *etc.* Rappelons d'ors et déjà que ces conditions légales ne sauraient effacer les effets des jurisprudences *Gomez*, *Bianchi* et *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*.

¹⁸⁰⁰ Nous reviendrons bien évidemment sur cette hypothèse concernant CRCI et ONIAM notamment.

¹⁸⁰¹ Voir Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 420.

897.- De toute évidence, la fin de vie ne serait plus propice à faire émerger des *erreurs* causées sur la *personne* mourante, puisque celle-ci serait elle-même assimilée à une *erreur*, bien que la notion de perte de chance de survie suggère le contraire¹⁸⁰², bien heureusement, malgré d'ailleurs le caractère alambiqué d'une telle formulation. Et il ne s'agirait pas de croire que nous soutiendrions la responsabilité que dans les cas de fautes ; bien au contraire, en faisant référence à l'erreur, nous la distinguons parfaitement de la faute, en ce sens qu'elle pourrait tout aussi bien en être une, que s'en différencier, en relevant d'une condition extérieure, en quelque sorte, à la volonté du praticien, ou encore de l'établissement qui accueille le mourant. Ainsi de cette notion d'*erreur*, ormis les causes extérieures classiques¹⁸⁰³, pourrait émerger une toute autre référence, sous-jacente à *l'idée de responsabilité*, en ce sens qu'il existerait, en réalité, *une responsabilité non dite*, qu'il serait évident de voir, mais impossible le plus souvent de dénoncer. Il en est ainsi, par hypothèse, d'une responsabilité dont les termes seraient tenus à partir de conditions légales de tous ordres, dont nous présumons que le caractère unilatéral, qu'elles portent en elles, serait à la base d'une contractualisation du vivant, et du mourant sous forme potestative¹⁸⁰⁴. C'est-à-dire que, l'établissement public de santé¹⁸⁰⁵, à la base de la relation de soins, en tant qu'il représente l'Etat dans la poursuite d'une mission de service public à caractère fondamental¹⁸⁰⁶, serait en quelque sorte détenteur d'un droit lui permettant, par principe, d'être seul maître de la formation du contrat projeté. C'est lui qui dégagerait les principes, et les modalités de ceux-ci, et ainsi, sous couvert de protéger le mourant, lui garantirait qu'aucune atteinte ne peut être possible contre sa *personne*, sauf dans le respect des dites conditions légales : il s'agirait par exemple de l'article 16-3 du Code civil. Toutefois, nous posons l'hypothèse du **contraire**, en supposant, et cela apparaîtra rapidement comme avéré, qu'un tel comportement constitue, *ab origine*, une atteinte, non pas au seul mourant, mais à la « *personne qui le précède* »¹⁸⁰⁷. Celle-ci serait donc, le plus souvent, pensant être protégée, alors qu'intuitivement, sa souffrance liée à la pensée de la fin de sa vie serait associée à son

¹⁸⁰² Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 2010, in *BICC* n°735 du 1er février 2011 ; ou encore CE. 4^{ème} et 5^{ème} ss-Sect. 26 mai 2010, in *JCP A* 2011, 2045, n° 4, obs. H. Muscat.

¹⁸⁰³ Force majeure, produits défectueux, matériels à usage médical, etc.

¹⁸⁰⁴ Pour une approche contraire, légitimant cette contractualisation, en donnant les *clés* d'une bonne conduite, voir J. Perrot, et E. de Roodenbeck (éds), *La contractualisation dans les systèmes de santé. Pour une utilisation efficace et appropriée*, Karthala, Paris, 2005, *passim*.

¹⁸⁰⁵ En réalité, en pratique, il s'agit du médecin.

¹⁸⁰⁶ Art. L. 1110-1 du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁷ Métaphysiquement, il n'y a pas réellement *de temps identifiables*, et c'est ce que suggère la notion de *personne*, indivisible. Toutefois, en regardant celle-ci dans le contexte du langage du droit, le concept de mourant lui serait successif, dans la mesure où, pour qu'il existe un mourant, il serait nécessaire qu'il existe d'abord une *personne*.

hospitalisation, inconsciente des dommages qu'elle vie, dommages se situant dans un ordre caché, derrière les couches superficielles de *droits de l'homme déclaratifs*.

898.- En ce sens, rares seraient les actions intentées pour une faute, ou en l'absence de toute faute même, dues à des faits identifiés comme relevant de l'accompagnement du mourant et, directement attentatoire à la dignité de la personne¹⁸⁰⁸. Si de nombreux arrêts sont relatifs à des cas de mort prématurée à l'hôpital¹⁸⁰⁹, les atteintes à la *personne* du fait même de l'accomplissement d'actes thérapeutiques ou non, dans le cadre des soins palliatifs notamment, ne semblent pas intéresser les tribunaux, et peut-être avant eux les mourants eux-mêmes¹⁸¹⁰.

899.- Les actions intentées au motif d'atteinte à la dignité humaine des **malades**, sans être monnaie courante, existent tout de même, en matière civile et pénale, ce qui, pour ce dernier, pourrait être son domaine de prédilection, car entre droit privé et droit public¹⁸¹¹. Notons en

¹⁸⁰⁸ Malgré nos recherches, nous ne trouvons aucune jurisprudence pouvant s'apparenter à une responsabilité pour faute ou sans faute en la matière. Cependant nous trouverions à interpréter tout de même des circonstances analogues à la nécessité pour les professionnels de santé d'honorer leur obligation d'assistance dans un arrêt de la cour de cassation relevant un manquement fautif tel qu'il semble avoir hâté le décès d'une patiente. Comprendons en ce sens que celle-ci était donc destinée à mourir au sein de l'unité hospitalière, et que son état avant la décision fautive aurait été considéré comme celui du mourant, voir donc en ce sens C. cass. crim. 19 février 1997, *Girer*, préc., sur la perte de chance d'une patiente de pouvoir bénéficier d'une nouvelle intervention chirurgicale du fait de l'arrêt de toute procédure de réanimation et d'avoir été hâtivement extubée, voir aussi CE. Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart.*, préc. Voir également C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, *Gaz. Pal.* note C. Collin, *L'offre d'indemnisation dérisoire d'une perte de chance de fin de vie meilleure et moins douloureuse équivaut à une absence d'offre*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 26-28.

¹⁸⁰⁹ CE. 20 juillet 1990, *Cs Fernandez c. Centre Hospitalier Intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël*, n° 60877, sur la mort prématurée d'un homme ayant subi une radiculographie : rejet de la responsabilité pour faute car le lien de causalité ne pouvait être établi, le patient souffrant antérieurement de douleurs intrarachidiennes à l'origine de l'examen radiculographique jugé comme régulier. Rejet également d'une responsabilité sans faute, en vue d'une indemnisation, avec au surplus condamnation des consorts Fernandez aux dépens. ; voir aussi CE. Sect. 20 mars 1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulouse c. consorts Oulié*, in *RDP* 1991, chron. Y. Gaudemet, préc., sur le décès d'un patient au motif d'une imprudence ayant le caractère d'une faute lourde ; ou encore, CAA de Douai 27 décembre 2004, n° 02DA00026 pour un dysfonctionnement dans l'organisation du service et notamment dans le suivi *pre, per* et *post*-opérateur du malade qui n'était pas pour autant considéré comme mourant avant la dite intervention litigieuse. Les juridictions judiciaires allant dans le même sens, voir notamment pour le cas d'une mort prématurée au sein d'une clinique, C. cass. crim. 26 février 1997, pourvoi n° 96-80511, non publié au *Bull.* Voir également C. cass. crim. 29 juin 1999, pourvoi n° 98-82300, sur la recherche des motifs faisant apparaître que « le retard pris par l'équipe médicale dans la réalisation des interventions chirurgicales en raison des négligences des docteurs X... et Z... a fait perdre à A... une importante chance de survie », la Cour retient que la négligence du praticien responsable de service l'a empêché d'effectuer un diagnostic approfondi ayant retardé l'intervention chirurgicale, constituant dès lors une faute dans l'accomplissement des « diligences normales qui lui incombaient, compte tenu de sa mission et des moyens dont il disposait » ; le médecin est reconnu coupable d'homicide involontaire. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, préc.

¹⁸¹⁰ Voir tout de même pour une affaire où la victime a connu une mort prématurée en soins palliatifs, mais ne résultant pas d'une faute commise au sein de ceux-ci, C. cass. crim. 10 janvier 2006, pourvoi 05-81259, non publié au *Bull.*

¹⁸¹¹ Voir CA de Lyon 27 juin 1913, *Gaz. Pal.* 1913, p. 507 ; CA de Bordeaux, 18 avril 1991, *D.* 1992, II, juris, pp. 14 s., note S. Gromb. ; et C. cass. crim. 3 janvier 1973, *Bull. crim.* 1973, n° 2, p. 4.

effet que la dignité, une fois *humanisée*, c'est-à-dire rapportée à une commune humanité ressortissant « à l'essence même de la personne humaine », serait considérée comme participant « de cette exigence que « quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain », exigence dont Ricœur faisait l'origine des droits de l'homme. »¹⁸¹². De l'humanité de la dignité serait dégagée la valeur fondamentale de celle-ci, nécessitant sa conditionnalité juridique. Et si pour le Conseil d'Etat elle est une composante de l'ordre public¹⁸¹³, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère, quant à elle, que le droit à la vie est le fondement existentiel de la dignité humaine¹⁸¹⁴. La dignité serait donc au fondement du droit à être reconnu en tant que *personne*, au nom d'un intérêt général, au nom de libertés fondamentales, tirées des droits de l'homme rationalisés. Or, il est évident que bien qu'ayant dessiné les contours du droit à la vie, les juridictions n'auraient pas réellement emboîté le pas des consécutions légales, ordonnant de sauvegarder la dignité des mourants. Il existe toutefois toute une doctrine relativement à la question de la fin de vie, à la préservation de la dignité¹⁸¹⁵, et les tribunaux connaissent des requêtes en indemnisation, le plus souvent en raison des insuffisances des procédures automatiques d'indemnisation¹⁸¹⁶.

900.- Pourtant, il y aurait de nombreuses atteintes à la *personne* du mourant ; intégrité physique en premier, car manifestes, mais aussi, de manière plus cachées, des atteintes à la *dignité*, du fait même du droit à la dignité, tel qu'entendu par la loi, c'est-à-dire une obligation de *dignification*. Car la *dignité*, une fois humanisée, permettrait de porter des atteintes à la personne, du fait de sa seule humanisation. Ainsi, ce serait par la réunion de ces deux types d'actions, qui semblent s'ignorer, qu'apparaîtrait l'effectivité d'une responsabilité qui existe, mais qui demeure cachée derrière les couches d'une culpabilité d'*être mourant*. Ces derniers auraient quelques réticences à agir en raison de la pléthore de droits leur étant attribués, et semblant dès lors les protéger, et peut-être surtout, dans l'ignorance, tant de leurs droits, que de ceux de la *personne*, avant toute spécification.

901.- Une atteinte à la dignité serait une atteinte, par hypothèse, fondatrice de tous les autres types d'atteintes possibles, car *au commencement serait la dignité*. Lorsque celle-ci

¹⁸¹² J.-M. Sauvé, *Dignité humaine et juge administratif*, préc.

¹⁸¹³ CE. Ass, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372, préc.

¹⁸¹⁴ Voir BVerfGE 39, 1 (42); 72, 105 (115); 109, 279 (311).

¹⁸¹⁵ Voir en ce sens, Ph. Pédrot, *La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?*, préc. ; ou encore, J.-M. Trigeaud, *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir »*. *Éléments de réflexion*, préc., etc. ; voir notre bibliographie pour une vision d'ensemble.

¹⁸¹⁶ Nous reviendrons sur ce point de l'automatisation de l'indemnisation permettant a priori d'éteindre la possibilité d'une action en justice.

serait affectée, c'est la *liberté* la plus absolue du sujet qui serait anéantie. Or, contre tout idéalisme, il s'agirait de rétablir, dans le processus de responsabilité, l'atteinte à la liberté, par la dignité, au nom d'une dignité idéalisée au moyen de ce que la liberté serait assimilée à une autonomie de la volonté. Car selon la conception idéaliste, être libre ce serait être autonome, au sens de souverain de son état individuel, capable d'exprimer sa volonté, au moyen des critères dégagés par la loi, qui explicite les conditions propres à « sauvegarder la dignité du mourant ».

902.- Or en s'appuyant sur une méthodologie procédant d'une philosophie réaliste, l'analyse de l'état du droit révélerait que la dignité dégagée par le droit positif, non seulement ne suffirait pas à garantir la *personne* intégrale, mais pire encore, elle légitimerait parfois des atteintes manifestes contre celle-ci. Et ces atteintes là seraient d'autant plus graves que, justifiées légalement, elles donneraient l'illusion aux mourants d'être protégés, et par là d'être libres dans leur état de *personne*.

903.- C'est dans cet état d'esprit que nous nous attacherons à considérer la responsabilité médicale sous un angle nouveau, critique, présupposant des acquis de la responsabilité technique du droit commun et du droit de la santé, dont nous n'ignorerons pas pour autant les aspects essentiels afin de soutenir notre thèse. Et cette approche aura pour objet la *personne* du mourant, non pas responsable de ses actes, mais responsable de ses choix, avant tout déterminisme extérieur. C'est en ce sens que nous interrogerons le bien fondé d'une responsabilité contractuelle qui aurait pour effet d'idéaliser les rapports ontologiques entre mourants et professionnels de santé. Et en ce sens, l'*objectivisation* d'une relation naturelle aurait pour effet de **déresponsabiliser** le débiteur. Désormais le risque thérapeutique devrait être supporté par le patient, en l'absence de faute du médecin, ou assumée par l'établissement de santé. **Ne s'agirait-il pas alors de voir ressurgir la responsabilité délictuelle¹⁸¹⁷, face aux insuffisances de celle contractuelle, dans un mouvement de décontractualisation de la relation médecin-mourant ?**

904.- C'est en raisonnant en trois temps successifs, et pourtant corrélatifs au fond, que se dégagerait les observations suivantes. ***La responsabilité est avant tout contractuelle*** ; sous l'égide du contrat hospitalier de soins. ***Pourtant, elle ne saurait échapper, à de nombreuses***

¹⁸¹⁷ Une fois de plus, décidément, et il s'agira encore de le rappeler plus loin, conformément à ce que suggère la Cour de cassation depuis ses arrêts de janvier et juin 2010, préc., et l'arrêt confirmatif de juin 2012, préc.

reprises, aux conditions et aux critères d'émergence de la responsabilité de droit commun.

En effet, il existerait bien un préjudice ; le préjudice nécessitant d'être certain, celui-ci se manifesterait par des atteintes physiques, morales ou économiques subies par le mourant, sa famille ou des tiers. A l'origine du préjudice il y aurait une faute et il devrait être établi un lien de causalité entre l'une et l'autre. Pourtant la consécration légale de la responsabilité sans faute poserait la question de la persistance d'une responsabilité réelle. Or, c'est derrière la responsabilité judiciaire et administrative que se cacherait une responsabilité morale, que le droit ne saurait ignorer, et ainsi fonder sur le principe normatif premier de l'article 1382 du Code civil. *C'est en ce sens qu'il serait enfin possible d'identifier un phénomène de déresponsabilisation*, tiré des deux premières observations, par *déjudiciarisation* de la responsabilité des médecins et, établissements publics de santé, se transformant en indemnisation automatisée, assurée par les organismes *quasi*-indépendants, et assurances privées des acteurs publics (**Chapitre.I**). Cette *déresponsabilisation* serait poussée à son paroxysme dans la *dépénalisation du droit médical*¹⁸¹⁸. Il s'agira de relever l'émergence d'une forme de responsabilité *quasi* sans faute en matière pénale, ce qui semble parfaitement aberrant ; en retenant le plus souvent les causes de mort par « imprudence », au nom du chef d'inculpation d'homicide involontaire¹⁸¹⁹ (**Chapitre.II**). Si la responsabilité des médecins dépend largement des conditions légales et réglementaires, retenons que ce sont celles-ci qui, dégagées à la fois par celui-ci ainsi que par les différentes autorités compétentes en la matière, auraient pour effet d'accentuer les atteintes à la dignité, sous leur effet potestatif ; le mourant n'aurait qu'une illusion de participation, y compris responsable, car il serait prédéterminé dans ses *choix* contractuels.

¹⁸¹⁸ V. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, in *Revue gén. Droit Médical*, Hors-série juillet 2008, p. 245.

¹⁸¹⁹ Voir par exemple C. cass. crim. 26 février 1997, pourvoi n° 96-80511, préc.

Chapitre.I. Les conséquences des obligations : la part responsable de celui qui accompagne

905.- L'acte de soins, auquel on assimilera ici, sans toutefois les confondre, l'acte de diagnostic et de prévention, relève d'un art, qu'il soit médical *stricto sensu*, ou paramédical, c'est-à-dire relevant des seuls infirmiers, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes, et autres professions paramédicales. L'acte de soins tend vers une finalité thérapeutique. Il n'est pas le fait de l'hôpital mais de ses agents. Seule une faute de ces agents, en principe, engage la responsabilité de l'établissement du fait des actes de soins (**Section.I.**). Toutefois, un établissement non condamné auparavant pourrait toujours rechercher la responsabilité de ses agents afin d'indemniser un tiers¹⁸²⁰. Il existerait également des cas de responsabilité sans faute, sur fondement prétorien¹⁸²¹, puis sur fondement légal¹⁸²². Si les causes sont essentiellement d'ordre public, garanties par la loi en tant que fondement légaux du rapport contractuel, la responsabilité personnelle du médecin, responsabilité délictuelle pour faute détachable ne saurait être ignorée, bien qu'à l'épreuve des critères du droit contractuel (**Section.II.**). C'est certainement d'ailleurs en raison des insuffisances intrinsèques au rapport contractuel potestatif que, d'une part le Cour de cassation tendrait à revenir à la responsabilité délictuelle du médecin, y compris dans le cadre des causes légales, dans la structure contractuelle de l'accomplissement des actes de soins, sans cause étrangère à la fonction ; et que d'autre part la loi elle-même aurait anticipé cette déresponsabilisation contractuelle des médecins, en privilégiant l'indemnisation sur la réparation, passant **d'une responsabilité-sanction à une responsabilité-rétribution (Section.III.)**.

¹⁸²⁰ Sur le fondement de la jurisprudence du TC. 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. 708 ; JCP 1954. 385, concl. Letourneur ; D. 1955. 385, note Chapus, JCP 1954. II. 8334, note Vedel, débordant les seuls cas d'actions récursoires. Ici, il s'agit d'une action initiale de la personne publique contre leurs agents pour leurs fautes personnelles commises à leur égard ; voir en ce sens CE. 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, Rec. 410, *AJ* 1964.555, chr. Fourré et Puybasset ; *RDP* 1964.1010 ; note M. Waline : action d'un hôpital contre son chirurgien qui avait « liquidé » son service et quitté ses fonctions. Au-delà de la seule action en responsabilité de la victime mourante ou de ses ayants droit du fait du dommage résultant de la faute du praticien, la personne publique ne saurait ignorer la part responsable de celui-ci vis-à-vis d'elle-même.

¹⁸²¹ Il s'agit de la jurisprudence CE 9 juin 1933, *Bianchi*, préc. ; la responsabilité sans faute se limitant au seul domaine du droit public ; voir également pour une position récente de la Cour de cassation au sujet de l'indemnisation à raison de la solidarité nationale C. cass. 1^{ère} civ. 3 septembre 2011, préc.

¹⁸²² Par la loi du 4 mars 2002, préc.

Section.I. Responsabilités professionnelle et administrative

906.- En ce qui concerne la responsabilité médicale, le médecin répond, en cas de faute, des conséquences dommageables des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'il accomplit, uniquement lorsque sa faute est détachable du service. Il s'agirait donc de ne considérer que la seule responsabilité des établissements, conformément à la loi de 1983¹⁸²³. Toutefois, la responsabilité sanction des médecins serait envisageable à titre disciplinaire et ordinaire, sous le contrôle du juge administratif. C'est en ce sens qu'il sera nécessaire de retenir la responsabilité du médecin, en considérant de manière sous-jacente celle de l'établissement de santé. Au commencement, ainsi, il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne¹⁸²⁴ ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui¹⁸²⁵.

907.- C'est ce que rappelle en substance le juge de la Cour de cassation lorsqu'il retient que les préjudices dont la requérante a été victime découlaient de façon directe, certaine et exclusive d'une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée, et que ses dommages ouvraient droit à réparation de l'entier préjudice subi¹⁸²⁶. La Première Chambre de la Cour de cassation a estimé, que selon l'article R. 4127-32 du Code de la santé publique, « dès lors, qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents; et qu'aux termes du second, devenu l'article R. 4127-33 du code de la santé publique, le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées, et, s'il y a lieu, de concours appropriés »¹⁸²⁷. En ce sens, comprenons que la Haute Cour entend

¹⁸²³ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, *relative aux droits et obligations des fonctionnaires*, préc.

¹⁸²⁴ Art. 16-3 du Code civil.

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, *BICC* n° 724 du 15 juin 2010 ; Ch.Radé, *Intervention chirurgicale mutilante non justifiée ni adaptée*, *Revue Resp. civ. et ass.*, n°4, avril 2010, commentaire n°85, pp. 20-21, note à propos de C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010 ; ou encore, C. cass. 1^{ère} civ. 7 décembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 302.

¹⁸²⁷ C. cass. 1^{ère} Civ. 27 novembre 2008, *BICC* n° 699 du 1^{er} avril 2009.

rappeler que les premières obligations qui incombent à la charge des praticiens sont de nature disciplinaire, relevant de la partie réglementaire du Code de la santé publique¹⁸²⁸.

908.- Au plan de la concurrence des responsabilités encourues par les médecins et par les établissements de soins dans lesquels ils exercent, il a été jugé que la responsabilité de ces médecins n'excluait pas celle des cliniques, dans la mesure où l'établissement avait commis une faute dans l'organisation des gardes ou des permanences auxquels étaient astreints les médecins libéraux qui y interviennent¹⁸²⁹. *A contrario*, comprenons que médecins et établissements de santé concourent ensemble à une mission de service public dans la sauvegarde de la personne¹⁸³⁰.

909.- Il apparaîtrait donc que, établissements et médecins se partageraient la part responsable qui leur incombe respectivement. Pourtant ceci n'est qu'une apparence, dans la mesure où le médecin hospitalier est salarié de l'établissement public de santé, et qu'ainsi, ce devrait être à ce dernier de répondre des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leur fonction, au sein du service¹⁸³¹. C'est en ce sens que la responsabilité opposable en matière médicale serait, *a priori*, d'abord administrative. C'est le caractère public de l'établissement qui commanderait que la victime directe ou indirecte, ayants droit, agisse devant le juge administratif, pour faute (**Paragraphe.II.**), ou sans faute (**Paragraphe.III.**), après que la loi a contribué à clarifier les causes de responsabilité.

910.- Toutefois, cette seule responsabilité ne saurait suffire, et hormis le cas de la jurisprudence *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, le médecin ne pourrait, à titre personnel, mais toujours dans le cadre de l'exercice de sa fonction¹⁸³², échapper à l'action ordinaire devant

¹⁸²⁸ Le Code de déontologie médicale ayant été totalement intégré au code de la santé publique depuis la loi de 2004 préc.

¹⁸²⁹ C. cass. 1^{ère} civ. 13 novembre 2008, *BICC* n°698 du 15 mars 2009.

¹⁸³⁰ Voir art. L. 6141-1 du Code de la santé publique, et ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996, *sur l'organisation des services publics hospitaliers*. Mais surtout loi n° 71- du 31 décembre 1971 généralisant le service public hospitalier auquel participent concurremment les établissements publics et les établissements privés qui le souhaitent. L'ordonnance du 24 avril 1996 préc. en accentue les effets. La loi du 4 mars 2002 le consacre en parlant en termes généraux du *système de santé*. Voir pour plus de détails liés à l'organisation du système de santé, J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 92 s.

¹⁸³¹ Sauf cas de faute détachable de la fonction et détachable du service : voir notamment C. cass, crim, 8 février 2011, préc. ; et sauf cas où l'établissement agirait directement contre ses agents, non pas en action récursoire, mais au-delà, pour une faute commise à l'égard de la personne publique elle-même : CE. 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, préc.

¹⁸³² Ce qui distingue une telle action de l'action en responsabilité civile ou encore à titre dérogatoire de celle en responsabilité pénale, cette dernière reposant toute hypothèse confondue sur un lien de causalité direct ou indirect entre l'acte et le dommage, ne nécessitant pas qu'il soit établi que la cause fautive fut commise ou non dans l'exercice des fonctions.

les « juridictions » de l'ordre des médecins. Pourtant cette action ne pourrait être engagée directement par les victimes, et paraît donc parfaitement *extra ordinaire* (**Paragraphe.I.**).

Paragraphe.I. L'action disciplinaire, ou la garantie minimale

911.- L'action ordinale serait une exception en ce sens qu'elle ne peut être intentée directement par une personne lorsqu'elle a été touchée par une faute du médecin¹⁸³³. Cette responsabilité déontologique ne serait opposable au médecin qu'à raison d'une faute qu'il commettrait contre des dispositions à caractère réglementaire, et en ce sens, seul l'ordre des médecins serait disposé à agir. Comprenons cela comme une possibilité de sanctionner la faute du médecin touchant avant tout l'honneur de tous les médecins. En ce sens, la saisine paraît exceptionnelle compte tenu de l'esprit de corps qui réside au sein de la communauté médicale. Il faudrait réellement que la faute commise par le praticien soit d'une telle gravité que la réprobation soit majoritaire, de telle sorte qu'il puisse encourir une responsabilité sur le plan déontologique. « **La communauté médicale** bénéficie de par la loi d'un véritable pouvoir de police sur ses membres »¹⁸³⁴. Ce serait le cas en particulier des atteintes portées contre les personnes mourantes, lorsque celles-ci auraient subies, parfois même à leur demande, des actes d'euthanasie¹⁸³⁵, même passive ; dans ce dernier cas la loi du 22 avril 2005 étant largement venue atténuer les possibilités d'une quelconque responsabilité¹⁸³⁶.

912.- La procédure normale qui concernerait tout médecin libéral serait plus aisée à mettre en œuvre que celle qui toucherait particulièrement les praticiens de l'ordre public. Ainsi, sans entrer plus en détails, retenons que pour tout médecin libéral, c'est le conseil national ou conseil départemental de l'ordre, voire un syndicat de médecins qui peuvent saisir le conseil régional, soit de leur propre initiative, soit à la suite d'une plainte. Dans ce cas, on voit que la part de la victime présumée peut être prépondérante en tant que constitutive d'un préalable à l'action en responsabilité disciplinaire. Cette règle là n'est toutefois pas applicable contre les

¹⁸³³ Voir F. Cianfarani, *Responsabilités pénales, civiles, administratives et disciplinaires*, Faculté de Médecine de Marseille, DCEM 4, module 1, apprentissage de l'acte médical, mars 2005.

¹⁸³⁴ B. Py. *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Univ. Nancy, 1993, p. 62.

¹⁸³⁵ La tendance ne s'atténuerait pas réellement en la matière, même si la dernière affaire ultra médiatisée en date, celle du Dr Bonnemaïson de Bayonne n'aura fait l'objet d'une plainte émanant de l'ordre des médecins qu'après l'introduction de l'action pénale.

¹⁸³⁶ Sur la loi du 22 avril 2005, voir F. Alt Maes, *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, JCP G, 2006, I, 119 ; P. Conte, *Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ?* Mélanges Bouloc, D. 2007, p. 229.

praticiens publics. La saisine de l'organe disciplinaire répond en cette matière à des règles d'ordre public, régies par le Code de la santé public, et seuls des représentants de l'Etat sont habilités à agir. Remarquons toutefois à ce propos que la responsabilité des médecins libéraux peut également être relevée par saisine du ministre chargé de la santé, par le directeur départemental de la santé, par le préfet, par le procureur de la République ou par un médecin inscrit au tableau¹⁸³⁷.

913.- Pour les praticiens hospitaliers, c'est l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique qui entend délimiter les cas de saisine de l'instance ordinale. En l'espèce, il « ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil national ou départemental au tableau duquel le praticien est inscrit. »¹⁸³⁸.

914.- C'est ici que l'esprit de corps serait le plus singulier, au nom de l'appartenance commune à la fonction publique, garant d'une même mission de service public, « dans un contexte hospitalier où la transparence connaît les limites de la solidarité des personnels médicaux »¹⁸³⁹. Aucun confrère ne peut agir directement contre un praticien fautif, bien évidemment dans le cadre des fonctions rattachables au service¹⁸⁴⁰. Lorsque l'acte est détachable des fonctions liées au service, un praticien peut le dénoncer « auprès du conseil départemental de l'ordre qui appréciera des suites à donner à cette plainte »¹⁸⁴¹. C'est dire à quel point la faute disciplinaire du praticien hospitalier serait protégée. Notons toutefois que les sanctions disciplinaires sont autonomes, en ce sens qu'une action en responsabilité *déontologique* n'impliquera pas nécessairement une action en responsabilité pénale, et inversement : un acquittement au pénal peut laisser subsister la faute disciplinaire si cet acquittement n'est pas fondé sur l'inexistence des faits. Ce serait le cas d'un médecin qui aurait pratiqué une euthanasie : il pourrait être acquitté aux assises, mais condamné sur le plan ordinal, car l'article 38 du Code de déontologie médicale dispose qu'« il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». Toutefois « la condamnation pénale définitive du médecin

¹⁸³⁷ J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique*, op. cit., p. 85.

¹⁸³⁸ Art. L. 4124-2 al. 1. du Code de la santé publique.

¹⁸³⁹ M. Gros, *Droit administratif : L'angle jurisprudentiel*, op. cit., p. 285.

¹⁸⁴⁰ Voir en ce sens CE. 19 février 1982, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins du bas-rhin*, G.P. 1982, 2, pan. dr. Adm. p. 338.

¹⁸⁴¹ J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique*, op. cit., p. 86.

pourra donner lieu en *sus*, à une action disciplinaire, l'autorité judiciaire étant tenue d'informer sans délai le conseil national de l'ordre intéressé de toute condamnation de l'un des praticiens. »¹⁸⁴². Une telle remarque est applicable également, par extension, eu égard à l'action civile en réparation des dommages.

915.- Enfin, l'action en responsabilité disciplinaire ne saurait écarter une action séparée devant les juridictions administratives, alors qu'il apparaîtrait qu'elle relève d'un ordre *quasi* identique¹⁸⁴³. Notons d'ailleurs que si l'appel d'une décision de la chambre disciplinaire se fera devant la chambre disciplinaire nationale, qui siège auprès du conseil national¹⁸⁴⁴, c'est au Conseil d'Etat de répondre, en dernier ressort, des cas de responsabilité disciplinaire¹⁸⁴⁵. L'action administrative se distingue tout de même de celle pour cause de faute disciplinaire.

Paragraphe.II. La responsabilité administrative des établissements publics de santé du fait de la faute du médecin

916.- Revenant sur une tendance des juridictions administratives à rendre de plus en plus *virtuelle*¹⁸⁴⁶ la faute des praticiens, le législateur a entendu redonner ses *lettres de noblesse* à la responsabilité pour faute (A.) en matière médicale¹⁸⁴⁷ (B.). S'agirait-il d'un retour aux fondements même de la responsabilité¹⁸⁴⁸, qui pourrait paraître faire tomber les acquis de la jurisprudence du Conseil d'Etat, entamés en 1993 avec l'arrêt *Bianchi*¹⁸⁴⁹ ? Une telle hypothèse était improbable car le législateur ne pouvait ignorer l'existence d'une responsabilité sans faute, en vue de consacrer l'indemnisation *quasi*-systématique des victimes de la médecine, celle-ci ayant d'ailleurs pris racine avant l'arrêt *Bianchi*, qui certes en poserait

¹⁸⁴² *Ibid*, p. 89.

¹⁸⁴³ La 1^{ère} chambre disciplinaire est présidée par un membre de la juridiction administrative, TA ou CAA, honoraire ou en fonction.

¹⁸⁴⁴ Elle est présidée par un conseiller d'état. Peuvent faire appel le médecin sanctionné et le plaignant. L'appel a un effet suspensif.

¹⁸⁴⁵ Ce recours est non suspensif, certainement en raison des délais de réponse du Conseil.

¹⁸⁴⁶ Cette notion émerge pourtant des juridictions civiles ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 23 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 253 et C. cass. 1^{ère} civ. 18 juillet 2000, *Bull. civ. n° 227* ; ici la faute est virtuelle dans la mesure où il est considéré qu'il est impossible qu'il n'y ait pas eu de faute compte tenu de la réalisation du dommage.

¹⁸⁴⁷ Serait-il possible de considérer que les conditions lagales seraient les sources du contrat hospitalier de soins ? Sur la faute, voir A.-M. Duguet, *La faute médicale à l'hôpital*, préc., *passim*.

¹⁸⁴⁸ Ainsi pourrions nous citer le cas où peuvent être reconnues comme des fautes de service, non détachables de l'accomplissement de celui-ci, et exclusive de toute faute personnelle, les fautes commises par le personnel médical et chirurgical lors d'une opération ; voir en ce sens : TC. 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, deux arrêts, Rec. p. 710.

¹⁸⁴⁹ CE 9 avril 1993, *Bianchi*, préc.

les principes, avec en 1990 un arrêt *Gomez*¹⁸⁵⁰ qui fera émerger la notion d'*aléa thérapeutique*, si essentielle en matière de responsabilité administrative sans faute, commise par le fait des agents hospitaliers.

A. Une responsabilité d'abord pour faute consacrée par la loi

917.- La loi du 4 mars 2002¹⁸⁵¹, codifiée à l'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique, prévoit que « les professionnels de santé (...), ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

918.- Il s'agit donc de la faute « caractérisée ». Retenons donc que si l'action en responsabilité pèse sur l'établissement public de santé, il s'agira d'abord de caractériser la faute de son, ou de ses commettants. La faute éventuelle du médecin est appréciée au regard des données acquises de la science, à la date des soins et non des données actuelles¹⁸⁵². Avant une telle consécration, cette obligation de moyens était le fruit d'une solution jurisprudentielle. L'obligation de moyens qui incombe au médecin est un concept de droit civil, signifiant que le praticien ne peut être tenu de guérir son patient¹⁸⁵³. S'agissant en revanche des obligations des praticiens hospitaliers à l'égard de leurs patients, le juge administratif évite ce concept. Pour autant, l'obligation des praticiens hospitaliers est bien de moyens. À ce titre, le juge s'interdit de déduire l'existence d'une faute à partir du seul préjudice survenu. Une des preuves de cette obligation de moyens serait la reconnaissance de l'existence, par le juge, de l'erreur non fautive. En ce sens, seule l'erreur fautive, c'est-à-dire celle qui résulte d'un acte non-conforme aux « données acquises de la science », engagerait la responsabilité administrative en cas de dommage¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵⁰ CAA de Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Rec. p. 498, *AJDA* 1991, p. 167, chron. J.-P. Jouguelet et F. Louloum, p. 126, *JCP* 1991, II, n° 21698, note J. Moreau, *Rev. Drt. San. Soc.* 1991, p. 258, note R.G. Medouze, *D.* 1991, somm. p. 292, obs. P. Bon et Ph. Terneyre. Il s'agit de l'émergence de la notion de **risque exceptionnel** au profit des patients.

¹⁸⁵¹ Loi du 4 mars 2002, préc.

¹⁸⁵² Voir C. cass. 1^{ère} civ. 6 juin 2000, *Pocherond c. Peschaud*, in *Bull. civ.* n° 176 ; il peut toutefois y avoir des cas où les alternatives sont équivalentes quant à leur risques et avantages, le choix ne fait alors pas difficulté quant à ses conséquences.

¹⁸⁵³ C. cass. 20 mai 1936 *Mercier*, préc.

¹⁸⁵⁴ Voir en ce sens J.-C. Scotti, *La responsabilité juridique du cadre de santé*, éd. Lamarre, Paris, 2007, pp. 139-140.

919.- La faute doit avoir causé un préjudice étant directement la cause¹⁸⁵⁵ du dommage faisant l'objet de la faute. Il ne s'agirait que d'une responsabilité hypothétique quant à l'accompagnement du mourant, l'inexistence de cas jurisprudentiels attestant certainement de l'ignorance des mourants quant aux possibilités d'agir. **Cette ignorance tiendrait à une information purement technique et médicale, due au titre de l'obligation légale de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, écartant toute obligation d'information quant aux aspects juridiques de la relation médecin-patient.** La condition potestative serait incarnée ici par l'exclusivité des aspects de l'information, n'opposant qu'un seul type de causes responsables aux établissements de santé du fait de l'exercice de leurs praticiens.

B. La responsabilité du fait des actes médicaux

920.- Il s'agirait de faire un état sommaire et non exhaustif des cas de fautes dans l'exercice des fonctions médicales hospitalières, et qui pourraient occasionner des causes de responsabilité des établissements. Il suffirait en ce sens d'en extraire certaines dont il apparaît qu'elles trouveraient justement à s'appliquer au cas du mourant, *si ceux-ci voyaient l'atteinte*.

1. La faute de persistance dans l'erreur

921.- *L'erreur pourrait être excusable, la persistance dans l'erreur le serait moins.* L'adage romain introduit par Augustin d'Hippone illustrerait à merveille cette conception juridique de l'erreur : *Humanum fuit errare, diabolicum est per animositatem in errore manere*¹⁸⁵⁶.

922.- **Si les hypothèses qui vont suivre ne peuvent réellement toujours trouver un fondement en matière de droit administratif, retenons qu'il s'agira de se reporter aux conceptions de la Cour de cassation, afin de présupposer de leur transposabilité en**

¹⁸⁵⁵ Voir B. Nicourt, *Le lien de causalité*, in *Méd. Drt.* 1997, n° 26, p. 4.

¹⁸⁵⁶ Littéralement la traduction pourrait en être: « Commettre des erreurs est le propre de l'humain, mais il est diabolique de persister dans l'erreur par orgueil » ; Augustin d'Hippone, ou Saint-Augustin, *Sermons*, 164, 14.

matière administrative. Ainsi serait excusable la faute simple, consistant à l'erreur par méconnaissance des données acquises de la science. Cependant, l'absence de réévaluation d'un diagnostic, lorsque le patient ne répond pas au traitement serait ainsi fautive¹⁸⁵⁷. Il s'agirait du cas où, lorsque le médecin, face à une situation d'échec d'un traitement de soulagement de la douleur du mourant, persisterait quant au dit traitement, sans avoir effectué un nouveau diagnostic, ou de nouvelles investigations entre deux tentatives¹⁸⁵⁸. Il en résulterait une responsabilité fondée sur la faute ayant entraînée la **perte de chance**¹⁸⁵⁹ du mourant de voir son état s'améliorer, pouvant dès lors ouvrir à une action pénale¹⁸⁶⁰.

923.- C'est certainement en raison du seul fait que les mourants soient considérés comme *a priori* mort, qu'une telle *perte de chance* ne serait pas considérée comme suffisamment conséquente pour être invoquée devant les tribunaux, par les personnes mourantes elles-mêmes, en vue d'être indemnisées¹⁸⁶¹. Elles considéreraient les erreurs du praticien comme normales, compte tenu de la difficulté liée à leur état, et la chance d'être traitée serait perçue comme déjà suffisante. La Cour de cassation consacrerait à ce propos cette conception d'une perte de chance beaucoup trop *hypothétique* pour envisager une quelconque réparation, compte tenu de l'état initial du patient¹⁸⁶². Les ayants droits ne verraient quasiment jamais¹⁸⁶³ quant à eux d'intérêt à agir en ce sens¹⁸⁶⁴, ne se concentrant le plus souvent que sur la réparation du préjudice lié à l'accompagnement ou encore aux nécessités économiques dans

¹⁸⁵⁷ Voir en ce sens CE. Ass. 28 mai 1971, *Centre hospitalier de Reims*, préc. ; ou encore, CE. 19 décembre 1984, *Boerher*, préc. ; ou enfin, CE. 16 octobre 1987, *Mademoiselle Richard*, préc.

¹⁸⁵⁸ Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1969, *Bull. Civ. I*, n° 117, *RTD civ.* 1969, 798, obs. Durry.

¹⁸⁵⁹ Le principe du préjudice virtuel, ou de la perte de chance a été clairement établi dans trois arrêts de principe de la chambre des requêtes, et jamais remis en question depuis, malgré des fortunes diverse selon les domaines dans lesquels il a vocation à s'appliquer. Voir, C. cass. Req., 1^{er} juin 1932, *D.* 1933, 1, 102 ; *S.* 1933, 1, 49, note H. Mazeaud. Pour une application en matière médicale, voir J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, *JCP.* 1974, I, n° 2620 ; ou encore M. Laroque, *La réparation de la perte de chances*, *GP.* 1985, p. 607. ; ou encore F. Sallet, *La perte de chances dans la jurisprudence administrative relatives à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ. 1994. ; ou enfin G. Mémeteau, *Perte de chances et responsabilité médicale*, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.* 1367. La perte de chance étant aujourd'hui comprise également quant à la perte de chance de fin de vie meilleure : voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, préc.

¹⁸⁶⁰ Elle pourrait être ainsi entendue en matière criminelle dans le cas d'une conséquence de décès directement liée à la faute de persistance dans l'erreur au sens de la décision de la C. cass. crim. 18 mars 1975, *Bull. Crim.*, n° 79.

¹⁸⁶¹ Voir notamment H. Heers, *L'indemnisation de la perte d'une chance*, in *Gaz. Pal.* 2000, 1, *doctr.* 525., au sujet de la jurisprudence du CE. 5 janvier 2000, *Telle*, préc.

¹⁸⁶² C. cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, *Bull. Civ. I*, n° 193, préc. ; cependant cette conception ne semble pas définitivement acquise ; voir contra, CA de Paris, 1^{ère} ch. B, 9 avril 1999, *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. 316.

¹⁸⁶³ Une seule affaire devant les juridictions administratives, sauf omission de notre part ; voir tout de même pour une affaire où les enfants ont continué l'action engagée par le père décédé, CE. 19 mai 2004, *CRAM Île-de-France et a. c. Truskowski*, Rec. n° 228, *AJDA* 2004. 1361, chron. Landais et Lenica.

¹⁸⁶⁴ La Haute Cour leur reconnaît pourtant cette capacité à agir : C. cass. crim. 24 février 1970, *JCP G* 1970, 16456, note Ph. le Tourneau.

l'accompagnement¹⁸⁶⁵. Toutefois, nous devons tempérer ce propos dans la mesure où la notion de perte de chance a été récemment reconnue relativement à la cause des mourants, et ce par l'introduction de la notion de perte de chance de survie¹⁸⁶⁶. Si la loi du 4 mars 2002 a fermement réagi face à la jurisprudence *Perruche* sur le préjudice lié à la naissance¹⁸⁶⁷, elle se traduit, quant à la situation du mourant, dans l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique en requérant la mort du patient afin d'indemniser les ayants droits¹⁸⁶⁸. Le préjudice lié aux atteintes causées sur la personne du mourant, du fait de la perte de chance de pouvoir survivre, ne saurait être ignoré et non indemnisé, y compris au titre de la solidarité nationale¹⁸⁶⁹.

2. La faute dans la mise en œuvre du traitement d'accompagnement du mourant

924.- Le mourant qui reçoit un soin d'accompagnement pourrait faire l'objet d'une opération de nature chirurgicale destinée à soulager une douleur¹⁸⁷⁰. Il serait à même, à cette occasion, de subir des erreurs liées à l'exercice même de l'activité médicale, semblant pourtant à la limite de l'acte détachable, en ce sens qu'elles paraissent *exorbitantes* de celle-ci.

925.- On parle dès lors de *faute de service*. Cette notion est le fruit d'une jurisprudence constante¹⁸⁷¹, aujourd'hui consacrée par la loi du 4 mars 2002, faisant état de la faute comme objet de la responsabilité. Auparavant, la jurisprudence administrative opérait des distinctions

¹⁸⁶⁵ Voir pourtant, CE. 24 octobre 2008, *M. Pietri*, Rec. 359 ; la transmission de l'action aux héritiers est dès lors possible ; le juge adopte un raisonnement dès lors ressemblant à celui de la Cour de cassation ; voir en ce sens C. cass. crim. 30 octobre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 299. Toutefois, la perte de chance de survie n'y est pas explicitement évoquée.

¹⁸⁶⁶ Voir en ce sens CE. 20 mars 1991, *CHR de Toulouse c. Consorts Oulié*, in *RDP* 1991, chron. Y. Gaudemet. Pour une approche doctrinale sur ce point, voir J.-J. Thouroude, *Pratique de la responsabilité hospitalière publique*, op. cit., pp. 133-134.

¹⁸⁶⁷ Ce qui est d'ailleurs une erreur d'interprétation du législateur, le préjudice résultant du handicap congénital étant la seule prétention des parties. Voir sur la jurisprudence *Perruche*, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 396-398.

¹⁸⁶⁸ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 3 septembre 2011, préc. Ainsi que note C. Caillé, préc.

¹⁸⁶⁹ Voir en ce sens une approche critique chez C. Collin, *L'offre d'indemnisation dérisoire d'une perte de chance de fin de vie meilleure et moins douloureuse équivaut à une absence d'offre*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 26-28.

¹⁸⁷⁰ La neurochirurgie permet d'appliquer directement la morphine au contact des récepteurs opiacés de la moelle épinière, pour traiter des douleurs cancéreuses qui résistent à la morphine orale ou perfusée. Il est aussi possible d'inhiber le message douloureux en injectant des anesthésiques locaux au niveau des nerfs périphériques, ou bien en détruisant sélectivement les fibres nociceptives, notamment par la chaleur ; thermocoagulation.

¹⁸⁷¹ Première consécration CE. 1^{er} juillet 1904, Rec. p. 536., confirmée par CE, 10 février 1905, Rec. Lebon p. 139, concl. Romieu, préc.

claires entre les fautes commises dans le cadre de l'organisation de l'établissement¹⁸⁷², et celles commises dans l'exercice même de l'art médical¹⁸⁷³. Cette division semble ne plus être nécessaire dans la mesure où l'exigence est celle d'une faute¹⁸⁷⁴, sans qu'il ne soit obligatoire de faire état d'une quelconque opposition entre ce qui incomberait directement aux praticiens et ce qui incomberait à raison d'une activité purement administrative d'organisation du service¹⁸⁷⁵. Et cette hypothèse serait d'autant plus soutenue que les charges d'organisation des services et de pratiques médicales incombent, le plus souvent, aux mêmes personnels de santé, les chefs de service étant tout à la fois praticiens et personnels administrateurs du service¹⁸⁷⁶. De telles erreurs pourraient ainsi être des oublis de compresses et autres pinces ou corps étrangers lors d'interventions chirurgicales, erreurs qui sont récurrentes dans la jurisprudence¹⁸⁷⁷. Les maladroites quant à elles procéderaient du geste médical, en particulier chirurgical, qui doit évidemment être précis, dosé¹⁸⁷⁸. Le juge apprécie selon la difficulté de l'intervention. Toutefois le soulagement de la douleur est le plus souvent le résultat d'une procédure médicamenteuse, qui ne saurait échapper aux constatations pré-citées. L'OMS, sans que nous ne détaillions quoi que ce soit ici, distingue en ce sens trois niveaux de médicaments analgésiques¹⁸⁷⁹. Enfin, on ne confondra pas la maladresse et le risque inhérent à une intervention, lequel ne relève pas de la faute.

¹⁸⁷² Voir en ce sens CE. 8 novembre 1935, *Dame Vion*, préc. Le principe est que le médecin est libre d'organiser son service comme il l'entend. Notons que la faute dans l'organisation se distinguait en faute dans l'organisation des soins, et faute dans l'organisation du service. Si cette distinction semble demeurer en pratique, les juridictions administratives les ont synthétisé sous la formulation unique de *fautes de service*. Voir A.-M. Duguet, *La faute médicale à l'hôpital*, op. cit., pp. 145 s.

¹⁸⁷³ Il s'agissait donc des fautes dans l'organisation des soins. A.-M. Duguet, *op cit.*, pp. 119 s.

¹⁸⁷⁴ Exigence légale.

¹⁸⁷⁵ Toutefois, les habitudes des formulations du juge administratif font perdurer les énonciations différenciées. Voir par exemple CAA de Lyon 3 février 2011, n° 09LY01486.

¹⁸⁷⁶ Voir J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 115 s.

¹⁸⁷⁷ Voir notamment CE. 21 mai 2008, *M. B.* n° 296686 ; ou encore CE. 1^{er} mars 2006, *Centre Hospitalier de Saulieu*, n° 263117, Rec. p. 800 ; ou encore CE. 16 mars 2005, n° 263117, note C. Delpiano, *Action en responsabilité médicale : prescription quadriennale ou prescription décennale ?*, Revue Droit et Santé, n° 7, septembre 2005 ; le juge considère systématiquement que « cet oubli est constitutif d'une faute de service de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier ».

¹⁸⁷⁸ Voir pour une jurisprudence ancienne, la lésion de la joue du fœtus du fait de la maladresse du médecin, CE. 14 octobre 1988, n° 50077.

¹⁸⁷⁹ Voir OMS, *Accès aux médicaments contrôlés*, OMS 2007 ; Le niveau I regroupe les analgésiques utilisés pour soulager les douleurs légères à modérées : ce sont essentiellement l'aspirine, le paracétamol et les molécules dérivées des anti-inflammatoires ; Les analgésiques de niveau II réunissent les morphiniques faibles, qui calment les douleurs modérées à sévères et/ou celles qui ont résisté aux analgésiques de niveau I : ce sont la codéine et le dextropropoxyphène ; Les analgésiques de niveau III regroupent les morphiniques puissants utilisés pour soulager les douleurs intenses, aiguës et surtout chroniques, comme les douleurs liées aux cancers. Au premier rang d'entre eux : la morphine, bien sûr, qui est un opioïde extrait du pavot. Voir sur l'utilisation de la morphine les vieilles réticences chez B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, op. cit., pp. 241 s. Les pratiques contemporaines ont parfaitement changé avec l'introduction de la systématisation médicamenteuse, soutenue par les recommandations de l'OMS.

926.- La maladresse doit être entendue de l'acte étranger à la cause médicale, et elle constitue systématiquement une faute détachable du service ne pouvant occasionner de responsabilité supportée par l'établissement de santé du fait de son commettant. Toutefois il y aurait parfois un doute quant à son caractère détachable de la fonction, lorsqu'elle pourrait résulter d'un geste parfaitement étranger à l'acte médical. La maladresse est le premier comportement fautif cité par les textes du Code pénal. Ce sont les articles 221-6 portant sur les atteintes volontaires à la vie et 221-19 relatif à l'atteinte à l'intégrité de la personne. La notion de maladresse a trouvé à s'appliquer en matière de droit médical, principalement dans le cadre d'opérations chirurgicales¹⁸⁸⁰.

927.- Le médecin tenu d'une obligation de moyen a ainsi une obligation de précision dans son geste, notamment en chirurgie¹⁸⁸¹. Une lésion qui serait due à une absence de précision du chirurgien entraîne *ipso facto* sa responsabilité pour maladresse fautive. Ainsi, un jugement du TGI de Bordeaux du 16 juin 2002 a retenu la responsabilité du chirurgien à la suite d'un résultat opératoire anormal, le traitement d'un doigt à ressaut n'impliquant pas le sectionnement du nerf collatéral puisque le trajet de ce nerf ne présentait pas une anomalie rendant son atteinte inévitable¹⁸⁸². Plus récemment, dans un arrêt du 3 avril 2007, la Cour de cassation a confirmé une jurisprudence désormais constante en affirmant que la maladresse, contrairement à l'aléa thérapeutique, est nécessairement fautive¹⁸⁸³. Ici encore, le cas du mourant est parfaitement absent. Or, nul n'est sensé ignorer que les soins apportés aux mourants sont de même nature que ceux portés aux *autres* malades, et qu'ainsi ceux-ci sont naturellement exposés à la maladresse du médecin¹⁸⁸⁴. Ce critère de la maladresse semble donc peu aisé à mettre en œuvre.

928.- Outre les fautes commises dans l'exercice de l'art médical, pratique, les fautes peuvent également résulter de causes inhérentes à des actes d'information, de prévention, de diagnostic, *etc.*

¹⁸⁸⁰ CE. 14 octobre 1988, M. Martin Sanchez, n° 50087.

¹⁸⁸¹ C. cass. 1^{ère} civ. 27 janvier 1993.

¹⁸⁸² Voir encore CA de Nancy du 14 septembre 2006, RCA 2007, a reconnu la faute d'un praticien dès lors que celui-ci n'a pas démontré que le trajet du nerf lingual aurait présenté chez la patiente une anomalie rendant son atteinte inévitable. Une telle atteinte ne correspond pas à l'hypothèse d'un aléa thérapeutique.

¹⁸⁸³ C. cass. 1^{ère} civ. 3 avril 2007, RCA juillet 2007, comm. 220. En l'espèce la Cour a constaté l'existence d'une maladresse fautive « exclusive de la notion de risque inhérente de l'aléa médical. ». Voir en ce sens C. cass. crim. 9 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9435, obs. R. Savatier.

¹⁸⁸⁴ Pour un cas où la maladresse n'a pu être retenue comme cause de décès, voir CAA de Nantes, 23 février 2012, n° 10NT01748.

3. D'autres causes d'erreur fautive

929.- Notons, en guise de préalable, que si l'arrêt *Bianchi* est surtout connu pour avoir consacré la notion de responsabilité sans faute pour risque, applicable au droit médical hospitalier, il l'est peut-être moins pour avoir permis une application future à l'indemnisation des actes médicaux¹⁸⁸⁵ à visée non thérapeutique¹⁸⁸⁶. En effet, la reconnaissance d'une responsabilité pour cause de délivrance d'un « acte dépourvu de thérapeutique » a pu être permise par la jurisprudence *Bianchi* qui a connu une extension dans l'arrêt *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*¹⁸⁸⁷. En matière de responsabilité pour faute, il serait difficile de retenir celle de l'établissement lorsqu'elle apparaîtrait à la limite de la faute détachable. Retenons que la première dans ce domaine serait celle occasionnée par la défectuosité de la délivrance de l'information (**3.1.**). Elle pourra également être constituée à l'occasion d'un diagnostic (**3.2.**) d'un pronostic (**3.3.**) ou encore d'un acte de prévention (**3.4.**).

3.1. Faute à l'occasion de la délivrance de l'information préalable à l'acte

930.- En pratique, la jurisprudence limitait le préjudice du patient non informé à une simple perte de chance d'échapper au risque de dommage corporel dont il n'a pas été averti : «...le médecin qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération. »¹⁸⁸⁸. Mais, la notion de perte de chance, que l'on rencontre dans d'autres domaines

¹⁸⁸⁵ CE. 26 juin 1959, *Rouzet*, Rec. p. 405 ; *AJDA* 1959, p. 273, concl. Fournier et p. 160. *chron.* Combarrous et Galabert ; *JCP* 1959, II, 11339.

¹⁸⁸⁶ La cause thérapeutique étant fondatrice du contrat de soins, il ne s'agirait pas de considérer les actes non thérapeutiques illicites par nature : voir B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 82-84. Toutefois, certains actes, comme en l'espèce une circoncision rituelle peuvent être considérés comme médicaux, mais dont l'objectif n'est pas thérapeutique. La nécessité thérapeutique est donc une condition *sine qua non* introduite par l'art. 16-3 du Code civil et semble pouvoir parfois opposer des restrictions ; voir en ce sens G. Fauré, *Que bien légiférer est un art difficile !*, Méd. & Dr. 1999, n° 38, p. 1.

¹⁸⁸⁷ CE. Sect. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, Rec. 412 ; *RFDA* 1998.90, concl. Péresse ; *AJ* 1997. 959, chr. Girardot et Raynaud ; *D.* 1998.J.146, note Chrestia et 1999.SC.45, obs. Bon et Béchillon ; *DA* 1998 n° 32, note Esper ; *G.P.* 1998.I.1, note Bonneau et 31, note Hermon ; *JCP* 1998.II.10016, note Moreau ; *RDP* 1998.891, note J.-M. Auby ; *RDSS* 1998.519, note Clément. L'opportunité de la présente jurisprudence résidait dans l'extension à l'acte d'anesthésie.

¹⁸⁸⁸ C. cass. 1^{ère} civ. 7 février 1990 n°87-14797.

de la responsabilité civile, présente cependant un inconvénient majeur : elle ne pourrait être appréciée que de manière très subjective¹⁸⁸⁹. Voilà pourquoi le Conseil d'Etat retient de ce raisonnement, la possibilité de faire peser sur l'établissement public de santé une responsabilité sans faute lourde, mais pour faute tout de même¹⁸⁹⁰. Son extension la plus remarquable réside dans sa célèbre jurisprudence *Telle*, où, désormais, les risques exceptionnels sont partie intégrante de l'information. Cela signifie donc que la complexité de la délivrance de l'information s'accroît à mesure que les données acquises de la sciences se précisent. Comprenons donc que le praticien se doit d'être pertinent dans les choix qu'il fera quant au contenu de l'information. Pourtant, et nous n'entrerons pas ici plus en détails, le législateur semble toutefois tempérer cette obligation en revenant aux « risques fréquents ou graves normalement prévisibles »¹⁸⁹¹.

931.- Tout en constatant un manquement du médecin à son obligation d'information¹⁸⁹², certaines décisions ont ainsi rejeté toute indemnisation au profit du malade, au motif que les circonstances liées à son état de santé¹⁸⁹³, sa personnalité, ou des antécédents familiaux, étaient de nature à établir que, même parfaitement informé de l'ensemble des risques de l'opération, le patient y aurait de toute façon consenti¹⁸⁹⁴. Considérons les solutions applicables en droit privé comme transposables en droit administratif, attendu que le devoir d'information de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique dispose que « cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée »¹⁸⁹⁵. L'obligation légale suppléant à l'obligation jurisprudentielle, cette dernière tendrait à appuyer l'hypothèse de possibilités de

¹⁸⁸⁹ Voir J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, préc.

¹⁸⁹⁰ CE. 19 mars 1997, *M. M... et Mme... G.*, req. n° 147173.

¹⁸⁹¹ Art. L. 1111-7 du Code de la santé publique.

¹⁸⁹² Faute d'humanisme.

¹⁸⁹³ C. cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, préc.

¹⁸⁹⁴ C. cass. 1^{ère} civ. 13 novembre 2002, *Bull. civ.* 2002 I n° 263 p. 205.

¹⁸⁹⁵ Art. L. 1111-2 al. 1 du Code de la santé publique.

voies de recours sur le fondement de la faute dans la délivrance d'une information claire¹⁸⁹⁶ à des actes non thérapeutiques.

3.2. Erreur fautive à l'occasion du diagnostic

932.- L'erreur de diagnostic (à laquelle on assimilera le diagnostic tardif) n'engage la responsabilité hospitalière que si elle est fautive. C'est le cas lorsqu'un médecin interprète mal des symptômes clairs, par méconnaissance des données acquises de la science¹⁸⁹⁷. Ici encore, la jurisprudence civile et criminelle semble tout autant établie que celle du droit public administratif, faisant ainsi peser des causes de responsabilité tant du point de vue civil qu'administratif.

933.- C'est au stade du diagnostic que la distinction entre erreur et erreur fautive prend tout son sens. L'erreur n'est fautive que lorsque le professionnel de santé ne respecte pas les données acquises de la science à la date des soins¹⁸⁹⁸. Un traitement défectueux de la douleur serait parfaitement admissible en ce sens, dès lors que le médecin ne prendrait pas pour acquis des produits de nature à soulager son patient mourant qui le demande. La même solution pourrait être retenue lorsque le médecin ferait une interprétation erronée des symptômes observés au regard des données acquises de la science¹⁸⁹⁹ ; ainsi en serait-il du médecin qui, pensant avoir affaire à une douleur psychosomatique, ne jugerait pas utile de faire intervenir une option médicamenteuse dans le traitement d'un mal post-opératoire. La responsabilité du médecin pourrait être également retenue dans le cas fautif d'un retard à poser

¹⁸⁹⁶ Voir en ce sens C.cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁸⁹⁷ CE. 13 octobre 1997, *Consorts Sébastien et Désiré Klein*, req. n° 168851.

¹⁸⁹⁸ Voir CAA de Paris, 6 mars 1997, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*, req. n° 94PA01139 et n° 95PA02196 ; voir encore la position de la Cour de cassation : C. cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 176, p. 114, préc., « où il a été jugé que le médecin, en privilégiant une technique par rapport à une autre n'engage pas sa responsabilité dans la mesure où les données acquises de la science à la date des soins ne permettaient de la privilégier ou au contraire de la déconseiller par rapport aux autres quant aux résultats espérés » Dans le même sens voir CE. 11 octobre 1963, *La France*, Rec. p. 485 où le patient meurt après être resté quatorze jours en observation dans un service, l'erreur de diagnostic initial corroborée par l'absence de soins sérieux ayant été jugées constitutives de fautes lourdes. Voir enfin CE. 4 octobre 2010, n° 316.310.

¹⁸⁹⁹ Voir C. cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1980, *Bull.* 1980, I, n° 210, ou encore CAA de Nancy, 13 juin 1989, *CH Roubaix*, Rec. p. 910.

son diagnostic ou à prescrire des examens complémentaires¹⁹⁰⁰, lorsque par exemple il omettrait de « rechercher les méthodes scientifiques les plus appropriées »¹⁹⁰¹.

934.- Notons enfin, à titre indicatif, que dans le cas spécifique des médecins libéraux¹⁹⁰², cette faute pourrait déboucher sur des sanctions pénales pour homicide involontaire lorsque le praticien ne se serait pas mis en situation de pouvoir répondre à des appels d'urgence. Il en serait ainsi du médecin de garde qui ne prendrait pas les dispositions nécessaires pour être joint, exposant ainsi les patients à un risque d'une particulière gravité¹⁹⁰³. Une telle solution est parfaitement admissible en matière d'hospitalisation, et l'a été sur le fondement de la faute simple¹⁹⁰⁴. Lorsque le patient gravement atteint est admis aux urgences hospitalière, si son pronostic vital est manifestement engagé, les médecins urgentistes doivent se mettre en état de prendre son cas en priorité sur tout autre intervention jugée mineure eu égard l'imminence de la mort¹⁹⁰⁵.

3.3. Faute dans le choix du traitement

935.- La prescription thérapeutique est un acte médical au sens de la jurisprudence *Rouzet* du Conseil d'Etat¹⁹⁰⁶. C'est ce que corroborent les dispositions concernant sa pratique par des non-médecins¹⁹⁰⁷. Le choix deviendrait fautif dès lors qu'il serait jugé contraire aux données acquises.

936.- Toutefois, l'article 8 du Code de déontologie médicale¹⁹⁰⁸ permet au praticien de jouir d'une liberté thérapeutique lui permettant de choisir le traitement en fonction de son

¹⁹⁰⁰ Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1996, *Bull.* 1996, I, n° 156, p. 109 (cassation partielle), pourvois n° 94-14.158 et 94-11.791 ; ou encore C. cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1998, *Bull.* 1998, I, n° 225, p. 155, pourvoi n° 96-22.728. Voir également CE. 2 décembre 1977, *Rossier*, *RDSS* 1978, p. 362.

¹⁹⁰¹ Voir en ce sens A.-M. Duguet, *op. cit.*, p. 66., sur l'arrêt *Rossier* préc.

¹⁹⁰² Si en apparence cette hypothèse tendrait à nous éloigner du présent sujet, en réalité notons qu'elle touche au point de la pratique libérale des médecins au sein des établissements publics de santé, pratique ne pouvant poser problème quant à son opposabilité. Voir en ce sens les articles L. 6154-1 à L. 6154-7 du Code de la santé publique, ainsi que TC, 19 mars 1979, *Rec. Lebon*, p. 563 et TC. 19 février 1990, *Hervé*, *Rec. Lebon*, p. 390.

¹⁹⁰³ C. cass. crim., 13 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 43, p. 257.

¹⁹⁰⁴ CE. Sect. 20 juin 1997, *Theux*, req. n° 139495, *RFDA* 1997, p. 894.

¹⁹⁰⁵ Voir en ce sens CE. 23 janvier 1981, *Hôpital Meulan*, *RDP* 1982, p. 214. En l'espèce, les risques d'aggravations justifiaient une intervention immédiate ; voir encore CAA de Paris 20 juin 1989, *GP* 1990, 1 somm., p. 400. Voir encore CAA de Lyon 3 février 2011, préc.

¹⁹⁰⁶ CE 26 juin 1959, *Rouzet*, préc.

¹⁹⁰⁷ Il s'agit du délit d'exercice illégal de la médecine prévu aux articles L. 4161-1 à L. 4161-6 du Code de la santé publique.

¹⁹⁰⁸ Art. R. 4127-8 du Code de la santé publique.

évaluation personnelle et en toute indépendance. Son choix serait parfaitement libre de toute contrainte si les données acquises de la science ne retenaient pas les initiatives expérimentales de s'immiscer dans le champ de la médecine conventionnelle¹⁹⁰⁹. Une fois le diagnostic établi, l'erreur peut porter sur le choix du traitement. Si cette erreur relève d'une méconnaissance des données acquises de la science, elle engage la responsabilité de l'établissement lorsqu'elle devient fautive, quand par exemple elle conduirait à exposer le patient à des risques sans justification thérapeutique, ou à réaliser un acte pour lequel le praticien ne disposerait pas de qualification spéciale¹⁹¹⁰.

937.- Une telle faute serait parfaitement admissible lorsque le mourant recevrait un traitement thérapeutique curatif, alors que son état ne justifierait plus d'autres mesures que d'accompagnement, notamment quant aux douleurs physiques et psychiques. Une telle faute pourrait être constituée aux termes de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique introduit par la loi du 22 avril 2005, et prohibant toute obstination déraisonnable¹⁹¹¹.

938.- Au-delà de la faute à caractère médical *stricto sensu*, celle-ci pourrait être constitutive d'une faute à caractère délictuel, d'atteinte à l'intégrité physique du mourant aux termes de l'article 16-3 du Code civil, pouvant conduire jusqu'à des poursuites pénales si le dit *acharnement* conduisait à augmenter la souffrance ressentie par le mourant, portant un préjudice manifeste à sa dignité¹⁹¹². Le choix du traitement engendre la mise en œuvre du traitement, qui quant à elle, laisserait un nombre plus conséquent d'hypothèses fautives.

¹⁹⁰⁹ L'article R. 4127-8 du code de la santé publique rappelle que les limites de la pratique médicale sont fixées par la loi ; il s'agit des dispositions notamment contenues quant à l'exercice illégal de la médecine aux articles L. 4161-1 à L. 4161-6 du Code de la santé publique. Cependant, la nécessité de la recherche scientifique peut parfois justifier la mise en place de traitements à caractère nouveau, peu expérimentés, mais jugés adéquats et en conformité avec les données acquises de la science. Ce fut le cas dans la jurisprudence *Bianchi* alors que le risque était connu, l'aléa thérapeutique semblait prédominant

¹⁹¹⁰ Voir par exemple C. cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1976, *Bull.* 1976, I, n° 258. Voir également TA de Paris 6 octobre 1982, *RHF* 1983, p. 736 ; voir aussi CAA de Bordeaux 13 novembre 1995 sur l'utilisation d'un produit non approprié à la voie d'administration employée.

¹⁹¹¹ Pour une solution contraire, voir CE. 9 février 1996, n° 160167 ; ou encore, CAA de Marseille, 9 octobre 2007, *Assistance publique des hôpitaux de Marseille c/ Chatain*, n° 05MA03291 ; en l'espèce le patient n'est pas admis à considérer que son *pretium doloris* serait fondé sur l'évaluation d'un quelconque acharnement thérapeutique.

¹⁹¹² Voir en ce sens C. cass. crim. 6 septembre 2011, pourvoi n°10-88597, non publié au *Bull.* En l'espèce, l'alternative analgésique proposée aux parents, sans décision de leur part, pouvait être constitutive d'un acharnement thérapeutique alors même que celui-ci semblait déjà être admis par le corps médical.

3.4. Faute dans la mise en œuvre du traitement

939.- Le traitement médical se définit comme l'ensemble des prescriptions médicamenteuses et hygiéno-diététiques employées dans un but thérapeutique ou symptomatique. Cette dernière distinction paraît essentielle quant au cas du mourant, attendu que celui-ci n'exigerait pas moins des traitements curatifs que préventifs, quant à sa douleur, qu'elle soit, une fois de plus physique ou morale, psychique ; les médicaments paraissant le plus souvent parfaitement superfétatoires. Les exemples jurisprudentiels sont multiples, faisant état en l'espèce, de maladroites¹⁹¹³. Toutefois celle-ci ne saurait suffire à considérer les erreurs fautives dans la mise en œuvre d'un traitement.

940.- Retenons qu'il pourrait aussi s'agir d'un **manquement fautif dans le suivi des soins**¹⁹¹⁴, le mourant, subissant alors un traitement jugé inefficace, serait laissé « à l'abandon », l'alternative thérapeutique n'existant pas dans son cas. Il pourrait s'agir également d'un **défaut de surveillance du patient au stade post-opératoire**¹⁹¹⁵. Toutefois, le cas du mourant opposerait ici des résistances, attendu que son état initial serait régulièrement retenu comme constitutif d'une cause exonératoire¹⁹¹⁶. De telles erreurs seraient cependant susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales pour homicide involontaire¹⁹¹⁷ si la faute était prouvée.

941.- L'exigence de la faute lourde semblerait planer sur de telles circonstances, le spectre des poursuites pénales rendant plus difficile encore les raisons d'écarter les circonstances liées à l'état initial du mourant, fragile et susceptible de mourir de causes même « mineures ». Si avec la loi du 4 mars 2002 l'établissement de soins voit toujours sa responsabilité engagée sans faute, c'est de nouveau sur la base d'une faute prouvée que le médecin libéral verra sa responsabilité recherchée. Or, la faute prouvée est rendue nécessaire lorsqu'il s'agit de poursuites pénales, quelque soit le statut du médecin concerné. « En toute hypothèse, l'absence de faute prouvée conduirait à considérer comme non réparable le dommage

¹⁹¹³ Voir nos développements *supra*.

¹⁹¹⁴ C. cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 258, préc. ; voir encore CAA de Bordeaux 5 juillet 1990, Rec. p. 976, lorsque l'équipe médicale tarde dans la mise en œuvre d'une opération alors jugée nécessaire suite à un diagnostic. Voir encore CAA de Nancy 5 juillet 2012, n°11NC01236.

¹⁹¹⁵ La surveillance est un acte médical d'abord directement effectué par le médecin lui-même. Voir CE. 6 mai 1985, *RDJ* 1986, p. 899. Voir encore CAA de Nantes 24 juin 2012, n° 10NT01784, alors que la cour estime que le défaut de surveillance est directement lié avec le décès de la patiente.

¹⁹¹⁶ C. cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-12.641.

¹⁹¹⁷ C. cass. crim., 13 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 44, p. 261, préc.

résultant d'un aléa thérapeutique »¹⁹¹⁸. Ici encore l'état général du mourant, ou encore les effets d'une cause étrangère à la pratique médicale, ou à celle de l'organisation de l'établissement, pourraient être retenues, notamment lorsque le dommage résulterait d'une « réaction allergique¹⁹¹⁹ de la patiente à un produit d'anesthésie¹⁹²⁰. »¹⁹²¹.

942.- Afin de faciliter les exigences nouvelles de la loi du 4 mars 2002, faisant peser la charge de la preuve de la faute sur le patient, les circonstances dues à l'acte médical pourraient parfois occasionner des présomptions de faute.

4. Une faute rarement présumée

943.- Il s'agit d'un régime de responsabilité limité, car la faute présumée ne saurait être banalisée en droit de la santé, sans accabler le corps médical. Retenons préalablement à tout commentaire qu'il ne pourrait s'agir que de soins courants, aux conséquences disproportionnées. La réalisation de l'intervention ne devrait pas impliquer l'atteinte à la personne du patient qui s'est produite au cours de celle-ci. En quelque sorte, ce régime serait donc extrêmement sévère dans la mesure où la nécessité thérapeutique de l'article 16-3 du Code civil présuppose également une atteinte.

944.- Dans certains cas pourtant, le caractère anormal et/ou la disproportion des suites d'un acte de soins seraient susceptibles de révéler l'existence d'une faute, selon les termes consacrés par la loi du 4 mars 2002. L'hypothèse reposerait essentiellement sur la question de la maladresse en matière de soins courants, mais elle ne saurait s'y limiter. Ainsi, la négligence d'un médecin face aux requêtes en refus de soins, ou encore aux requêtes en vue de cesser un traitement, contre tout *acharnement thérapeutique*, seraient susceptibles de répondre aux causes de la faute présumée. Le rejet de l'obstination déraisonnable prévu à la loi du 22 avril 2005, pourrait être parfaitement sujet à justifier d'une faute présumée, en ce sens que la souffrance occasionnée par la poursuite d'actes curatifs serait matière à être jugée comme résultant d'une parfaite disproportion entre le résultat escompté et la prétention initiale. Et en ce sens, la faute du médecin ouvrirait tout naturellement à la responsabilité de

¹⁹¹⁸ Voir Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007., préc.

¹⁹¹⁹ Jusqu'à lors inconnue, ce qui justifie le recours à la notion d'aléa thérapeutique.

¹⁹²⁰ C. cass. 1^{ère} civ. 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.572. *Contra*, voir, CAA de Nancy 5 juillet 2012, préc.

¹⁹²¹ Voir Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007., préc.

l'établissement, en ce sens que le premier aurait bien agi conformément aux données acquises de la science, dans le cadre de ses fonctions.

945.- Lorsqu'aucune cause de faute ne pourrait être retenue, la loi, soutenant une jurisprudence acquise et constante, est venue parachever le régime de la responsabilité sans faute. Toutefois, limitant les cas de requêtes sur le fondement d'un tel régime, la loi semble avoir limité la jurisprudence. Nous verrons qu'en réalité, ces limitations ont certainement été jugées nécessaires, compte tenu de la mise en place de régimes de *déjudiciarisation* des conflits médicaux, régimes d'indemnisation *quasi* d'office.

Paragraphe.III. La responsabilité sans faute : la résistance face à l'indemnisation extra-judiciaire

946.- Le régime de la responsabilité pour faute peut être écarté dans les deux cas prévus par l'article L. 1142-1. I du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002. Il s'agit donc du cas de la responsabilité du fait des infections nosocomiales¹⁹²², et de celle du fait des produits de santé¹⁹²³. Cette dernière hypothèse n'est pas sans rappeler le cas, d'une part du régime issu de la loi de 1998¹⁹²⁴ relativement aux causes dommageables résultant du fait des produits défectueux ; elle pourrait, d'autre part, être rapprochée de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses que le médecin utilise en raison de son activité¹⁹²⁵.

947.- Ces dispositions légales ne sauraient pourtant effacer ou tout au moins éclipser les acquis de la jurisprudence antérieure. L'arrêt de principe, fondateur de la responsabilité sans faute est bien évidemment l'arrêt *Bianchi*¹⁹²⁶. Toutefois la jurisprudence *Gomez* de la CAA de

¹⁹²² C. Creton, *Responsabilité des établissements de santé en matière d'infection nosocomiale*, D. n°32, 23 septembre 2010, Chronique de la Cour de cassation - Première chambre civile, n°6, pp. 2098-2099, note à propos de 1ère Civ. - 17 juin 2010. V. encore P. Jourdain, *Médecin - Responsabilité du fait d'une infection nosocomiale - Fondement juridique*, Obs. sous 1ère Civ. 4 avril 2006, *Bull.* 2006, I, n° 191, p. 167, *RTC*, juillet-septembre 2006, n°3, chroniques-5, pp. 567-569.

¹⁹²³ V. notamment P. Sargos, *Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causés par des médicaments, et notamment des vaccins*, La semaine juridique, édition générale, n° 41, 5 octobre 2009, *Juris.* n° 308, pp. 13-18.

¹⁹²⁴ Loi du 19 mai 1998., préc.

¹⁹²⁵ Responsabilité qui trouverait son fondement dans le droit privé, voir pour un rappel récent notamment : C. cass. 1^{ère} civ. 27 novembre 2008, *BICC* n°699 du 1^{er} avril 2009, préc.

¹⁹²⁶ Il existerait des résistances jurisprudentielles s'appuyant sur la solution *Bianchi*, point sur lequel il sera nécessaire de revenir. Voir CE. 19 mars 2010, *Consorts Ancey*, *JCP A* 2010, p.2315, note C. Lantero

Lyon¹⁹²⁷ ne peut être ignorée en la matière, servant de prélude, justifiant l'application de la notion de risques exceptionnels au profit du patient. Les extensions retenues à cette conception conduiront jusqu'à la consécration de la notion d'aléa thérapeutique, par la jurisprudence du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*. Le Conseil d'Etat va rendre une décision très proche de celle de l'arrêt *Bianchi*, toutefois elle étend la solution de la responsabilité sans faute aux cas où « l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique. »¹⁹²⁸. Cette extension ne sera pas remise en question avant la loi du 4 mars 2002 bouleversant l'appréciation de l'indemnisation (A.). Introduisant des causes explicites et limitatives de responsabilité sans faute, la loi du 4 mars 2002 ne considère désormais comme admissibles que les seuls préjudices résultants d'une infection nosocomiale (B.) du dommage né du fait d'un produit (C.), au encore d'un matériel utilisé dans le cadre de l'accomplissement de l'art médical, sous conditions restrictives (D.).

A. Limitations et redéfinitions de l'indemnisation

948.- La loi de 2002 a bouleversé la donne en matière de responsabilité, et notamment quant à la mise en œuvre du régime légal de responsabilité sans faute. Il est d'abord nécessaire que l'accident soit survenu après le 5 septembre 2001 : avant cette date, « les jurisprudences *Bianchi* » s'appliqueraient toujours¹⁹²⁹. Ajoutons que le régime de responsabilité sans faute ne saurait s'appliquer qu'au sujet des seuls établissements de soins. La loi ne précisant pas s'il s'agit¹⁹³⁰ d'établissements à caractère privé et/ou public, il ne fait aucun doute qu'un tel régime s'appliquerait indistinctement aux deux types d'établissements de santé. Leurs missions étant convergentes. Ajoutons que si la responsabilité des personnels de santé ne peut être engagée qu'en cas de faute, il s'agit là encore d'une règle d'application générale, l'article L. 1142-1-I ne renvoyant qu'à la quatrième partie du Code de la santé publique s'agissant des professionnels de santé visés. Cela constituerait en apparence une uniformisation des domaines privé et public en la matière. En apparence car le contrat de soins hospitaliers s'éloignerait encore un peu plus ici de son caractère administratif. La nature de ce contrat semblerait reposer sur l'exclusivité des conditions dégagées par la loi, conditions

¹⁹²⁷ CAA de Lyon, 21 décembre 1990, préc.

¹⁹²⁸ CE 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles* préc.

¹⁹²⁹ Assimilons la jurisprudence *Bianchi* ainsi que les jurisprudences qui ont suivi définissant les bornes de la responsabilité sans faute.

¹⁹³⁰ L'article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique se contente de faire état de « tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ».

dont il apparaît clair qu'elles auraient vocations à *déresponsabiliser* les établissements de soins, les professionnels de santé y exerçant, opérant une distinction nette avec les professionnels de santé libéraux qui demeurent seuls à être en réalité soumis à la règle de la faute prouvée.

949.- Ainsi, seuls les organismes se rattachant à une mission de service public semblent être concernés et c'est en ce sens qu'il serait évident que le législateur aurait prévu de *déresponsabiliser* l'Etat de la dite mission, tout en préservant tout de même une possibilité d'indemnisation au nom de la *solidarité nationale*¹⁹³¹. Rien ne s'opposerait donc à prétendre que les conditions de la loi, qui obligent le contrat hospitalier de soins, relèvent des conditions du contrat potestatif ne laissant qu'une illusion de liberté aux patients. Cette hypothèse semblerait être d'autant plus évidente lorsque l'on considérerait le mourant, attendu qu'il a été démontré que celui-ci est systématiquement regardé comme *a priori* incapable. Le paternalisme médical, loin d'avoir disparu se serait vu consacré par la loi du 4 mars 2002. Il s'agirait alors d'un **contrat étatique de santé**.

B. Le cas des infections nosocomiales, ou les circonstances aggravantes quant à l'indemnisation

950.- Lorsque l'établissement a été déclaré responsable, son recours subrogatoire contre le médecin ne serait possible que s'il prouve la faute de celui-ci. Le régime de la faute semblerait mettre un verrouillage quant aux possibilités d'actions contre les personnels soignants. Toutefois, l'échec se manifesterait dans la mesure où le nombre de recours est en croissance exponentielle. En toute hypothèse, s'agissant des infections contractées en établissement après le 1^{er} janvier 2003, date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, les établissements n'ont été susceptibles d'indemniser que les victimes les moins graves. Il s'agira donc de relever les conséquences liées à l'état de santé du patient, conséquences considérées comme anormales, au regard de l'état de santé du patient et de son évolution prévisible¹⁹³².

¹⁹³¹ Voir sur la notion Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1510-1512. Voir également A. Leca, et G. Rebecq, ss. dir., *La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale*, Actes du colloque de Toulon 2005, Centre de Droit de la Santé, coll. de Droit de la Santé, PUAM, 2006.

¹⁹³² Il s'agirait du cours prévisible de la maladie.

951.- Le cas du mourant semblerait sortir de ce cadre, compte tenu du fait qu'il serait *a priori* considéré comme **un mort en sursis**. *Il apparaîtrait ici un des critères caché de reconnaissance de ce qu'est un mourant, mais aussi de son éviction de certains aspects du régime de protection des malades, qui demeurent rappelons-le jusqu'à la mort.* L'anormalité des conséquences se distinguerait du simple échec des soins. L'échec en matière médicale n'est pas un aléa : il fait partie des issues envisageables du traitement. L'accident, au contraire de l'échec, fait sortir le processus thérapeutique du cadre prévisible ; séquelles entraînant plus de 24 % d'incapacité permanente, ou un arrêt professionnel temporaire d'au moins six mois consécutifs, ou non consécutifs sur un an, ou une inaptitude définitive à l'exercice professionnel antérieur, ou des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence, y compris sur le plan économique¹⁹³³.

952.- L'ONIAM¹⁹³⁴, dès lors compétent en la matière, n'intervient donc qu'en cas de décès ou d'IPP supérieure à 25 %¹⁹³⁵. Or le mourant ne pourrait exercer de recours contre l'établissement qu'« en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales »¹⁹³⁶. Retenons donc que les actions en responsabilité pour des faits relevant de l'application des lois de 2002¹⁹³⁷ semblent ne pas être favorables aux mourants, qui ne verraient pas l'intérêt à agir en responsabilité, préférant se reporter vers une satisfaction immédiate dans l'indemnisation opposée notamment à l'ONIAM¹⁹³⁸.

953.- Avant de faire état des cas de responsabilité solidarité sans faute, il s'agirait de préciser que contre toute immixtion de la loi dans le jugement, le Conseil d'Etat semblerait opposer une forme de résistance de son interprétation *Bianchi*, pour des faits postérieurs au 5 septembre 2001¹⁹³⁹.

¹⁹³³ Disposition modifiées par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*.

¹⁹³⁴ Sur lequel nous reviendrons lorsqu'il s'agira de traiter de la dérive vers une réparation-indemnisation.

¹⁹³⁵ Art. L. 1142-1-1 du Code de la santé publique.

¹⁹³⁶ Art. L. 1142-17 du Code de la santé publique.

¹⁹³⁷ Loi du 4 mars 2002 s'agissant du statut de malade, et 30 décembre 2002 s'agissant du régime d'indemnisation.

¹⁹³⁸ Voir responsabilité civile médicale *infra*. Voir également Ch. Radé, *Conditions de l'indemnisation par l'ONIAM*, Resp. civ. et ass., préc.

¹⁹³⁹ Voir notamment un arrêt particulièrement probant en la matière, CE. 19 mars 2010, *Consorts Ancey*, n° 313457, *JCP A* 2010, p.2315, note C. Lantero, préc.

954.- Reprenons *in extenso* le rappel du juge administratif. Le juge rappelle d'abord de quels actes il s'agit et reprend quasiment les termes employés dans la jurisprudence *Bianchi* : « Considérant que, lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé »¹⁹⁴⁰. Le juge entend préciser que nul acte, qu'il soit médical ou non, la visée de celui-ci étant thérapeutique ou pas, conformément à la jurisprudence *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, peut avoir pour conséquence d'engager « la responsabilité du service public hospitalier ». Toutefois, conformément à la règle du droit commun, nécessitant d'établir un lien de causalité¹⁹⁴¹, le juge précise que la responsabilité de l'établissement ne pourrait être engagée que « si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages »¹⁹⁴².

955.- Il s'agirait donc, *a priori*, d'un régime de responsabilité nécessitant de faire apparaître non pas une faute, mais seulement un lien de causalité direct¹⁹⁴³ entre le dommage et l'accomplissement d'un acte nécessaire. Le caractère direct du dommage ne pourrait être présumé des circonstances et de l'état initial du malade, considérant les dernières positions prises par le Conseil d'Etat. Cependant le juge rappelle que le dommage devrait être « sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité »¹⁹⁴⁴. Le mourant ne pourrait alors tenter une action en réparation dès lors que son état initial serait retenu comme cause exonératoire ou atténuante de responsabilité. Et cette hypothèse semble parfaitement admissible attendu qu'il est reconnu l'état de faiblesse inhérent à celui de mourant.

956.- Notons enfin que la Cour avait écarté la responsabilité de l'AP-HP au motif que l'accident médical n'était pas spécifique à la thérapie mise en œuvre¹⁹⁴⁵. Le Conseil d'Etat précise que ce n'est pas le *choix* de la thérapie qui conditionne l'engagement de la

¹⁹⁴⁰ Il s'agit du risque exceptionnel de la jurisprudence CAA de Lyon 21 décembre 1990, *Gomez*, préc.

¹⁹⁴¹ Il s'agirait de la théorie de la causalité adéquate retenue en matière de responsabilité civile ; toutefois, si le Conseil d'Etat a longtemps marqué son attachement à la théorie de la causalité adéquate, sa jurisprudence récente semblerait avoir amenuisé celle-ci : voir CE, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, RFDA, n° 4, juillet-août 2010, note M. Canedo-Paris., cette hypothèse semble corroborée, la causalité adéquate n'étant pas retenue en matière pénale où la cause directe est définie comme tout événement « paramètre déterminant » : voir C. cass. crim., 25 septembre 2001, *Bull. crim.* n° 188, RSC 2002, chron. p. 100, obs. Y. Mayaud, préc., qui évoque également ce « paramètre déterminant » en matière médicale

¹⁹⁴² CE. 19 mars 2010, *Consorts Ancey*, préc.

¹⁹⁴³ La présomption du lien ne semble pouvoir être retenue : voir note *supra*.

¹⁹⁴⁴ CE, 18 février 2010, préc.

¹⁹⁴⁵ En l'occurrence un AVC.

responsabilité sans faute, c'est la *réalisation d'un risque*, fut-il commun à une large catégorie d'actes médicaux. En bref, un accident vasculaire cérébral est un risque « commun » à toute intervention chirurgicale, et c'est cela qui compterait lorsqu'il se réaliserait, et non pas la décision de recourir à telle ou telle thérapie/intervention chirurgicale. Le Conseil d'Etat précise juste que *Bianchi* s'applique, que le risque soit inhérent à la thérapie mise en œuvre, ou inhérent à toute intervention chirurgicale. En disant que le risque était commun à toute intervention, mais pas spécifique à la thérapie choisie dans le cas d'espèce, c'est la Cour administrative d'appel qui avait en quelque sorte créé une condition supplémentaire à l'applicabilité de *Bianchi*. Logiquement, un risque « commun » à toute intervention chirurgicale est nécessairement un risque lié à l'acte médical choisi, quand celui-ci consiste précisément en une intervention chirurgicale. Le cas des infections nosocomiales seraient hypothétiquement assimilable à cette jurisprudence compte tenu de l'inhérence de celles-ci à l'univers hospitalier¹⁹⁴⁶.

957.- La responsabilité sans faute des établissements de santé pourrait également être retenue pour deux causes légales qui sont d'une part la *responsabilité du fait des produits médicamenteux*, et d'autre part, la *responsabilité du fait des matériels présents dans les établissements de soins*.

C. La responsabilité du fait des produits médicamenteux

958.- La distinction entre produit défectueux et produit de santé à usage défectueux paraît peu aisée, et c'est la raison pour laquelle le législateur n'a pas entendu effectuer de distinction, et uniquement renvoyer à la loi sur les produits défectueux¹⁹⁴⁷. L'intérêt majeur serait de permettre, en réalité, ce qui ne semble pas établi actuellement, de faire peser largement, sur les établissements de santé, des causes de responsabilité sans faute, considérant que l'activité médicale, *a fortiori* dans l'accompagnement du mourant, ferait largement appel à des solutions médicamenteuses.

¹⁹⁴⁶ Nous renvoyons à la Section.II. du présent Chapitre, Paragraphe.I., B., 2.

¹⁹⁴⁷ Loi du 19 mai 1998, préc.

959.- L'usage normal occasionnant un dommage sans faute serait monnaie courante. Hors les cas d'utilisation à des fins meurtrières d'empoisonnement¹⁹⁴⁸, l'utilisation banalisée d'antalgiques et autres analgésiques¹⁹⁴⁹ aurait pour conséquence de rendre normales également les atteintes résultant de leur usage. Ainsi, retenons que le dommage sans faute, résultant du fait d'un médecin qui userait excessivement de tels procédés, pourrait engendrer une requête de la part du mourant ou de ses ayants droit, la personne de confiance y compris. Le dommage serait ici celui qui résulterait de l'usage jugé excessif ; la difficulté résidant donc dans l'appréciation du caractère excessif.

960.- Retenons que lorsque l'action en responsabilité est intentée sur le fondement du défaut du produit de santé, la loi du 19 mai 1998¹⁹⁵⁰ demeure applicable, en ce sens qu'elle établit une responsabilité de plein droit et objective, totalement indépendante de la notion de faute. Le produit serait jugé défectueux non pas eu égard à sa dangerosité, mais par rapport à la « *sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* »¹⁹⁵¹. Cette expression renvoie donc à une appréciation en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi la présentation du produit, l'usage qui peut en être attendu, mais encore la connaissance de sa dangerosité au moment où il a été mis sur le marché, sont autant de limitations quant à l'application effective de ce régime de responsabilité. Car responsabilité sans faute ne signifie pas indemnisation systématique.

961.- Ici encore la situation du mourant paraît défavorable à une telle cause de responsabilité. L'état initial à la tentative de thérapie serait ici à nouveau jugée *a priori* fragile, ne pouvant correspondre à « l'attente légitime » de « l'individu moyen »¹⁹⁵². Le mourant ne serait donc plus un individu normal. **Dès lors, l'usage d'un produit jugé indispensable,**

¹⁹⁴⁸ Art. 221-5 du Code pénal ; l'empoisonnement procède également d'une adjonction de produits qui pris isolément ne pouvaient suggérer l'intention mortifère ; c'est leur association qui confère le caractère de l'incrimination : C. cass. crim. 8 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 203, p. 507. Voir aussi pour des faits évidents : Cour d'assises du département du Bas-Rhin, 4 octobre 1985, n° 29/85 ; Cour d'assises de Paris 1^{ère} sect., 16 octobre 2003, n° 3/0083 ; ou encore Cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, 11 mars 1998, arrêt n° 1798, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologie*, *Bull.* n° 61, 12 mai 1998, p. 8504.

¹⁹⁴⁹ Voir sur ce point la publication concernant l'usage des produits antalgiques par automédication, symbolisant parfaitement la banalisation de la prise en charge médicamenteuse de la douleur ; R. O'Hayon Naïm et M. Escher, *Antalgiques en automédication : quels sont les risques ?*, *Revue médicale suisse*, n° 255, 2010. : « Les antalgiques font partie des médicaments les plus utilisés, qu'ils aient été délivrés sur ordonnance médicale ou pris en automédication. Leur consommation n'est pas anodine en raison des risques de toxicité qui leur sont associés, notamment en cas d'âge avancé, de comorbidités ou de polymédication, synonyme d'interactions médicamenteuses. Ce risque est d'autant plus marqué que les patients n'en sont souvent pas conscients, ce qui souligne la nécessité d'une information approfondie aux patients et d'une anamnèse médicamenteuse précise. »

¹⁹⁵⁰ Loi du 19 mai 1998, préc.

¹⁹⁵¹ Art. 1386-4 du Code civil.

¹⁹⁵² Rapport Cour de cassation 2007, préc.

mais dont les conditions d'application seraient nouvelles ou dangereuses, paraît susceptible de discréditer les raisons de relever un dommage disproportionné, eu égard aux conditions de sécurité légitimement attendus, et compte tenu du caractère *exorbitant du droit commun de la responsabilité sans faute* de l'état de la *personne-mourante*. Ainsi, si le risque est inhérent à tout acte médical, lorsqu'il s'agit du mourant, le risque serait assorti du qualificatif de mortel. C'est la raison pour laquelle, non seulement le faute serait parfaitement complexe à retenir, mais au surplus, le dommage lui-même ne semblerait pas disproportionné aux obligations de résultat de sécurité exigées en matière de soins et notamment relativement à l'information quant aux soins. Le critère de l'information se prolongeant quant aux produits concernant leurs effets indésirables¹⁹⁵³, une fois encore, l'état initial contenu comme cause de défectuosité opposerait au mourant un voie de non retour.

962.- Par extension de la jurisprudence de principe posée par la Cour de cassation en 2005¹⁹⁵⁴, **le mourant serait en lui-même une cause de défectuosité du produit**. Il conviendrait en effet, d'une part, de s'assurer de l'existence d'un rapport entre le dommage et l'administration du produit ; et d'autre part, entre le défaut et le dommage, comme cela résulte de l'arrêt précité du 5 avril 2005. Les solutions relatives au lien de causalité sont parfaitement divergentes entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Sans trop nous éloigner de notre propos, retenons seulement que si certaines juridictions civiles avaient reconnues des formes de présomptions en la matière, admettant l'existence de « présomptions graves, précises et concordantes »¹⁹⁵⁵, la Cour est venue casser cette solution¹⁹⁵⁶. Or le Conseil d'Etat a, quant à lui, favorisé les patients en retenant « une présomption de causalité »¹⁹⁵⁷ qui trouverait à s'appliquer *de facto* au mourant. Toutefois, le praticien pourrait s'exonérer de toute responsabilité en invoquant le *risque de développement*, c'est-à-dire en prouvant qu'en l'état des connaissances scientifiques, il ne pouvait déceler le défaut du produit au moment de sa

¹⁹⁵³ C. cass. 1^{ère} civ. 24 janvier 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 33, p. 130.

¹⁹⁵⁴ C. cass. 1^{ère} civ. 5 avril 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 173, p. 146, *RTD. civ.*, juillet-septembre 2005, n° 3, pp. 607-610, note P. Jourdain ; *JCP* 2005, I, n° 149 note Viney, p. 1227.

¹⁹⁵⁵ Rapport Cour de cassation 2007, préc.

¹⁹⁵⁶ C. cass. 1^{ère} civ. 23 septembre 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 188, p. 146 ; *RTD civ.*, janvier - mars 2004, n° 1, pp. 101-103, note P. Jourdain ; *La semaine juridique*, Ed. générale, 7 janvier 2004, n° 1/2, pp. 23-26, note G. Viney ; *Le Dalloz*, 1er avril 2004, n° 13, pp. 898-902, note Y-M. Serinet et R. Mislawski.

¹⁹⁵⁷ CE. 5e et 4e s.-sect. réun., 9 mars 2007, note L Neyret, *D.* 2007, pp. 2204-2208.

mise en circulation¹⁹⁵⁸, et ainsi exonérer l'établissement de santé de toute cause de responsabilité, ainsi que le fournisseur de produits.

963.- Pourtant, le médecin agissant pour le compte de l'établissement hospitalier demeure tenu à une obligation de vigilance qui ne saurait être atténuée compte tenue des circonstances de fait, et encore moins de circonstances objectives telles que le statut de mourant. Cette obligation se retrouverait également dans le cas des dommages résultant de l'usage du matériel médical.

D. La responsabilité du fait des matériels dans l'accompagnement à la mort

964.- Concernant les matériels, il s'agirait de relever l'usage normal, mais ayant succombé à la défaillance technique. Ceci rappellerait donc le critère de la cause étrangère, familier de la responsabilité sans faute des juridictions administratives. Car il conviendrait de ne pas commettre de confusion entre la responsabilité du fait du matériel, de l'instrument en lui-même, de celle résultant du mauvais usage du matériel incombant au praticien¹⁹⁵⁹ sur le fondement de la responsabilité pour faute, pour maladresse par exemple¹⁹⁶⁰.

965.- Le médecin agissant pour le compte d'un établissement public de santé n'est tenu d'une *obligation de sécurité de résultat* qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage. Ainsi, la responsabilité du fait du matériel est, tout comme la responsabilité du fait du produit, une responsabilité fondée sur l'absence de faute. Ici encore, seul le lien de causalité entre la défaillance et le dommage ne pourra être exigé. C'est en ce sens que le Conseil d'Etat¹⁹⁶¹ rappelle que la défaillance d'un appareil utilisé au cours des soins engage la responsabilité du service public hospitalier, au même titre qu'une faute de service. Toutefois, cette responsabilité ne nécessite pas de faute, «considérant que, sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la

¹⁹⁵⁸ C. cass. 1^{ère} civ. 7 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 143, p. 131 ; *R.C.A.*, mai 2006, n° 5, pp. 14-15, note Ch. Radé ; *RTD civ.*, 2006-3, pp. 565-567, note P. Jourdain, préc.

¹⁹⁵⁹ Obligation simple de moyens.

¹⁹⁶⁰ Voir par exemple CE. 23 janvier 1984, *HC Lyon*, *RHF* 1984, p. 695.

¹⁹⁶¹ CE. 24 avril 2012, n° 331967.

défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise.». Il rejette donc le pourvoi du centre hospitalier en visant de façon claire l'arrêt C-495/10 du 21 décembre 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne qui a considéré que la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹⁹⁶², ne régit pas la responsabilité des prestataires de services au titre des dommages causés par la défectuosité des produits, qu'ils utilisent dans le cadre de leurs prestations. La défectuosité du matériel ne saurait exonérer l'établissement d'une action en réparation, alors même qu'aucune faute ne serait relevée.

966.- Une telle action pourrait très bien être intentée devant le juge civil qui ne saurait ignorer les causes d'une responsabilité non pas sans faute, mais pour faute détachable de la fonction¹⁹⁶³.

Section.II. La responsabilité civile sur la *sellette* du droit contractuel

967.- C'est certainement le domaine qui a eu le plus à pâtir des lois de 2002. Car si la loi du 4 mars a entendu rendre obligatoire la contraction d'assurance moins pour les professionnels de santé publics que pour ceux du secteur privé, en revanche les établissements de santé semblent indistinctement concernés¹⁹⁶⁴. Une telle obligation a eu pour conséquence de faire tomber l'ancien régime d'indemnisation, pour aller vers un droit étranger à l'indemnisation, indépendant de toute décision de justice, opérant une mutation profonde de la notion même de responsabilité.

968.- Comprenons d'ailleurs que les modalités d'une nouvelle indemnisation aurait un côté quelque peu pervers, puisqu'ayant des applications différentes que l'on soit dans le domaine public ou dans le domaine privé. Nous ne ferons pas plus de précisions quant à cela, mais retenons que la différence résiderait quant à la nécessité de relever une faute en matière de droit civil. De plus, théoriquement cela démontre l'incertitude quant au statut de la *personne-mourante*, et plus largement de la *personne* dans le milieu médical ; elle demeurerait la même

¹⁹⁶² Voir loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁹⁶³ Voir par exemple pour une jurisprudence constante, C. cass. 9 mai 1956, préc.

¹⁹⁶⁴ Art. L. 1142-2 du Code de la santé publique.

qu'elle soit dans une clinique ou un établissement public de santé, cependant le régime applicable différencierait en matière d'obligations et de responsabilité. Or rappelons que la loi de 1991¹⁹⁶⁵, toujours en vigueur quant aux régimes juridiques des établissements de santé, ne fait pas de distinction au sujet de la mission qui leur incombe. Cette mission de santé est publique, que le domaine de l'établissement soit privé ou public¹⁹⁶⁶.

969.- Par ailleurs il est nécessaire de rappeler qu'en faisant tomber l'ancien régime d'indemnisation, la loi de 2002 n'en n'a pas réellement précisé les modalités. Et il a été nécessaire qu'une période de droit transitoire soit mise en place afin de pallier aux défaillances de la loi du 4 mars, en matière de médecine libérale. Ce fut le destin du GTAM, qui permit d'indemniser les victimes durant cette étape, dans le domaine privé. Si le propos s'éloigne, en apparence, une fois encore de l'hôpital, retenons que c'est ici aussi justifié par le fait que notre objet principal est le **mourant**, et ainsi, les différences opérées en matière de mission de santé paraissent parfaitement aberrantes compte tenu de la *personne*, en elle-même. Pour finir, la loi du 30 décembre 2002 vint préciser les modalités d'une nouvelle responsabilité civile médicale. Dès lors l'indistinction des domaines de compétences serait légion, attendu qu'il ne serait plus possible d'agir, après avoir eu recours aux organismes compétents en matière d'indemnisation. La fonction assurancielle de ceux-ci venant se substituer à l'action devant les tribunaux administratifs et civils.

970.- En parallèle de ce nouvel état du droit, notons que la jurisprudence de la Cour de cassation a connu de réelles évolutions. Se manifestant aux mois de janvier et juin 2010¹⁹⁶⁷, la Cour suprême semble être, toute proportion gardée, en contradiction avec l'esprit de la loi de 2002, celle-ci ayant voulu conserver le caractère contractuel de la relation de soins qu'avait imposé la jurisprudence *Mercier*. Ainsi, passant d'une responsabilité pour faute détachable à la fonction, à une déresponsabilisation contractuelle, réintroduisant alors une responsabilité délictuelle à l'encontre du médecin, le juge se fonde sur l'interprétation toute à la fois des articles 1382, 16 et 16-3 du Code civil. La Cour de cassation consacre ainsi une approche humaniste, se basant sur les fondements originels de la responsabilité, en opposant donc une résistance à la contractualisation du vivant et du mourant.

¹⁹⁶⁵ Loi du 31 juillet 1991, préc.

¹⁹⁶⁶ Voir J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit., pp. 92 s.

¹⁹⁶⁷ C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

971.- Ainsi, partant du présupposé selon lequel les lois de 2002 auraient conduit à en finir avec la responsabilité civile du médecin hospitalier, en consacrant une obligation aux établissements de santé de contracter une assurance nivelant les recours systématique à des organismes spécialisés en assurance dédommagement (**Paragraphe.I.**), il s'agira, tout de même, de relever les résistances opposées par la jurisprudence de la Cour de cassation afin de conserver son rôle de juge dans l'appréciation du préjudice, face à la systématisation de l'indemnisation (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. La déresponsabilisation civile des médecins hospitaliers : les origines légales d'un droit assurenciel

972.- Au préalable, en regardant d'abord celui qui est le plus faible, et non le médecin, notons que lorsqu'une personne présentait des risques aggravés liés à sa santé, jusqu'en 2002, il lui était parfois très difficile de contracter une assurance. La loi du 4 mars 2002 a entendu modifier cet état discriminatoire du droit. Ainsi, les assureurs ne doivent pas tenir compte des résultats d'examens des caractéristiques génétiques, ni poser de questions concernant les tests génétiques¹⁹⁶⁸. De plus l'accès à l'assurance des personnes présentant des risques aggravés du fait de leur état de santé est amélioré¹⁹⁶⁹. Une nouvelle convention entre les associations, les assureurs et l'Etat, concernant toutes les personnes présentant un risque aggravé de santé, doit être conclue sous l'égide de la loi. Toute personne de moins de 45 ans pourra, sous le régime de cette convention, contracter des crédits à la consommation sans remplir de questionnaire médical. Ainsi, le mouvement de prise en charge obligatoire des risques et fautes liées à l'activité médicale est global. La loi du 4 mars 2002, soucieuse de ne laisser aucune impossibilité en matière d'indemnisation des préjudices attachés à l'accomplissement des soins, est venu encadrer la responsabilité civile, en la rendant indispensable pour les établissements publics de santé ; en rendant celle-ci systématiquement contractuelle, elle standardise les rapports d'évaluation des préjudices, et ne regarde la relation médicale que sous un angle quantitatif en tentant de déjudiciariser, *a priori*, celle-ci. Dès lors, si les médecins ne sont pas obligés de souscrire, quant à eux, une assurance responsabilité professionnelle, il apparaît que le texte de loi les y invite largement.

¹⁹⁶⁸ Art. L 1141-1 du Code de santé publique

¹⁹⁶⁹ Art. L 1141-2 et 3 du Code de la santé publique.

973.- D'une obligation déguisée de contracter une assurance responsabilité civile (**A.**), les médecins et autres acteurs des établissements publics de santé se sont retrouvés face à de nouvelles modalités d'indemnisation (**B.**), invitant à observer une forme de privatisation des domaines publics de la santé (**C.**).

A. L'obligation d'assurance responsabilité civile

974.- Couvrant les dommages qui pourraient être causés par leur activité, elle s'impose à tous les professionnels de santé exerçant à titre libéral, aux établissements et services de santé et à tout autre organisme exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soin, ainsi qu'aux producteurs exploitants et fournisseurs de produits de santé¹⁹⁷⁰. Elle n'est donc pas obligatoire pour les professionnels de santé hospitaliers. Pourtant, lorsque leur responsabilité civile sera retenue, sur le fondement de la faute détachable du service, l'assurance de l'établissement pour le compte duquel ils exercent, ou, le cas échéant, l'établissement lui-même¹⁹⁷¹, ne seront pas à même de couvrir les frais inhérents à l'indemnisation pouvant être requise suite à sa condamnation. En ce sens, ils seraient assez vivement invités à souscrire une pareille assurance professionnelle.

975.- En pratique, procéduralement, toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable aux soins a le droit d'être informée par les professionnels de santé sur les circonstances et les causes de cet accident dans un délai maximum de 15 jours¹⁹⁷². Cette information, décidément cette obligation semble être récurrente, a pour objectif de signifier au patient le domaine de compétence de la requête en rapport au dommage subi. Un tel délai s'opposerait, encore une fois, à une réelle autonomie pour le mourant, le contraignant à agir vite, sans nécessairement pouvoir dès lors juger nécessaire une telle intervention. De plus, il n'est nulle part précisé si une telle obligation d'information serait opposable aux ayants droit dans le cas du décès de la victime qui ne se saurait pas victime durant ce délai. De plus serait-il possible d'opérer une action postérieure au délai, dans le cas du décès du mourant, et d'opposer à l'établissement de santé une faute pour défaut d'information à raison d'un dommage gardé sous silence ? La stricte interprétation de la faute pour défaut d'information

¹⁹⁷⁰ Art. L 1142-2 du Code de la santé publique.

¹⁹⁷¹ C'est le cas par exemple de L'AP-HP de Paris qui est son propre assureur et comporte en son sein une Direction des affaires juridiques à même de gérer les conflits de toute nature.

¹⁹⁷² Art. L 1142-4 du Code de la santé publique.

semblerait parfaitement applicable, sans préjudice direct pour les ayants droit¹⁹⁷³, autre que celui de la perte de chance de pouvoir bénéficier de la présence du défunt¹⁹⁷⁴. Il s'agirait au surplus de considérer le préjudice d'accompagnement régulièrement envisagé par les juridictions administratives¹⁹⁷⁵. Dès lors la responsabilité civile semble être particulièrement difficile à opposer à un professionnel de santé, car elle est liée, le plus souvent, à des causes relevant de l'information, dont il est difficile de les détacher du cadre strict de l'activité médicale. Pourtant l'obligation d'assurance pesant sur les établissements serait une opportunité pour les médecins, notamment, car leur activité, bien qu'encadrée par un rapport contractuel, ne saurait toujours relever du cadre du droit administratif. Ceci serait d'autant plus visible en regardant le passage légal à de nouveaux types d'indemnisation, permettant de lisser celle-ci, en ne distinguant plus réellement lorsqu'elle procède d'une démarche à caractère administratif et à caractère civil. Cette confusion serait parfaitement lisible en s'attardant quelque peu sur le traitement réservé en matière d'activités libérales de la santé, ce qui nous indiquerait comment le législateur entend réellement considérer les victimes de l'accompagnement par le soin.

B. Le passage à un régime d'indemnisation négociée

976.- Cette procédure amiable a été imparfaitement consacrée par la loi du 4 mars 2002. Après une période de flottement de neuf mois, laissant place à l'initiative privée en matière libérale (1.), le législateur est intervenu en complément de la loi du 4 mars indifférenciant dès lors les secteurs privé et public (2.).

1. Le GTAM, ou, un bref regard sur l'indemnisation en matière privée

977.- L'initiative privée dû pallier aux insuffisances légales en matière d'indemnisation des victimes du secteur privé. Il était nécessaire de permettre à tous les acteurs du monde

¹⁹⁷³ Sur le fondement la transmissibilité de l'action ; voir CE sect. 29 mars 2000, *Assistance publique Hôpitaux de Paris*, préc.

¹⁹⁷⁴ Pour une première approche de la notion de perte de chance par le Conseil d'Etat, voir CE. 3 septembre 1928, *Bacon*, Rec. p. 1035, S. 1929.3.3. V. J.-N. Hanson, *La perte d'une chance de survie*, Thèse, Lille, 1981, et enfin, I. Souplet, *La perte de chances de le droit de la responsabilité médicale*, Univ. Lille II, 2002. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, préc.

¹⁹⁷⁵ TA de Clermont-Ferrand, 1^{ère} ch. 25 mai 2010, 0901954, préc.

médical d'honorer leur obligation de souscrire des contrats d'assurance. Or en l'absence de dispositions les principaux assureurs du marché français ont décidé de se rapprocher pour mettre en œuvre, de façon temporaire, une solution de coassurance susceptible de répondre aux demandes de garantie des personnes physiques et morales soumises à l'obligation d'assurance qui n'auraient pas trouvé auprès du marché d'assurance la couverture requise. Cette initiative privée devait permettre la restauration d'une offre d'assurance du risque de responsabilité civile encouru du fait de l'activité médicale. Le GTAM devait intervenir de façon subsidiaire, et la loi du 30 décembre 2002 a *de facto* mis fin à cette initiative palliative.

2. Le palliatif légal au régime d'indemnisation négociée

978.- La loi du 30 décembre 2002 pacifia une situation de crise au sein du monde des praticiens libéraux. Elle comporte deux dispositions essentielles : une **nouvelle répartition de la prise en charge des infections nosocomiales** et **l'introduction des clauses dites « base réclamation » dans les contrats d'assurance de responsabilité civile médicale**. De telles précisions semblent s'éloigner des propos relatifs aux droits du mourant à l'hôpital.

979.- Cependant, notons que lorsque le mourant est hospitalisé, rien ne saurait l'épargner de mourir des suites d'une infection nosocomiale. Sa fragilité, physique, avérée serait un terrain favorable à la contraction d'infections de ce type. Dès lors, la question de la responsabilité des établissements publics de santé serait parfaitement envisageable en l'espèce. Ainsi, rappelons que l'obligation est de résultat en la matière. Il s'agit donc en l'espèce d'un cas de maintien de la responsabilité sans faute des établissements publics de santé. Une telle hypothèse devrait donc être opposable devant les juridictions administratives en vue d'obtenir une réparation¹⁹⁷⁶.

980.- Sortant du cadre apparent de la responsabilité civile, nous semblons nous éloigner de notre propos. Pourtant, bien au contraire, nous rendons effective l'intention du législateur de faire sortir la responsabilité des hôpitaux, et plus largement de la relation médicale. Car, si les actions en indemnisation ont le plus souvent occasionné des confusions de compétences de la part des usagers, ne sachant pas réellement devant qui agir, de la juridiction administrative de

¹⁹⁷⁶ M. Bacache, *Réparation de l'accident médical - la solidarité nationale au secours de la responsabilité civile*, *Recueil Dalloz*, n°18, 6 mai 2010, Études et commentaires, pp. 1119 à 1124, note à propos de l'ère civ. 11 mars 2010.

celle civile, c'est bien parce que la responsabilité en-elle-même ne serait pas une notion distinctive de domaines de compétences¹⁹⁷⁷. Et, assimilée à sa seule fonction réparatrice, elle-même assimilée à l'indemnisation, la question de la responsabilité pousserait les usagers à agir plus facilement devant les juridictions civiles alors que ce serait à celles administratives d'être compétentes ; les fautes détachables de services étant assez rares finalement. C'est en conformité avec cet esprit de confusion, entre indemnisation et responsabilité, que le législateur a souhaité faire passer les usagers directement à la première, leur imposant dès lors de renoncer à la seconde. Ainsi, des organismes, *spécialisés dans l'indemnisation*, furent créés afin de dépasser les clivages de la judiciarisation des relations médicales, niant en ce sens le caractère administratif ou civil du domaine de compétence lié à la faute qu'aurait commis le médecin agissant pour le compte d'un établissement public de santé.

981.- Ce sont donc des organismes publics qui vont désormais prendre en charge la réparation assimilée à l'indemnisation. Ainsi en est-il de l'ONIAM¹⁹⁷⁸ : on parle alors de solidarité nationale ; ou, à l'échelle régionale, des CRCI ; ou enfin des assureurs¹⁹⁷⁹, qui sont chargés des indemnisations, notamment en matière d'infections nosocomiales. Celles-ci, d'ailleurs, dont l'exemple serait parfaitement judicieux en l'espèce, ont été redéfinies par la loi du 4 mars 2002¹⁹⁸⁰, et obéissent désormais à une typologie arbitraire, faisant peser sur la victime le risque de la *déjudiciarisation* de l'indemnisation. Ainsi, les infections entraînant le décès du malade ou une IPP d'au moins 25 % sont à la charge de l'ONIAM ; les autres sont prises en charge par les assureurs de responsabilité médicale. Dans le cas où l'aggravation de l'état d'une victime aurait pour conséquence, soit de majorer le taux d'IPP, qui deviendrait supérieur à 25 %, soit d'entraîner le décès de celle-ci, l'ONIAM adresserait une offre d'indemnisation à la victime ou à ses ayants droit¹⁹⁸¹ et rembourserait à l'assureur le montant des indemnités précédemment versées. Comprenons donc que si de telles dispositions

¹⁹⁷⁷ Nous reviendrons sur cette question lorsqu'il s'agira de faire état de l'esprit du Code civil et notamment de l'art. 1382.

¹⁹⁷⁸ Voir notamment, Ch. Radé, *Conditions de l'indemnisation par l'ONIAM*, Revue Resp. civ. et ass., n°5, mai 2011, commentaire n°188, p. 33-34, note à propos de C. cass. 1^{ère} civ. 31 mars 2011.

¹⁹⁷⁹ Au titre d'une assurance personnelle souscrite par la victime, ou encore par le biais des assureurs agissant au titre d'une mission publique au sein des CRCI.

¹⁹⁸⁰ La loi du 4 mars 2002 distingue trois cas de figure : **les infections nosocomiales sans cause étrangère prouvée** : les dommages relèvent alors de la responsabilité civile de l'établissement de santé ; **les infections nosocomiales résultant d'une cause étrangère et générant des dommages suffisamment graves** (le seuil d'incapacité permanente, défini ultérieurement par décret, ne pouvait être inférieur à 25 %) : l'indemnisation est prise en charge par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale ; **les infections nosocomiales résultant d'une cause étrangère n'atteignant pas le seuil de gravité suffisant** : les dommages ne pourront alors être indemnisés que grâce à une assurance personnelle prise par la victime.

¹⁹⁸¹ Pour préjudice d'accompagnement par exemple, TGI de Nanterre, 2 avril 2010, préc. ; voir encore TA de Clermont-Ferrand, 1^{ère} ch. 25 mai 2010, 0901954, préc., pour un préjudice d'accompagnement.

concernent indistinctement praticiens libéraux et établissements publics de santé, c'est en raison du fait que, désormais, l'indemnisation est entendue globalement, en quelque sorte sans qu'il ne soit nécessaire, par effet de déjudiciarisation de celle-ci, de savoir de qui relève le dommage. Cela signifie que, là où l'activité publique nécessitait autrefois d'agir devant les tribunaux administratifs en vue de percevoir une indemnisation, jusqu'à preuve d'une faute détachable de service¹⁹⁸², désormais il n'est plus nécessaire de le faire afin, en réalité, de ne désirer que recevoir une indemnisation. Celle-ci fait l'objet, dans l'esprit du législateur voulant déresponsabiliser les praticiens de la santé, et *a fortiori* ceux du secteur public, dont il était déjà difficile de relever les fautes détachables du service, de procédures systématisées devant les organismes compétents, ayant une **fonction assurencielle**. Et ceci serait parfaitement visible en retenant l'exemple de l'indemnisation liée aux infections nosocomiales.

982.- La preuve de la *cause étrangère* serait donc un élément déterminant dans la responsabilité financière des dommages résultant d'infections nosocomiales. Or, compte tenu de la définition de ce type d'altération, la preuve de la *cause étrangère* paraît difficile sinon impossible à établir. Cette disposition aboutirait donc à mettre l'indemnisation de ces infections à la charge *quasi*-exclusive des assureurs en responsabilité civile médicale.

983.- Le législateur parfaitement conscient du risque de déresponsabilisation lié au transfert de l'indemnisation à la charge de la solidarité nationale¹⁹⁸³, a incité à maîtriser le risque nosocomial, sans plus de précision, laissant donc à la charge des praticiens et des établissements publics de santé le soin de trouver des solutions dont on sait qu'elles sont *quasi* impossibles. *L'hygiénisation de la loi ne peut aller avec l'aseptisation totale des établissements de santé*. Cette exigence ferait peser une lourde culpabilité *a priori* sur les praticiens et responsables des établissements de santé.

984.- En réalité, il semblerait plus opportun que le risque d'infections nosocomiales fasse partie des contenus de l'obligation d'information. En apparence cette adjonction ferait peser sur les praticiens une pression supplémentaire, opposée par des patients qui se penseraient victime de ce type d'infections. Or, la loi du 30 décembre 2002 se révélerait être, en

¹⁹⁸² Voir par exemple CE. 28 décembre 2001.

¹⁹⁸³ M. Bacache, *Réparation de l'accident médical - la solidarité nationale au secours de la responsabilité civile*, préc.

complément des dispositions de la loi du 4 mars, bien plus une loi sur l'assurance¹⁹⁸⁴ qu'une mesure de protection par l'émergence d'une responsabilité civile médicale. Comprenons que c'est absolument logique compte tenu de l'évolution générale que connaît la responsabilité civile du droit commun, mutant en droit assurantiel.

C. Un phénomène de privatisation des domaines publics de la santé

La démotivation des actions en recours

985.- Quelques brèves indications concernant les organismes publics d'indemnisations invitent à observer que s'agissant de l'ONIAM, il s'agit d'un EPA¹⁹⁸⁵. Un tel statut semblerait parfaitement illustrer le caractère industriel et commercial de la mission incombant au dit office, déguisant en réalité une activité entrepreneuriale, ou tout au moins commerciale¹⁹⁸⁶ sous les traits d'une mission de service public. C'est en ce sens que René Chapus dénonçait une tendance contemporaine à voir émerger des établissements publics soumis au régime du droit privé dans la mesure où leur gestion se soustrait aux règles et contraintes du droit public. La fonction assurencielle de l'ONIAM en serait une parfaite illustration. C'est en ce sens que cette fonction serait assimilée à une tâche d'intérêt général de nature administrative, alors qu'elle ne serait en réalité qu'un objet de droit privé, droit des assurances, que la gestion relevant d'un droit privé rendrait plus efficace, au nom de la poursuite d'une politique publique de rationalisation des dépenses de santé.

986.- Il s'agirait donc, selon René Chapus, « d'établissements publics « à double visage » cumulant l'exercice d'activités administratives et d'activités industrielles et commerciales. »¹⁹⁸⁷. Notons en ce sens là que l'ONIAM fonctionne comme une véritable entreprise privée, ayant notamment des membres *actionnaires* agissant pour les intérêts du seul établissement¹⁹⁸⁸. Son président est nommé par décret du Président de la République, le

¹⁹⁸⁴ Des modalités relatives aux dispositions d'assurances ont été apportées par la loi du 30 décembre 2002 : mesures d'aménagements de l'obligation d'assurance; modifications dans le financement de l'ONIAM (modulation des versements définie selon une convention de trésorerie passée entre l'ONIAM et les différents organismes d'assurance maladie, dotation versée par l'État, destinée à financer l'indemnisation des dommages imputables à une vaccination obligatoire); regroupement de plusieurs commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) lorsque celles-ci n'ont pas une activité suffisante.

¹⁹⁸⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, *op. cit.*, n° 498 s., pp. 335 s.

¹⁹⁸⁶ Voir G. Rousset, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹⁸⁷ R. Chapus, *ibid.*, p. 336.

¹⁹⁸⁸ L'ONIAM passe des contrats avec des prestataires externes pour certaines de ses missions d'appui. Ces contrats font l'objet d'appel à candidature, conformément au code des marchés publics.

dernier en date du 16 novembre 2011¹⁹⁸⁹. En outre onze membres sont directement des personnes publiques émanant des représentants de l'Etat ; mais aussi neuf membres nommés par arrêtés du ministre en charge de la santé¹⁹⁹⁰ ; et enfin deux membres du personnels de l'office. L'impartialité de cet organisme semblerait parfaitement mise à mal, compte tenu de sa dépendance tutélaire liée à l'Etat. Tout comme le CCNE, cet office, véritable personne publique à caractère privé, ne pourrait faire autrement que de défendre les intérêts de l'Etat, de ses politiques publiques, avant les intérêts particuliers d'un seul, dans l'indemnisation de son dommage particulier.

987.- Les CRCI ne bénéficient quant à elles d'aucune forme de personnalité juridique. Ces commissions sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire. Ce magistrat peut être placé en position de détachement et ainsi entièrement dédié au dispositif. Il peut présider plusieurs commissions. Les présidents des commissions sont assistés de collaborateurs, juristes et administratifs, qui forment le secrétariat de la commission. Les commissions n'ayant pas la personnalité juridique, leurs personnels sont mis à disposition par l'ONIAM. Les réunions des commissions se tiennent, soit dans les locaux des CRCI là où ils existent, soit dans des locaux mis à disposition par les ARS.

988.- Il s'agirait donc d'une déconcentration d'un EPA n'ayant aucune prérogative propre, mais jouissant extérieurement de celles des personnels qui la composent, les près de 900 membres de CRCI étant nommés par des arrêtés pris par les ARS. Ces dernières étant directement sous tutelle ministérielle, comprenons qu'elles assurent le lien entre les politiques publiques et leur application effective jusque dans les CRCI.

989.- La saisine de ces commissions dépendrait avant tout d'un critère arbitraire dit de *seuil de gravité*, introduisant un certain quantitativisme. Il s'agira donc d'identifier une AIPP¹⁹⁹¹ au minimum de 24 %¹⁹⁹². L'appréciation du seuil ne semblant appartenir qu'à la

¹⁹⁸⁹ Il s'agit d'Edouard Couty toujours en poste.

¹⁹⁹⁰ Notons ici la présence de membre de la doctrine du droit médical comme Didier Truchet.

¹⁹⁹¹ Atteinte Permanente à l'Intégrité Physique ou Psychique.

¹⁹⁹² Des critères supplémentaires s'ajoutent à ce premier : ou un arrêt temporaire des activités professionnelles (ATAP) pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire (DFT) supérieur ou égal à un taux de 50 % pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, Ou à titre exceptionnel : lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale ; lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale

seule commission, le dossier de demande en indemnisation pourrait être rejeté dans le cas où le seuil de gravité de 24% ne serait pas atteint. L'arbitraire semble régner en maître dans le domaine de l'indemnisation. Car en effet, il n'est nulle part fait mention d'une possibilité de voie de recours contre les décisions émanant d'une CRCI. De plus, leur absence de personnalité juridique semble poser problème quant à leur assimilation en tant qu'institution unique pour toute voie de recours en indemnisation. La loi leur aurait permis de parfaitement évincer les tribunaux de toute question en ce sens, ceux-ci ne devant dès lors résoudre qu'en second lieu les conflits nés des désaccords entre victimes et commissions¹⁹⁹³.

990.- Cependant, son rattachement à l'ONIAM qui est lui-même sous tutelle du ministère chargé de la santé en tant qu'EPA laisse suggérer qu'il serait possible d'intenter une action en recours pour excès de pouvoir contre l'EPA directement, par l'intermédiaire d'une responsabilité sans faute de sa personne représentant et agissant pour le compte de la personne publique¹⁹⁹⁴. Il s'agirait donc d'une action devant le juge administratif. La *déjudiciarisation* de l'indemnisation serait en ce sens un échec total, la condition potestative pouvant toujours trouver un point d'échec. *Toutefois, il faut encore le chercher...*

991.- Comprendons donc que, si le législateur a tenté de tout mettre en œuvre afin d'indemniser systématiquement, ou presque, les préjudices liés à l'activité médicale, en confondant en quelque sorte les responsabilités, puisque celles-ci deviennent accessoires, voir même s'éteignent avec le recours à l'ONIAM ou au CRCI, la tentation d'une déjudicirisation totale de la pratique médicale ne saurait toutefois résister à la perception des usagers, d'une part, mais surtout à l'interprétation des juridictions, d'autre part. Si en réalité il est particulièrement difficile de faire peser une faute détachable de service sur les médecins hospitaliers, retenons que celle-ci est toujours d'actualité, et qu'en pratique, bien que les

occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence (TPGCE).

¹⁹⁹³ Voir par exemple, TGI de Nanterre, 20 avril 2010, 09/04971, au sujet d'un patient victime d'un dommage opératoire, reconnu sans faute, exerçant une voie de recours devant la CRCI en vue d'obtenir une indemnisation. Suite au refus de l'assureur de l'établissement d'accéder à une indemnisation, le patient victime se retourne vers l'ONIAM en vue d'obtenir une réparation de sa part, au nom de la solidarité nationale, requête à laquelle l'office a répondu favorablement. Notons que l'action initiale avait été adressée devant le tribunal administratif de Versailles qui s'est déclaré incompétent en raison du caractère privé de l'établissement concerné. Notons une fois de plus la nécessité de faire état d'une telle jurisprudence, la détachant de son caractère privatiste dans les faits, afin uniquement de nous concentrer sur le raisonnement adopté par le juge.

¹⁹⁹⁴ Notons que lorsque le CRCI agissant dans l'intérêt de la personne ne parvient pas à faire obtenir une offre d'indemnisation de la part de l'assureur de l'établissement public de santé, la victime se retourne automatiquement vers l'autorité de tutelle, ce qui laisse bien évidemment penser que dans une suite logique d'actions en responsabilité relevant d'un droit public, c'est contre l'ONIAM que le recours se ferait. Voir en ce sens TGI Nanterre, 2 avril 2010, préc.

recours en indemnisation stricte, devant les organismes compétents, se soient systématisés, de nombreuses actions en responsabilité persistent, laissant même entrevoir des possibilités d'évolutions de celles-ci, remettant en cause les perspectives légales.

Paragraphe.II. Les résistances de la Cour de cassation contre la déresponsabilisation civile des médecins hospitaliers

992.- La responsabilité civile des agents de service public¹⁹⁹⁵ est une gageure de la Cour suprême en matière civile de faire perdurer une forme de responsabilité délictuelle¹⁹⁹⁶, non pas au sein d'une relation contractuelle, mais indépendamment de celle-ci, *a fortiori* au regard d'un contrat de nature administrative, tout au moins en apparence. Il s'agira ici de rappeler d'abord la nécessité de relever une faute, détachable des fonctions, et au surplus détachable du service. Cette double condition cumulative est la condition *sine qua non* à ce que la responsabilité civile pour faute personnelle de l'agent de service public puisse être retenue (**A.**). Puis, il s'agira d'interroger la pertinence d'une telle hypothèse lorsque la loi du 4 mars 2002 a fait en sorte de renvoyer systématiquement les affaires devant les tribunaux administratifs, attendu que la faute détachable est peu aisée à relever, ou encore devant les organismes spécialisés dans l'indemnisation lorsqu'il existe un dommage, mais que la faute paraît impossible à identifier (**B.**).

A. L'exigence d'une faute détachable des fonctions attachées au service

993.- Les victimes d'un dommage causé suite à une faute personnelle d'un médecin, ou d'un personnel soignant peuvent agir devant la juridiction civile en vue d'obtenir une réparation. Cette action se prescrit par dix ans à compter de la révélation du dommage¹⁹⁹⁷. Elle est fondée sur une faute dépassant l'exercice de sa fonction ; on parle alors de faute détachable dans la fonction. Celle-ci ne s'oppose pas à la faute détachable au service, elle en est une composante. Rappelons que la faute de service est à la base de la responsabilité

¹⁹⁹⁵ Responsabilité pour faute détachable.

¹⁹⁹⁶ C'est d'ailleurs ce que la Haute Cour civile entend rappeler dans ses deux arrêts de 2010, préc. Voir C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

¹⁹⁹⁷ C. Bonnieux, *La prescription de l'action en responsabilité civile*, Bonnieux, Paris, 1995.

administrative¹⁹⁹⁸, en tant que « droit commun de la responsabilité administrative » selon les termes du doyen Hauriou¹⁹⁹⁹.

994.- Cela pourrait découler d'un défaut d'information²⁰⁰⁰, si celui-ci résultait d'une incompétence manifeste du médecin en dehors de tout exercice de sa fonction. Cette action serait possible y compris lorsque le dommage se serait réalisé au sein d'un établissement public de santé sur le seul fondement, contractuel²⁰⁰¹, selon lequel la personne victime demeurerait devant le juge, une personne privée ayant subi un dommage. Une telle hypothèse serait parfaitement courante et conforme au droit commun de la responsabilité civile. Nous pouvons ainsi citer des cas d'indemnisation, lorsque la personne pouvait prouver que le médecin avait commis une faute détachable de sa fonction. C'est en ce sens que le 25 janvier 2011, le juge de la Cour de cassation estimait que « alors que l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si cet acte constitue une faute détachable de ses fonctions ; que la juridiction répressive qui se reconnaît compétente pour statuer sur la responsabilité civile d'un agent de service public ayant agi dans l'exercice de ses fonctions est tenue de rechercher, même d'office, si la faute imputée à celui-ci présente le caractère d'une faute personnelle détachable du service ; qu'en condamnant M. X... à indemniser M. Y... du chef du délit de blessures volontaires sans établir que la faute de M. X.. constituait une faute personnelle détachable du service, la cour d'appel a violé la loi des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs. »²⁰⁰² Le juge civil rappelle donc qu'il ne peut statuer sur une cause de responsabilité sans faute, et doit donc rechercher « même d'office » la faute imputable afin de statuer. De plus, cette action contre l'agent de service public, imputable au nom de la responsabilité pour faute, conformément au dispositif de la loi du 4 mars 2002, doit se fonder sur la recherche d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions mais dépassant leur cadre, et détachable du service. Cela signifie que seule la faute commise *lorsque le médecin était médecin* pourrait être retenue.

¹⁹⁹⁸ Depuis un arrêt CE, 1^{er} juillet 1904, Rec. Lebon, p. 536, préc.

¹⁹⁹⁹ Voir CE, 10 février 1905, Rec. Lebon, p. 139, concl. Romieu, comm. M. Hauriou, préc..

²⁰⁰⁰ Voir notamment C. cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1997, *Bull. civ. I*, n° 99, préc.

²⁰⁰¹ L'action est menée sur le fondement alors de l'article 1147 du Code civil.

²⁰⁰² C. cass. 1^{ère} civ. 25 janvier 2011, préc.

995.- Cette faute doit être reconnue comme détachable du service²⁰⁰³, *a priori* d'une exceptionnelle gravité²⁰⁰⁴. C'est à dire que seuls les actes parfaitement étrangers à la pratique de l'art médical pourraient être imputables devant le juge civil. Cette solution constante en droit commun serait donc conforme aux dispositions faisant état notamment du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, rappelant en quelque sorte ici la *summa divisio* droit privé, droit public. Comprenons que si la personne victime d'un dommage causé au sein de l'établissement public de santé est à même d'agir non plus au titre de son statut de personne usager consommateur d'un service public, relevant d'un droit administratif, c'est bien en raison de la persistance de son statut de personne physique, de droit privé. Et il en serait ainsi pour le médecin pouvant voir sa faute personnelle retenue, engageant sa responsabilité personnelle, alors même qu'il serait considéré comme agent de service public. Allant plus loin que le fondement contractuel simple, la Cour de cassation va opérer un nouveau type de raisonnement en la matière, car c'est en effet en se fondant sur la personne, et non plus sur la relation de personnes qu'elle va se fonder. C'est le cas singulier des résistances récentes opérées par la Cour, réintroduisant la responsabilité délictuelle, en parallèle de celle de nature contractuelle, que le médecin soit hospitalier ou non.

996.- C'est en rendant deux arrêts aux mois de janvier et juin 2010²⁰⁰⁵, que la Cour suprême est entrée en contradiction non seulement avec l'esprit de la loi de 2002, mais plus encore, avec celui de la jurisprudence *Mercier*. Ainsi, dépassant le seul cadre de la responsabilité contractuelle, réintroduisant alors une responsabilité délictuelle à l'encontre du médecin, le juge se fonde sur l'interprétation toute à la fois des articles 1382, 16 et 16-3 du Code civil. Il consacre ainsi une approche *re-humanisante*, se basant sur les fondements originels de la responsabilité, en s'opposant donc, bien que dans un domaine limitatif, à la contractualisation du vivant et du mourant. Et nous ne disons pas, volontairement, tout de suite responsabilité civile, car, en réalité, c'est en réfléchissant la notion de responsabilité qu'il serait non seulement possible de comprendre l'esprit du juge, mais plus encore, celle de la notion elle-même.

997.- Avant toute responsabilité civile, il y aurait une théorie de la responsabilité, se justifiant en quelque sorte d'une approche éthique. Et nous retiendrons en ce sens tout de

²⁰⁰³ Voir C. Manaouil, M. Graser, A. Verrier, J. Cormier, O. Jardé, *La faute détachable de service dans les établissements publics de santé*, Journal de médecine légale droit médical, 2004, vol. 47, n° 8, pp. 383-396.

²⁰⁰⁴ CAA de Limoges, 17 décembre 1997, *Méd. et Droit*, 1998, n° 29, p. 19.

²⁰⁰⁵ C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, préc., et C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc.

même l'article 1382 de cet esprit, celui qui anima sans aucun doute les rédacteurs du Code civil. En effet, malgré la généralité de la question, nous pensons que l'article 1382 du Code civil ne serait autre que le langage rationalisé d'une responsabilité morale, *première*. En ce sens, l'idée de responsabilité contenue à l'article fondateur procéderait de la théorisation kantienne, scindant responsabilité morale et juridique, tout en réalité, réintroduisant la première, comme sous-jacent théorique à la seconde²⁰⁰⁶. C'est ainsi que nous pouvons considérer l'article 1382 du Code civil comme le fondement d'un impératif catégorique de droit, positivant une approche morale de la responsabilité. C'est d'ailleurs en regardant celle-ci sous l'angle de *l'autonomie* du sujet de droit, autonomie se particularisant dans son expression le manifestant, à savoir sa volonté, qu'il est possible de saisir l'esprit de la responsabilité civile du Code civil. Il s'agirait donc d'une responsabilité individuelle, qui verrait dans la réparation la possibilité de se soustraire à la responsabilité morale, en quelque sorte considérée comme inaccessible. Autrement dit, c'est parce que la victime recevrait une somme, ou tout au moins une compensation qu'elle ne saurait plus regarder l'auteur du dommage comme moralement responsable.

998.- C'est donc une position majeure que prend le juge de la Cour de cassation, *a fortiori* en y adjoignant les références légales fondatrices de la dignité de la personne humaine²⁰⁰⁷, en réalité toute aussi idéalisée que ne l'est la responsabilité. Toutefois, c'est en allant au-delà des clivages de théorie et de philosophie du droit qu'il convient de retenir que cette position nouvelle *re-humaniserait* une relation contractuelle ayant dépersonnifié toute communication possible entre médecin et patient. Ainsi, le juge de la Cour suprême reconnaît alors une parfaite *autonomie* quant au préjudice lié à l'information, marquant, certainement, un point de départ à l'abandon de la jurisprudence *Mercier*. Il s'agit cependant, pour le moment, du seul cas de la transmission de l'information, dont on n'ignore pas, tout de même, le caractère fondamental, puisqu'à la base de la relation de soins, inféodant les consentements ; et donc les *autonomies de la volonté*. Notons tout de même que, malgré une décision de confirmation en juin 2012²⁰⁰⁸, cette position semble fragile. En effet, des hésitations entretiennent un doute quant au maintien de la responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article 1147 du Code civil²⁰⁰⁹. **Pourtant, d'ors et déjà, et dans l'attente de clarifications, nous affirmons qu'en réintroduisant une dose délictuelle dans la relation contractuelle hospitalière de**

²⁰⁰⁶ Voir en ce sens S.Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, op. cit., *passim*.

²⁰⁰⁷ Issu du dispositif des lois *bioéthiques* de 1994.

²⁰⁰⁸ C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

²⁰⁰⁹ Voir par exemple C. cass. 1^{ère} civ. 26 janvier 2012, n° 10-26. 705.

soins, la Cour de cassation semble mettre un coup d'arrêt à l'irréversible progression de la contractualisation du vivant et du mourant.

999.- C'est donc dans l'attente d'une clarification de l'interprétation du juge de la Cour de cassation que perdurent les oppositions légales, déresponsabilisant les praticiens, et pire encore suggérant que plus aucune action responsable ne serait possible. Ceci serait en l'occurrence parfaitement attentatoire à l'esprit même de la DDHC fondant la nécessité de la garantie des droits du citoyen²⁰¹⁰, et donc *a fortiori* du citoyen de santé, à peine de rompre avec le *pacte républicain*.

B. Oppositions légales et abandon suggéré de l'action responsable

1000.- La solution de la faute personnelle du médecin semblerait être en parfaite contradiction avec les modalités nouvelles de la loi du 4 mars 2002 qui préconise certes de retenir la faute, mais invite également les victimes d'un dommage fautif, et *a fortiori* non fautif, à agir soit devant les tribunaux administratifs afin d'obtenir une condamnation pouvant ouvrir à une indemnisation, soit directement devant les commissions compétentes en matière d'indemnisation, suggérant que de telles démarches permettraient aux victimes d'obtenir une réparation plus rapide que celle à laquelle s'oppose la lenteur des tribunaux.

1001.- Les nouvelles voies de recours opposent un durcissement des possibilités de voir relever une responsabilité civile. Attendu que la responsabilité civile est avant tout une action en réparation, les évolutions de la loi du 4 mars 2002 semblent inviter les victimes d'atteintes de **quelque nature que ce soit** à se retourner vers les organismes compétents tels que ONIAM et CRCI afin d'obtenir une indemnisation²⁰¹¹. C'est sans doute, malgré la généralité du problème, parce qu'une solution contraire, favorisant l'action en responsabilité pour faute détachable du service, remettrait en cause tant le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, que les acquis de la jurisprudence administrative accumulés depuis la jurisprudence *Blanco*, que le législateur aurait une fâcheuse tendance à nier l'évidence de la persistance,

²⁰¹⁰ Voir en ce sens art. 16 DDHC.

²⁰¹¹ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 31 mars 2011, note Ch. Radé, *Conditions de l'indemnisation par l'ONIAM*, Resp. civ. et ass. n° 5, mai 2011, préc.

plus encore de la permanence d'une responsabilité *première* de la *personne* en tant que sujet de droit, en dehors de toute fonctionnalité administrative.

1002.- Voilà pourquoi, en interdisant aux patients la poursuite d'actions en responsabilité après avoir consenti à percevoir une indemnisation automatisée, le législateur entend tenter de déresponsabiliser les praticiens. Et ceci serait d'autant plus facile pour ceux relevant du régime hospitalier attendu qu'il est déjà assez rare de parvenir à faire émerger une faute détachable. En ce sens les résistances de la Cour de cassation sont fondamentales, car elles rappellent à quel point la personne, qui semble avoir été oublié du rapport contractuelle, est la première notion que le droit doit saisir, avant de se soucier des rapports qui peuvent naître dans l'intersubjectivité sociale. Suggérer l'abandon de l'action responsable, c'est tout simplement nier la personne subjective. E en lui accordant plus qu'une indemnisation, le législateur entend objectiviser au pire de ce que peut engendrer le rationalisme appliqué à l'être. Les dangers de la contractualisation seraient ici les plus incisifs. Car, sous couvert d'avoir voulu protéger la personne de ses excès, ainsi que de ceux des professionnels de santé, en lui permettant des recours en réparation plus aisés, la contractulisation de la relation médicale a rendu en réalité celle-ci beaucoup plus complexe, car basée sur l'absence de confiance *a priori* entre les différents acteurs. Et d'une volonté de déjudiciariser, procéderait alors une méfiance propice à, au contraire, *re-judiciariser* encore plus la relation médicale.

Section.III. La déjudiciarisation systématisée de la relation médicale

A l'égard des médecins et établissements publics de santé

1003.- La généralisation des procédures d'indemnisation amiables conduirait à la *déjudiciarisation* de la relation médecin-patient. Partant d'une intention avouée de pacifier la relation médecin-malade, une telle situation aurait toutes les peines du monde à trouver sa place dans la relation avec le mourant. La systématisation de l'indemnisation rendrait indigne l'action elle-même, attendu qu'elle aurait pour effet non plus d'évaluer le préjudice, mais la personne elle-même. Or au seuil de la mort, la vie ne semblerait plus avoir une grande valeur, les cas d'IPP étant finalement considérés comme normaux (**Paragraphe.I.**). C'est en consacrant la faute virtuelle que le législateur parachèverait le processus de *déjudiciarisation* (**Paragraphe.II.**). Sortant des tribunaux afin d'indemniser *quasi* automatiquement toutes les

requêtes en insatisfaction, le processus de rétribution permettrait de déresponsabiliser le monde médical hospitalier.

Paragraphe.I. Déjudiciarisation et systématisation

Les fondements de l'indignité potestative

1004.- La *déjudiciarisation* serait, *a priori*, une bonne idée : une tentative de pacification des rapports existants entre mourants, leur famille et les praticiens. Les uns opposeraient une satisfaction totale de leurs attentes de confort, de soulagement, jusque dans la promesse d'une « belle mort », compte tenu des progrès de la science médicale, et des données acquises de la science dont ils ont la connaissance grâce à une large information qui leur est due. Les autres subiraient une pression accrue dans l'accomplissement de leur mission, du fait des revendications des premiers. C'est en ce sens que, sortir d'une relation se nouant sous l'épée de Damoclès de la judiciarisation permettrait d'indemniser les premiers, et de rendre aux seconds toute la liberté caractéristique de la pratique médicale.

1005.- Pourtant bien qu'une telle hypothèse ait été introduite au Code de la santé publique par le législateur de 2002, et soutenue par les spécificités des droits du mourant en 2005, rien ne laisse présupposer qu'elle permette de pacifier les relations. En effet, sortir des tribunaux, c'est aussi laisser l'appréciation du droit à des non professionnels, du droit d'une part, et de la santé d'autre part. Et en ce sens, les conditions d'acquisition de la dignité, puisqu'il s'agirait de *retrouver sa dignité*, seraient, toutes, *a posteriori* d'une dignité pré existante, mais inaccessible au sens d'une philosophie kantienne, car métaphysiquement fondée ; il serait donc en ce sens nécessaire de judiciariser la dignité, sous conditions potestative, à savoir rétroactivement au commencement de la requête en dignité, comme s'il s'agissait de redessiner le fond commun de celle-ci. Faute de pouvoir retrouver l'universalité de la dignité, le législateur, sous couvert du respect des critères médicaux, esquisserait les approches d'une dignité empirique. Car c'est en donnant des indices juridiques que le mourant pourrait objectivement retrouver une dignité que la loi lui aurait définie, matériellement.

1006.- Des commissions spécialisées dans l'indemnisation sont alors chargées de compenser des attentes pécuniaires semblant bien loin de la satisfaction des espérances

proprement méta-physiques, reposant sur les fondements de *la liberté à exiger que justice soit rétablie lorsque la personne est victime d'un dommage*. Et si, nous l'avons vu, bien que le législateur entende conserver les cas de responsabilité pour faute et même après avoir introduit les cas de responsabilité sans faute, rien ne laisserait augurer d'un avenir plus certain lorsque la seule notion d'aléa thérapeutique suffirait à faire voler en éclat toute une jurisprudence de la responsabilité. Les tribunaux administratifs, en l'absence de faute opposable, ou devant la difficulté à prouver le lien de causalité, ont condamné les hôpitaux pour des fautes de plus en plus minimes voire « virtuelles »²⁰¹².

1007.- Contre tout excès interprétatif, la loi du 4 mars 2002 fixe un IPP de 25% (les affaires les plus graves) pour que le dommage soit pris en charge par l'office des indemnisations ; or cela ne concernerait que 20% des affaires. 80% des plaignants (affaires les moins graves mais les plus fréquentes) ne seraient donc pas indemnisés. L'indemnisation est donc directement traitée avec des organismes *pseudo* étatiques, telle que l'ONIAM, ou encore le FIVA qui se chargent, financés en partie par les fonds de la sécurité sociale, de négocier les sommes indemnifiant les victimes et leurs familles. Une telle indemnisation est fondée sur le principe de solidarité nationale²⁰¹³. En ce sens, l'aléa thérapeutique resterait une source de litige.

1008.- Si le médecin revendique qu'il n'a pas commis de faute, et donc dénonce son absence de responsabilité, rappelons qu'au-delà de sa responsabilité devant les tribunaux civils, sur requête de la victime, le médecin peut voir sa responsabilité personnelle être engagée directement par l'établissement dont il dépend lorsque, indépendamment de toute condamnation de celui-ci, la personne publique entend relever une faute personnelle du praticien²⁰¹⁴. Car c'est bien le médecin qui pratique l'acte, et s'il n'y a pas de lien de causalité directe entre l'acte et le dommage, il y en a un entre l'acte et le médecin. Or, sans acte, il n'y aurait pas de dommage, l'acte n'ayant pas à être fautif, mais seulement à se réaliser.

1009.- La déjudiciarisation serait donc virtuelle, bien qu'ayant réellement introduit en revanche la systématisation des procédures d'indemnisation. En effet, les actions en

²⁰¹² La notion est le fruit d'une novation jurisprudentielle à l'initiative du juge de la Cour de cassation : voir deux arrêts C. cass. 23 juin 2000 et C. cass. 18 juillet 2000; l'indemnisation à tout prix conduisait alors à relever une faute partout. C'est contre ce mouvement que le législateur a semblé vouloir réintroduire la faute dans le corps de la loi du 4 mars 2002, sous entendu peut-être même par le biais d'un retour à la faute lourde prouvée.

²⁰¹³ Voir A. Leca, et G. Rebecq, *op. cit.*, ou encore GAJA, *op. cit.*, pp. 729 s.

²⁰¹⁴ CE 15 juillet 1964 *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, préc.

responsabilité sont toujours d'actualité, ce qui est parfaitement sain. Pourtant, le systémisme des procédures d'indemnisation a permis de consacrer ce que la contractualisation de la relation médicale avait entamé, à savoir l'évaluation rationnelle de la personne, en ne retenant d'elle que son préjudice. Pire encore, le préjudice lui-même n'est pas réellement regardé, en ce sens que c'est au moyen de grilles de lectures de correspondance, entre une douleur quantifiée et un indice réparateur, que le préjudice est rationalisé²⁰¹⁵. Pour ainsi dire, c'est donc la *personne*, dans sa perception la plus sensible de ce qu'elle est, qui est évaluée ; sa dignité elle-même le serait, en ce sens que ce qui est atteint lorsque la personne a subi un dommage, c'est avant tout ce qui la fait être dans sa perception d'elle-même. Le dommage est physique, toutefois, il fait souffrir *ailleurs* lorsqu'il invalide. Et là où elle agissait naturellement devant le juge civil, le législateur l'a invité à sortir du tribunal pour faire évaluer sa dignité au moyen d'une indemnisation, comme s'il ne s'agissait que d'une question économique. Comprendons donc qu'en introduisant de telles conceptions, le législateur tenterait une entreprise bien pire, à savoir rendre les droits subjectifs, jusqu'ici à l'appréciation des juges, quantifiables, sous condition potestative, puisque n'appartenant plus qu'à la quantitativisation étatique et pseudo étatique, avant même que le sujet de droit ne puisse en jouir. C'est en rendant la relation médicale parfaitement artificielle qu'un tel plan serait possible, la condition potestative étant le fruit d'un idéalisme.

Paragraphe.II. Aléa et faute virtuelle aux sources de l'indemnisation

1010.- Le patient, mourant, ou ses ayants droit, considéreraient quant à eux l'aléa comme le fruit d'une faute médicale, car, ils en auraient été informé, la jurisprudence de la Cour de cassation exigeant que le patient soit informé des risques exceptionnels depuis 2000²⁰¹⁶. La loi de 2002 ayant introduit l'exigence de l'information à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique n'a pas entendu préciser le contenu juridique de la dite information. Cependant, le mourant serait en droit d'exiger une information la plus éclairée possible, et donc la plus

²⁰¹⁵ L'ONIAM se fonde sur des référentiels d'évaluation basés sur l'évaluation numérique de la douleur, y faisant correspondre un barème exprimé sous la forme d'une fourchette d'un montant financier. Le dernier référentiel indicatif d'indemnisation est le fruit d'une réactualisation en date du 1^{er} septembre 2011.

²⁰¹⁶ Si la Cour de cassation n'a pas transposé la jurisprudence *Bianchi*, elle requiert le critère de la faute réintroduit par la loi du 4 mars 2002. V. C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2000, *Bull. civ. I. n° 287*, p. 186, préc. Toutefois, cette exigence d'information s'étend aux risques exceptionnels, l'absence d'une telle information devenant opposable au médecin fautif : v. C. cass. 1^{ère} civ. 7 octobre 1998, deux arrêts, *Bull. civ. I. n° 287*, p. 199, et n° 291, p. 202, préc.

complète, comprenant également les risques exceptionnels et leurs conséquences en matière juridique et judiciaire le cas échéant²⁰¹⁷.

1011.- Le Conseil d'Etat a récemment rappelé l'objet même de l'obligation d'information²⁰¹⁸ et que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informé ». Ceci signifierait que l'information ne porterait donc pas sur les risques liés à l'aléa thérapeutique. Pourtant le législateur a séparé la faute de l'aléa, protégeant en même temps le patient et le médecin. Ainsi, le premier serait systématiquement indemnisé. En contre partie de quoi le second serait jugé non responsable. Le législateur continuerait, sans que nous systématisions de trop, de reconnaître le caractère fautif de l'aléa thérapeutique en créant, sans le désigner, le régime de la faute virtuelle, s'alignant ainsi sur les attentes du patient.

1012.- Toutefois, et ce malgré la généralité du problème, irions-nous jusqu'à affirmer que l'aléa serait assimilé à une faute virtuelle²⁰¹⁹ ? Assurément, sans quoi il serait impossible d'indemniser. La faute virtuelle fait certes débat et avant même sa consécration par les tribunaux, la doctrine l'avait reconnu comme fondement effectif de la responsabilité en matière médicale²⁰²⁰. Elle serait donc non loin du risque exceptionnel de la jurisprudence *Bianchi*. Qu'aurait à faire la faute virtuelle dans le champ de la loi du 4 mars 2002 qui dispose que la responsabilité des professionnels de santé ne peut être engagée que pour les dommages résultant d'une faute médicale, cette faute pouvant se traduire de différentes manières comme le manque d'information du patient, le défaut de consentement du patient ou encore une faute technique, la victime ayant la charge de prouver l'existence d'une faute médicale, d'un préjudice et le lien de causalité entre les deux.

²⁰¹⁷ CE Sect. 5 janvier 2000, *Telle*, préc. Voir S. Cissé, *Retour sur la responsabilité du service public de santé en raison d'une faute médicale*, *Revue Droit et Santé*, n° 47, mai 2012, pp. 374-377.

²⁰¹⁸ CE. 5^{ème} ss. Sect. 17 octobre 2011, n°333543, préc.

²⁰¹⁹ Cour de cassation deux arrêts du 23 juin 2000 et un arrêt du 18 juillet 2000, préc. Voir commentaire G. Devers, *La faute médicale virtuelle*, *Chronique du droit*, La Lettre du Pneumologue, Vol. IV, n° 2, mars-avril 2001.

²⁰²⁰ Voir A. Dorsner-Dolivet, *Responsabilité du chirurgien : les dangers de la faute virtuelle*, P.M., 1984, 13, n° 42.

1013.- Il pourrait en être ainsi lorsque la réalisation du traitement ou de l'intervention n'impliquerait pas l'atteinte ou la lésion dommageable. Le seul constat du résultat suffirait à établir la faute du praticien, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une faute. *La faute serait donc déduite du dommage*, et l'action se porterait devant les juridictions administratives. Il s'agirait toutefois d'une **présomption simple** que le praticien, agissant pour le compte de l'établissement, pourrait renverser en établissant que l'atteinte était inévitable, en prouvant l'anomalie de l'organe atteint. Dans ce contexte, le médecin se considérerait comme étranger à la situation, invoquant la cause étrangère de l'article L. 1142-1 II du Code de la santé publique, dans la réalisation du préjudice, qu'il ne nierait pas pour autant. En l'espèce, la preuve n'aurait aucun sens, cependant, l'établissement public devrait rester responsable, d'une responsabilité même atténuée, du fait que le préjudice serait advenu par suite de la pratique de l'acte médical, charge à la victime d'en rapporter la preuve. Il y aurait donc une causalité directe entre le préjudice et le médecin par l'accomplissement même de l'acte médical²⁰²¹.

1014.- L'acte n'a pas besoin d'être fautif sur un plan technique pour qu'il y ait un lien de causalité direct entre celui-ci et le dommage²⁰²². Or, de telles observations ne pourraient entrer dans le cadre étriqué de la responsabilité de la loi de 4 mars 2002. La faute même virtuelle ne servirait en ce dispositif qu'à indemniser, et non à rendre responsable, puisqu'elle n'est pas considérée comme effective. Comprendons que la seule chance pour la victime de se voir indemnisée dans le cadre d'une action en justice serait de pouvoir intenter une action en responsabilité civile contre le médecin pour une faute détachable de sa fonction, sur le fondement de sa responsabilité délictuelle²⁰²³. Ceci ne préjugerait en rien de la nature premièrement contractuelle²⁰²⁴ entre mourant et établissement public de santé, mais aurait le mérite de permettre une large indemnisation sur un fondement de justice et non sur un fondement économique. Toutefois, la lourdeur et la lenteur des actions en responsabilité ne

²⁰²¹ Le seul contrat permettrait de prouver qu'il y a eu un échange qui par là pourrait engendrer une présomption sur les actes qui ont été pratiqués. La causalité directe semblerait plus relever du domaine pénal où elle constitue un caractère déterminant pour la mise en jeu de la responsabilité du médecin imprudent. En matière civile, une simple présomption suffirait.

²⁰²² La causalité directe pèserait sur l'existence seule d'un dommage sans lien avec l'état initial du patient. Ici encore, le mourant aurait toutes les peines du monde à prouver que l'aggravation de son état de santé est sans lien avec son état initial.

²⁰²³ Voir G. Mémeteau, *Perte de chances et responsabilité médicale*, in *Gaz. Pal.* 25 octobre 1997, préc., se fondant sur l'article 1135 du code civil pour réparer les dommages de l'aléa médical.

²⁰²⁴ Pour une réponse notamment à J. Guigue, *L'aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'Etat ?*, *Gaz. Pal. Spécial Droit de la Santé*, 22-23 mars 2000, ou encore P. Vayre, A. Vannineuse, *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale. Complications, dommages, responsabilité, indemnisation ...*, Springer-Verlag, France, 2003, pp. 677 s.

saurait convaincre les mourants. Face à l'imminence de la mort, l'intérêt de voir protéger ses droits, de faire reconnaître une atteinte, même s'il s'agissait de la dignité, ne trouverait pas réellement de fondements à entraîner une procédure. Le découragement que suggère la juridicisation de la vie médicale, des rapports qu'elle permet de tisser, serait donc l'aboutissement, contre toute déjudiciarisation, d'une déresponsabilisation des praticiens et établissements pour le compte duquel ils exercent. Car en réalité, la persistance des actions en responsabilité ne saurait écarter les difficultés à rendre celle-ci effective. Et le mourant est ici le plus touché par de telles observations, puisqu'il serait, le plus souvent, invité à ne considérer la fin de sa vie plus que sous l'angle médical, dans la dénégalation des effets juridiques de son état de *personne*.

1015.- De tels effets déresponsabilisant apparaissent avoir également touché le domaine pénal, domaine où la loi du 10 juillet 2000²⁰²⁵ semblait avoir déjà suffisamment porté d'atténuations possibles²⁰²⁶. Toutefois, la loi de 2005 est venue parachever la dépénalisation de l'abandon de tout acharnement thérapeutique, en le requalifiant d'obstination déraisonnable. Celui-ci, entendu extensivement, intégrerait désormais l'acharnement palliatif²⁰²⁷, comme mode de justification de la prise en charge de la personne, pouvant conduire jusqu'à l'acte intentionnel, mais involontaire de mort²⁰²⁸.

²⁰²⁵ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*.

²⁰²⁶ Voir C. Esper, *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité médicale des acteurs de santé*, Méd. et Droit, n° 53, 2002, pp. 6-10.

²⁰²⁷ Expression vue chez J.-F. Richard, *Prise de décision et proportionnalité des soins*, op. cit., mais dont nous avouons n'avoir pris connaissance qu'après l'avoir nous-même développé. De plus il semblerait que chez M. Richard la possibilité soit juste supposée sans aucun développement correspondant.

²⁰²⁸ Ce qu'indique le « laisser mourir », *intentionnel*, « sans faire mourir », *involontaire*, introduit à l'art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

Chapitre.II. *Dé-responsabilité pénale médicale et euthanasie en arrière plan*

1016.- Il ne s'agira pas de procéder à une étude particulière portant sur l'euthanasie dont nous avons posé, ça et là, les bases et références relativement notamment à la question de la définition du concept de mourant eu égard à la notion de dignité. Il ne s'agira pas non plus d'une étude analytique en matière pénale, ce qui pourrait nous écarter de notre propos. Toutefois nous nous appuierons sur les applicabilités possibles des conceptions classiques et principales de droit pénal, en prenant l'acte *euthanasique*, comme référence constituant l'enjeu, semble-t-il majeur, en matière de responsabilité pénale, dans le cas particulier de l'accompagnement du mourant.

1017.- La loi du 22 avril 2005 a opéré une profonde mutation en matière pénale, appliquée au domaine de la santé, permettant aux personnels soignants et médecins, avant tout, de prendre des décisions qui, auparavant, auraient pu avoir pour conséquence de les conduire à « répondre de leurs actes devant les juridictions répressives »²⁰²⁹. Toutefois, elle n'a pas entériné l'acte *euthanasique*, en restreignant, en apparence en tout cas, les possibilités d'accéder au refus de soins, entendu comme la traduction du « laisser mourir »²⁰³⁰, permettant à certains auteurs de suggérer tout de même qu'il puisse en être ainsi d'une « scène de crime à l'hôpital »²⁰³¹. Jusqu'en 2005, et après, nous le verrons tout de même, le fait de laisser la mort venir, en la provoquant involontairement étaient alors considérés comme fautif, exercé certes dans le cadre de la fonction médicale, et certes au sein du service, mais comme détachable de ceux-ci. Bien que considéré comme le fruit d'une pratique *quasi*-médicale ancestrale, l'acte euthanasique doit toujours être regardé comme un acte extérieur à la pratique médicale²⁰³². La loi de 2005, si évoluée soit-elle en matière d'accompagnement du mourant²⁰³³, n'a pas pour autant finalisé un réel encadrement de l'euthanasie, et les médecins *un petit peu trop interprétatifs* sont toujours susceptibles d'être soumis aux dispositions du Code pénal. Et

²⁰²⁹ F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit. pp. 5 s.

²⁰³⁰ Loi du 22 avril 2005. F. Alt Maes, *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, préc.

²⁰³¹ P. Conte, *Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ?* préc., p. 229.

²⁰³² Voir sur ce point Y. Kenis, *Euthanasie, d'une idée de la bonne mort à une revendication éthique*, in G. Hottois et J.-N. Missa, ss. Dir., *Euthanasie*, Nouvelle encyclopédie de bioéthique, Bruxelles, De Boek Université, 2001, pp. 427-428.

²⁰³³ F. Alt Maes, *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, op. cit.

nombres d'affaires sont encore portées devant les tribunaux, afin de faire ressortir la responsabilité des médecins et autres personnels de soins, le plus souvent du fait d'homicide involontaire²⁰³⁴, dans le cadre de la pratique médicale.

1018.- Les affaires criminelles, dans le cadre de l'accompagnement de la fin de vie, à proprement parler, en raison de leur caractère percutant et bien souvent révélant des actes répétés²⁰³⁵, ont conduit le législateur à intervenir, afin de légitimer des actes d'**euthanasie passive**, par compassion. Cette consécration du « laisser mourir » procède d'une éthique qui *accepte la mort*, et qui en ce sens désubstantifierait l'élément moral de l'incrimination, reposant d'abord sur le délit d'omission de porter secours, avant d'être spécifié, le plus souvent, en administration de substances nuisibles ayant entraîné la mort²⁰³⁶. En écartant l'intention de donner la mort, même involontairement, et en introduisant une intention d'assister, parfois même en administrant une substance pouvant abrégé la vie, le législateur a supprimé l'intention fautive de laisser mourir, et/ou d'aider à mourir²⁰³⁷. Alors la mort n'est plus un dommage, elle est la conséquence d'une obligation légale. Le code de la santé publique entre donc directement en concurrence avec le code pénal, ce qui suggère que le débat se porte désormais sur la place publique, désignant explicitement ses fondements comme relevant des causes d'ordre public. La question devient politique, et est régulièrement imposée à l'Assemblée Nationale²⁰³⁸.

1019.- Pourtant, les causes de responsabilités pénales ne sauraient être écartées, et il s'agira de comprendre comment il existerait encore aujourd'hui, malgré tout, des possibilités de responsabilité pénale, y compris du fait de la loi, en considérant des fondements relevant justement de l'ordre public, regardé du point de vue éthique et métaphysique. Si jusqu'alors ce sont bien souvent les subordonnés qui, assumant le passage à l'acte, pouvaient supporter la sanction²⁰³⁹, retenons que toute personne reconnue complice de l'acte criminel euthanasique, bien qu'accompli par compassion, se retrouverait identiquement devant le juge répressif.

²⁰³⁴ R. Vouin et M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1988, n° 142, p. 188.

²⁰³⁵ La récidive semble être une des caractéristiques principales du passage à l'acte euthanasique.

²⁰³⁶ Plutôt que l'empoisonnement qui suggère une intention de donner la mort que l'administration de substance mortelle

²⁰³⁷ Art. L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique.

²⁰³⁸ Voir en ce sens la récente proposition de loi *relative à l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs*, présentée au Sénat par R. Coteau, 8 juin 2012.

²⁰³⁹ Voir B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2009, n° 345 et s., sur la possibilité d'une responsabilité pénale du fait d'autrui introduisant les cas de responsabilité du fait d'un subordonné.

1020.- Dans le cadre de la responsabilité pénale, la sanction doit s'appuyer d'abord sur un *élément matériel* objectif²⁰⁴⁰ : un fait qui cause un dommage mortel ou tout au moins directement attentatoire à la vie. De plus, le juge doit faire reposer son raisonnement sur un *élément légal*²⁰⁴¹, illustré par un article du Code pénal²⁰⁴². Enfin, il s'agit de relever l'*élément moral* imputable²⁰⁴³ au fait, se référant ainsi le plus souvent à l'article 121-3 du Code pénal qui énonce « qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » ; il s'agit de l'*animus necandi*²⁰⁴⁴. Au pénal, on ne présume pas de la faute ou du lien de causalité, on respecte le texte. C'est au ministère public de prouver l'intention ; toutefois, il peut exister une présomption d'intention criminelle appréciée dans les faits eux-mêmes²⁰⁴⁵.

1021.- Toutefois, depuis l'avènement d'une *bioéthique* de l'accompagnement à la mort, largement soutenue par la réflexion explicite du CCNE²⁰⁴⁶, de nombreuses causes exonératoires se présentent comme pouvant alléger la responsabilité de ceux qui auraient aidé à mourir. Et l'interprétation de cette conception morale de la mission de soins est désormais traduite dans la loi, en faisant un *biodroit* de l'obligation de soins, prolongé dans une approche extensive de celle-ci. Il est désormais possible d'exonérer de manière certes restrictive, mais toutefois effective, la responsabilité pénale de celui qui administre une substance d'abord destinée à soulager la souffrance, mais de nature à produire un effet secondaire abrégant la vie. Alors que dans le cadre des responsabilités civile et administrative, le moindre début de faute, la présomption de faute, la faute virtuelle, la présomption du lien de causalité, l'obligation de sécurité de résultat ou la perte de chance, vont permettre d'une façon ou d'une autre de faire jouer la fonction réparatrice, objet quasiment toujours premier de la réclamation, la matière pénale ne saurait résister à la **déresponsabilisation** des personnels soignants. Les lois de juillet 2000, et plus encore celle de avril 2005 ont joué un rôle considérable dans cette perspective. Attendu que la fonction de la

²⁰⁴⁰ Pour une approche de l'élément objectif, voir notamment Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, *Euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs*, feuillet 8, 1995, n° 8, p. 868.

²⁰⁴¹ Voir J. Pradel, *Droit pénal général*, 10^e éd., Cujas, 1995, n° 364, p. 415. La nécessité d'un texte spécifique en matière pénale.

²⁰⁴² Sur les difficultés à donner un contenu au code à l'aune de la garantie constitutionnelle de l'exigence d'une référence légale, voir V. Malabat, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, Dossier : *La Constitution et le droit pénal*, août 2009.

²⁰⁴³ Il s'agit de l'intention qui peut s'être « étalée » dans le temps, voir en ce sens C. cass. Ch. Crim. 9 juin 1977, préc.

²⁰⁴⁴ Voir C. cass. crim. 18 juin 2003, *JCP* 2003, 325, sur la qualification de dol spécial quant à l'acte euthanasique ; cette jurisprudence repose sur la vieille conception selon laquelle l'euthanasie, même par charité, est un meurtre : C. cass. crim. 22 juin 1837, I. 465.

²⁰⁴⁵ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 1995, n° 21, p. 34.

²⁰⁴⁶ Voir par exemple l'avis n° 63, préc.

responsabilité pénale est de prononcer une sanction, et que malgré la sur-médiatisation des affaires dites d'euthanasie, leur rareté y serait tout à fait proportionnelle, la législation actuelle permettrait, dans une certaine mesure, et hors les cas d'euthanasie active flagrant, de ne plus retenir les cas d'euthanasie par compassion, dont l'intention serait animé par l'altruisme suisse²⁰⁴⁷.

1022.- Ce serait en raison d'insuffisances apparentes, dont les politiques publiques étatiques (**Section.I.**) seraient en charge de parfaire les contours, que la déresponsabilisation des personnels soignants s'appuierait sur les fondements du droit médical (**Section.II.**). Ici encore la systématisation de la réparation semblerait permettre de justifier d'un basculement de dépersonnification de la cause responsable, ouvrant à la sanction, jusqu'à l'anthropomorphisation de l'indemnisation niant cette dernière (**Section.III.**).

Section.I. Insuffisances apparentes et considérations de politiques publiques

1023.- Les empiétements des lois *bioéthiques* sur le domaine de la responsabilité pénale ne semblent plus poser réellement de problèmes théoriques. Tant si l'on considère ceux qui admettent leur pertinence, que lorsque l'on remet en question celle-ci. Toutefois, les insuffisances apparentes, requérant selon certains une nouvelle vague de *bio-politique* publique, consacrant plus loin encore les droits du mourant (**Paragraphe.I.**), ne pourraient permettre de nier l'effectivité du droit pénal (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. Réformes et applications pratiques sur fond d'insuffisances

1024.- Certains opposent toujours des insuffisances et requièrent une loi plus permissive encore, allant jusqu'à légaliser toute forme d'euthanasie²⁰⁴⁸, sur le fondement d'une

²⁰⁴⁷ Même si bien évidemment toutes les interprétations ne sont pas les mêmes de l'autre côté du lac Léman.

²⁰⁴⁸ Le 24 novembre 2009, les députés français ont rejeté une proposition de loi présentée par le député socialiste Manuel Valls visant à légaliser l'euthanasie active dans certaines conditions (par 326 voix contre 202).

responsabilité de la personne vis à vis d'elle même²⁰⁴⁹, au nom d'une jouissance entière de l'autonomie de sa volonté²⁰⁵⁰. Contre toute légitimation de l'acte euthanasique, il conviendrait donc de se concentrer sur les modalités d'une responsabilité devenue semble-t-il de plus en plus fragilisée.

1025.- La loi du 22 avril 2005 a déjà largement empiété dans le domaine de compétence du droit pénal, en invoquant des oppositions sur le fondement du droit constitutionnel au nom du respect de la dignité de la personne. La volonté, qui en est la source motrice actualisante, serait au centre du débat²⁰⁵¹. Elle reposerait sur une éthique de la solidarité, poussée à son paroxysme dans le concept de *démocratie sanitaire*. Car, si au premier plan tout le monde a vu là l'avènement du patient citoyen de sa santé, participant des choix jusqu'au refus de soin, ou jusqu'à l'expression d'une volonté négative, de cessation de tout traitement, il semblerait que la place de la collégialité ait été particulièrement limitée dans les dithyrambes sur la loi de 2005. La solidarité serait ici collégialité, là où la médecine technicienne demeurerait seule à décider en dernier ressort. Il y aurait donc tout au plus une manifestation supplémentaire des dérives démocratiques, lorsque la loi de la majorité se ferait uniformisation au nom du principe de solidarité des acteurs engagés.

1026.- L'euthanasie passive ne serait donc pas totalement aux mains de celui qui semblait au centre de la loi. Celle-ci permettrait tout au moins de couvrir des débordements possibles, comme ceux de la cessation de l'alimentation artificielle²⁰⁵², et donc de décourager définitivement les initiatives *actives*.²⁰⁵³

²⁰⁴⁹ Le généticien Axel Kahn membre du CCNE, indique ainsi que « Le désir individuel de vouloir mourir [...] n'appelle de la part de la société laïque aucune réprobation morale. Il ne s'ensuit pas, bien sûr, qu'il revienne à la société d'offrir ce service à qui le demande. » : A. Kahn, *L'euthanasie : un droit ? Une liberté ?*, La revue du projet, 6 avril 2011. Cette légitimation entend faire certainement écho à la gestion privative, encadrée et regardée par l'entité étatique, des suicides assistés sur le modèle suisse.

²⁰⁵⁰ Voir les intentions de l'ADMD, ouvertement relayées par toute une série de personnalité du showbusiness ainsi que des praticiens en faveur de la légalisation de l'euthanasie active.

²⁰⁵¹ Voir pour une approche historiciste du débat, I. Jablonka, *L'euthanasie en débat*, préc, *passim*.

²⁰⁵² H. Mal, *Témoignage sur une pratique peu répandue en France : l'arrêt d'alimentation artificielle*, Intervention lors de la soirée de travail du 3 novembre 2005 intitulée : Aspects cliniques et psychopathologiques d'un arrêt de sonde de gastrologie, in Ph. Bataille et V. Fournier, *L'épreuve éthique et la fin de vie*, Paris, Centre d'éthique clinique (Hôpital Cochin), 2006, pp. 117-121. Voir également R. Aubry, *L'alimentation artificielle et l'hydratation chez la personne en état végétatif chronique : soin, traitement, ou acharnement thérapeutique ?*, Med. Palliat Soins Support Accompagnement Ethique, 2008, pp. 74-85.

²⁰⁵³ Ce qui n'est pas acquis compte tenu que le débat est toujours d'actualité.

1027.- L'euthanasie active est qualifiée d'assassinat ou d'empoisonnement prémédité²⁰⁵⁴ punissable théoriquement de la réclusion criminelle à perpétuité, alors que l'euthanasie passive est qualifiable de non-assistance à personne en danger. Si la loi réprime formellement l'euthanasie et le suicide assisté²⁰⁵⁵, entre 1998 et 2005, les textes réglementaires et législatifs ont cependant élargi les possibilités de cessation de *l'acharnement thérapeutique*, et étendu les droits du malade « à une fin digne » ; et dans la pratique judiciaire, la plupart des affaires ressortissant à ces questions ont le plus souvent occasionné, depuis le début de la décennie 2000, des non-lieux ou des peines symboliques. Dans le cas d'une personne n'étant pas gravement malade, la simple connaissance du projet suicidaire sans porter secours pourrait justifier des poursuites pour « abstention délictueuse de porter secours à personne en danger »²⁰⁵⁶. En revanche, l'imminence de la mort faciliterait désormais l'impunité.

1028.- La responsabilité pénale à l'hôpital n'est pas le seul fait des cas d'euthanasie, ceux-ci étant assez rares eu égard certainement à leur déguisement et l'absence de dénonciation par complicité des personnels soignants, des familles et bien évidemment des mourants. Ainsi, la négligence du praticien pourrait entraîner prématurément la mort de l'agonisant, à considérer que le lien causal puisse être avéré, *a minima* de l'interprétation de l'art. 221-6 du Code pénal²⁰⁵⁷. En l'espèce la personne pourrait être un personnel soignant médecin²⁰⁵⁸ ou non, mais aussi un accompagnant, famille ou ami, voir même la personne de confiance désignée.

1029.- La question de la responsabilité de la personne, en tant qu'individu sujet de droit devrait également interroger la responsabilité de l'établissement hospitalier au sein duquel se serait déroulé un tel acte. La notion de volonté ainsi que la notion de consentement seraient déterminantes lorsqu'il s'agirait d'étudier les cas de responsabilités²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁴ H. Angevin, *Atteintes volontaires à la vie*, J.-Cl. Pén., art. 221-1 à 221-5, n° 196, p. 2.

²⁰⁵⁵ Voir A. Cheynet de Beaupré, *Vivre et laisser mourir*, D.2003 n°2980.

²⁰⁵⁶ Art. 223-6 du Code pénal.

²⁰⁵⁷ C. cass. ch. crim., 26 janvier 2000, préc., rejetant le fondement de l'homicide involontaire de l'art. 221-6 du Code pénal au motif que le lien de causalité était insuffisamment caractérisé. *A contrario*, comprenons qu'il est nécessaire de relever un accident dont le lien causal n'a pas être ni exclusif, ni ne doit être direct, ni immédiat.

²⁰⁵⁸ Art. 222-9 du Code pénal. Art. 41 du Code de déontologie médicale (article R. 4127-41 du code de la santé publique) : aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement. Sur ces dépénalisations, F. Alt-Maes, *Esquisse et poursuite d'une dépénalisation du droit médical*, in *JCP* 2004, I, 184, n° 15 et s. et, *La grande illusion : la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin*, Mélanges Bouloc, D. 2007, p. 1.

²⁰⁵⁹ Nous reviendrons sur ces points en Titre.III. de la présente Partie.

Paragraphe.II. Persistance théorique du droit pénal

1030.- Dès lors que quiconque appartenant au personnel soignant commettrait un acte ayant pour conséquence directe, mais toutefois non intentionnelle, d'entraîner la mort du malade en fin de vie, la responsabilité de ceux-ci pourrait être regardée sur un plan répressif²⁰⁶⁰. Ainsi, si « la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence, ou encore un manquement à une obligation de sécurité (en l'espèce pourrions-nous envisager la double obligation pré-citée de moyen ainsi que de résultat) ou de prudence imposée par la loi » a eu pour conséquence d'entraîner la mort, alors la personne pour laquelle le fait devient dès lors imputable, pourra être tenue responsable d'homicide involontaire aux termes de l'article 221-6 du Code pénal. En l'espèce, la disposition légale prévoit que le fait relevé comme causal doit avoir un lien direct avec la mort de la personne malade. Il conviendrait, lors de l'enquête instructive, de faire émerger un lien de causalité direct entre le fait et l'effet de mort²⁰⁶¹. Une telle hypothèse emporte nombres de difficultés dès lors que le personnel soignant a respecté l'ensemble du protocole juridico-médical auquel il était soumis. Depuis le 22 avril 2005, l'hypothèse de l'homicide involontaire semble parfaitement limité au regard des applications de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Dès lors, et ce afin d'affirmer qu'il ne pourrait être porté atteinte à la qualification pénale, nous suggérons que la manifestation de l'atteinte au corps serait le seul moyen homogène de faire émerger un droit commun de l'atteinte à l'intégrité de la personne²⁰⁶², ayant entraîné la mort.

1031.- Entre parenthèses, rappelons que si les fondements légaux ne semblent pouvoir s'opposer à l'incrimination d'une personne au titre de sa qualité de sujet de droit privé, la personne morale pourrait également être reconnue responsable pénalement aux termes de l'article 221-7 du code pénal. Cette hypothèse nous rappelle à quel point, dès lors que le personnel soignant, dans le cadre de son activité de soins, a commis, sous couvert d'une directive interne au service, un acte relevant d'un critère d'émergence du droit pénal, alors ceux-ci ne pourraient être inquiétés personnellement, au titre de leur qualité de sujet de droit individualisable. Ainsi, retenons que la responsabilité pénale de la personne morale ne concernera que restrictivement les institutions hospitalières ayant commis volontairement des

²⁰⁶⁰ Voir S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di ronte alla fine della vita*, op. cit., pp. 87-91.

²⁰⁶¹ Voir notamment P. Mistretta, *La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ?*, in *JCP* 2002, I, 149. L'auteur considère que ce lien de causalité est parfaitement artificiel et « insaisissable ».

²⁰⁶² S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di ronte alla fine della vita*, op. cit., p. 91.

actes dans l'organisation générale de leurs services. De tels exemples sont bien rares, tant la responsabilité individuelle des personnels soignant serait recherchée. En effet, c'est bien la responsabilité individuelle qu'il s'agirait de relever tant l'intention de commettre l'acte *est* individuelle.

1032.- Pourtant, malgré la persistance d'une relation *intuitu personae* dans le cadre pénal, le mouvement de *déresponsabilisation* engagé en matière disciplinaire ainsi qu'en matière civile semblerait s'être globalisé, et ainsi concerner le domaine pénal²⁰⁶³. La banalisation de la *mort facile*, celle du soulagement égoïste, trouverait ses racines dans une philosophie conséquentialiste typique de l'ère contemporaine²⁰⁶⁴.

Section.II. La déresponsabilisation pénale des médecins sur le fondement du droit médical

1033.- Partant d'une déresponsabilisation légale sur fondement d'allègement des conditions de la responsabilité des personnes morales à l'origine d'un acte occasionnant un délit non intentionnel, le droit médical aurait permis une transposition déchargeant les médecins et établissements publics de santé pour lesquels ils exercent (**Paragraphe.I**). Ici encore, l'indemnisation standardisée suggérerait aux victimes de préférer la rencontre amiable, plutôt que la lourdeur du contentieux. L'atteinte à la personne en serait d'autant plus grande (**Paragraphe.II**).

Paragraphe.I. Dépénalisation légale et déresponsabilisation sur fond d'incrimination éventuelle

1034.- La loi du 10 juillet 2000²⁰⁶⁵, dans une certaine mesure, aurait introduit une première brèche dans le dispositif pénal permettant de soulever des cas de responsabilité pénale pour imprudence. L'exonération partielle de la responsabilité du médecin, du fait de la faute

²⁰⁶³ W. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, *passim*.

²⁰⁶⁴ Voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, *passim*. Voir encore J.-Y. Goffi, *Pour une éthique fondée sur la vertu*, op. cit. p. 53.

²⁰⁶⁵ Loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

commise par imprudence, est une première piste en vue de comprendre ce phénomène de déresponsabilisation, du fait de la « dépénalisation du droit médical »²⁰⁶⁶.

1035.- Cet allègement procèderait d'abord de la distinction entre causalité directe et causalité indirecte. Non exclusive au droit pénal applicable en matière médicale, cette distinction paraît d'autant plus essentielle en l'espèce. En effet, c'est au moyen du lien de causalité que le juge pourrait considérer si le médecin, ou tout autre professionnel de santé, a agi directement dans le processus de mort, ou en dehors d'une action qui aurait immédiatement causé la mort. Cette distinction serait donc *a priori* fondamentale²⁰⁶⁷ dans la mesure où elle permettrait de déresponsabiliser d'office celui dont l'acte aurait une cause indirecte, répondant au seul abandon de tout *acharnement thérapeutique*, entraînant une accélération du processus de mort, dans le respect des modalités de la loi du 22 avril 2005.

1036.- Les imprudences simples ne sont pas réprimées, l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal opposant la situation de celui qui cause directement un dommage mortel, à celle de celui qui le causerait incidemment²⁰⁶⁸. Cette disposition semble en effet alléger conséquemment la faute de celui qui « crée ou contribue à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » ou qui n'a pas « prévu les mesures permettant de l'éviter ». En matière médicale, il pourrait s'agir de la situation favorisant la survenue de la mort, lorsque les circonstances de l'état initial de mourant seraient propices à favoriser celle-ci. Notons que l'état initial est essentiel dans l'appréciation du lien de causalité.

1037.- Cependant, l'activité médicale serait intrinsèquement propice à ce qu'un médecin crée une situation dangereuse. Il ne serait considéré comme auteur indirect²⁰⁶⁹ seulement s'il ne réagissait pas de façon adéquate face à une telle situation. Or, le critère des connaissances

²⁰⁶⁶W. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, op. cit, p. 3.

²⁰⁶⁷Pour une position contraire, voir P. Conte, *Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence*, in *D.* 2004, juris, p.1336 ; *Droit pénal spécial*, Litec 2007, n° 70. P. conte considère en effet que « *c'est une plaisanterie à l'usage des glossateurs à l'imperturbable sérieux* ». Selon P. Mistretta, *La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ?*, préc., 149., la causalité est un « concept insaisissable que le pénaliste croit appréhender et saisir à l'instant même où il disparaît ».

²⁰⁶⁸ Art. 121-3 al 4 du Code pénal : « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

²⁰⁶⁹C. cass. crim., 16 janvier 2007, *Bull.* n° 8, *RSC* 2007, p. 530, obs. Mayaud ; *Droit pénal* 2007, comm. 49 ; *JCP G* 2007, I, 187, obs. M. Véron.

acquises de la science semble opposer un véritable mur infranchissable dans l'appréciation de l'incompétence du médecin. D'aucuns disent que pour comprendre en une seule fois la transmission d'un diagnostic, il est nécessaire d'assimiler dix ans d'études ayant été poursuivies par le médecin. Voilà pourquoi, bien souvent il ne s'agirait d'ailleurs que d'une appréciation en interne. Les juges quant à eux ont retenu une définition plus étroite de la faute indirecte²⁰⁷⁰ ; le rôle causal de leur imprudence est toujours indirect, l'aléa thérapeutique jouant ici son rôle exonérateur : une imprudence créant toujours une situation dangereuse, « les causalités directe et indirecte ne [peuvent] être distinguées »²⁰⁷¹ en matière pénale médicale.

1038.- Si l'éventualité de la responsabilité pénale semble palpable, de trop nombreuses raisons bénéficient au médecin qui, sans être devenu *thanatophile*²⁰⁷², serait tout de même dans une situation bien plus confortable dans l'accompagnement à la mort, les grâces du législateur lui permettant de voir largement *déresponsabiliser sa tâche dans le domaine pénal*, en raison de la nature même de l'exercice de son art. C'est en reconnaissant que le médecin exerce un difficile métier, pour lequel il se doit de combiner le respect tout à la fois des causes individuelles, pour lesquelles il s'oblige dans la continuité des soins²⁰⁷³, mais aussi des causes d'ordre public, pour lesquelles il se doit d'honorer la règle de droit prohibant de donner volontairement la mort²⁰⁷⁴, que le législateur aurait souhaité alléger les effets secondaires de nature juridique, sans oublier pour autant ses victimes, par ricochet de l'acte médical mortifiant.

Paragraphe.II. L'ordre public en concurrence avec les tribulations de l'indemnisation-réparation

1039.- Comme dans le cadre des responsabilités professionnelle, administrative et civile, la responsabilité pénale ne saurait échapper à la déresponsabilisation du fait des « nouvelles » méthodes de règlements amiables des conflits. Ceci paraît d'autant plus aberrant dans un

²⁰⁷⁰ Voir par exemple, C. cass. crim., 13 février 2007, *Bull. Crim.*, *JCP G* 2007, II, 10107, note P. Mistretta ; I, 187, note M. Véron.

²⁰⁷¹ W. Wester-Ouisse, *Dépénalisation du droit médical*, op. cit, p. 5.

²⁰⁷² Voir une approche critique sur le permis de tuer : F. Violla, *Licence to kill ? Mon nom est Thanatos (...)* *Eu Thanatos*, *Revue Droit et Santé*, n° 40, pp. 175-176.

²⁰⁷³ Art. R. 4127-77 du Code de la santé publique.

²⁰⁷⁴ Art. R. 4127-38 du Code de la santé publique.

domaine qui ne traite ni de près ni de loin de l'indemnisation. Et il pourrait nous être reproché de croire que l'indemnisation serait assimilée à la sanction. Or, en réalité, c'est en décourageant par la loi justifiant l'euthanasie passive que le législateur attenterait le mieux à l'action pénale. Et, en soutenant qu'il serait toujours possible de relever un préjudice, en dehors de toute faute, il parviendrait à opérer un glissement de la responsabilité pénale vers la déresponsabilisation conduisant à ne regarder que la seule indemnisation. Le législateur a permis le contournement et l'évitement de la poursuite judiciaire, par la création de modes alternatifs de règlements des conflits dans le domaine médical en 2002²⁰⁷⁵. La loi instaure un procédé de transaction suite aux accidents médicaux, permettant aux patients d'obtenir une indemnisation rapide, par l'intercession d'une compagnie d'assurances, ou des acteurs ONIAM et CRCI²⁰⁷⁶. Cette nouvelle voie semble d'autant plus attrayante qu'elle permettrait de ne plus avoir à prouver le dommage, l'expertise étant directement réalisée par les organismes compétents ; de plus elle serait rapide et permettrait d'obtenir une réparation qui semblerait devenir la seule préoccupation d'une responsabilité-indemnisation.

1040.- Le sujet de droit serait écarté de la responsabilité au profit d'une responsabilité désincarnée, matérialisée. Afin de protéger au mieux le mourant, tout en protégeant les praticiens d'une responsabilité systématique²⁰⁷⁷, le législateur semble avoir mis en demeure d'indemniser plus que de trouver un responsable. Et la responsabilité pénale n'échapperait pas à la règle, sauf lorsque l'atteinte démontrerait manifestement une volonté criminelle, en l'absence de quelque forme d'altruisme tel que considéré dans le droit Suisse. Une telle observation ne devrait pas pourtant être interprétée comme permettant d'admettre la systématisation de l'acte euthanasique par altruisme, celui-ci ne pouvant être qu'exceptionnel²⁰⁷⁸, et d'une certaine manière dans un cadre intime et secret, sans exemplarité, à l'image d'un acte religieux.

²⁰⁷⁵L. 1142-14 s. du Code de la santé publique, issu de la loi du 30 décembre 2002, préc.

²⁰⁷⁶La mesure est particulièrement alléchante lorsque seule l'indemnisation pécuniaire devient prioritaire, *a fortiori* quand la victime principale est morte et que ce sont les ayants droit qui agissent. En effet, la procédure amiable est sans aucun frais d'expertise à la charge du requérant. Cependant il apparaît un réel danger éthique et métaphysique de l'oubli de la faute car une telle solution amiable est acquise en l'échange de l'abandon des actions en justice.

²⁰⁷⁷Réintroduction de la faute lourde prouvée par la loi de 2002 ainsi qu'adjonction de l'art. L. 1142-1 I du Code de la santé publique des cas de responsabilité sans faute *désincarnées*.

²⁰⁷⁸Voir en sens contraire les dérives de systématisations telles que la Belgique en connaît aujourd'hui où des kits *euthanasiques* prêts à l'emploi sont vendus en pharmacie et peuvent être obtenus par un médecin sous 24 heures après consultation du requérant ; rapportée dans la *Revue médicale suisse*, 6 mai 2005 ; voir D. Manai, Les droits du patient face à la biomédecine, op. cit., p. 224.

Section.III. De la *dépersonnification* de la responsabilité à l'anthropomorphisation de l'indemnisation

1041.- C'est en guise de prologue à *l'indignité de la mort à l'hôpital* qu'il conviendrait de révéler le triple mouvement théorique et philosophique justifiant l'abandon de la responsabilité des personnes physiques que sont les personnels soignants, et personnes morales, à savoir les établissements publics de santé pour le compte desquels ils exercent. Cette réflexion ne saurait donc être exclusive à la matière pénale applicable au domaine médical, quand bien même elle s'y intègre parfaitement dans la mesure où c'est ici que se révèle le mieux la gravité d'une telle conception de l'abandon de la responsabilité.

1042.- Ainsi, partant du sujet de droit, il y aurait rationalisation extrême de celui-ci, sous la forme de l'hypothèse d'une indemnisation systématique, assimilant le sujet à la chose dont il bénéficie en tant que réparation (**Paragraphe.I.**). Une telle conception se justifierait sur le fondement de l'incapacité du subjectivisme idéaliste, en réalité du réalisme objectif, à saisir la vérité du dommage, et ainsi à faire en sorte de rationaliser la chose indemnisable en s'éloignant de la prétention à réparer²⁰⁷⁹ (**Paragraphe.II.**). Toutefois, les insuffisances d'une telle conception, authentiquement idéaliste, suffiraient à faire émerger la nécessité de *re-humaniser* la chose indemnisable, ce qui serait encore le fruit d'un idéalisme (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. Du sujet-personne à la chose indemnisable

1043.- Pour des raisons de lisibilité, simplifions à l'extrême : réparer, c'est tenter de remettre en l'état initial, avant que le dommage n'ait dégradé. Cette première approche procéderait d'une conception aristotélicienne de la responsabilité, regardant la situation sous l'œil d'une égalité objective, sans nivellement artificiel des critères d'appréciation. Une telle responsabilité se focalise sur la volonté d'agir, eu égard à l'intention qui l'anime²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁹ L'indemnisation est possible à partir d'une évaluation des dommages. C'est l'article annexe 11-2 du Code de la santé publique qui fait mention des barèmes relatifs aux accidents médicaux et l'évaluation des taux d'incapacité qui en résultent.

²⁰⁸⁰ V. J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit, pp. 109 s.

1044.- La conception moderne de la responsabilité juridique, quant à elle, ne la distinguerait pas fondamentalement de la responsabilité morale, en ce sens que le critère d'évaluation de l'imputation ne reposerait pas sur une distinction nette entre l'éthique et une loi extérieure et idéale, comme il a été vu chez Kant²⁰⁸¹. Dans cette perspective, il existerait bien *deux justices*. Le juge devrait répondre de ces deux là, au nom, comme repris chez Thomas²⁰⁸², d'une distinction entre la *loi naturelle* qui est proprement morale, et le *droit naturel* qui est la justice juridique²⁰⁸³. Autrement dit, la responsabilité ne serait qu'une spécification de conceptions morales idéales sous-jacentes, relevant d'un droit naturel ne regardant que les applications organiques de l'être, en suggérant que ce qui est métaphysique et sous-jacent à l'ordre naturel, *derrière* celui-ci, serait bien trop insaisissable pour permettre de faire émerger une règle commune. Il s'agirait donc d'une responsabilité relativement consensualiste, comme vue chez Rawls²⁰⁸⁴.

1045.- En revanche, évaluer, appliqué au domaine médical en particulier²⁰⁸⁵, ce serait estimer l'atteinte empiriquement, sans pour autant la relativiser à la situation personnelle de celui qui serait concerné. Autrement dit, l'état du mourant serait bien l'objet de l'appréciation quantitative, mais ne serait regardé que *a posteriori*, et non *a priori* des critères de l'évaluation. Il ne s'agirait donc pas de considérer l'état initial, mais de prendre l'appréciation quantitative comme état initial idéal, et de l'appliquer à un état concret de l'instant, celui en l'occurrence du mourant. L'évaluation a donc vocation à mesurer, quantifier et caractériser trois éléments qui se complètent, afin de dégager une solution. Il s'agit tout d'abord d'une situation, celle du mourant, en disant dans quelle mesure il l'est. Puis d'une entité, le plus souvent une douleur physique ou morale, mesurée au regard d'une approche résiduelle du *pretium doloris*. Enfin, c'est à partir des deux premiers éléments qu'il s'agira de mesurer un résultat admissible, à savoir le montant possiblement attribué. L'évaluation ne présuppose donc pas en réalité le respect de règles de droit sous-jacentes, tout au plus une appréciation de critères regardés pragmatiquement, consensuellement²⁰⁸⁶, à l'aune d'une moyenne relative à des données communément admises. L'évaluation serait en ce sens le domaine de prédilection

²⁰⁸¹ *Ibid.* Voir S. Goyard-Fabre, op. cit.

²⁰⁸² V. Saint-Thomas d'Aquin, *Summa Theologia*, Ia IIae, q. 90 s. et IIa IIae 27 s.

²⁰⁸³ J.-M. Trigeaud, *Ibid.*, pp. 118 s.

²⁰⁸⁴ Voir en ce sens son approche de philosophie politique J. Rawls, *Libéralisme politique*, trad. C. Audard, PUF, Paris, 1995, p. 347 notamment.

²⁰⁸⁵ Il existe en effet une pléthore d'évaluations possibles, applicables à des domaines très variés allant de la *biodiversité* à la psychologie, des politiques publiques à l'entreprise.

²⁰⁸⁶ Cette approche semble s'être imposée à l'heure du quantitativisme démocratique.

des statistiques, adaptées aux données acquises de la science lorsqu'il s'agira de regarder la situation de celui qui souffre.

1046.- Il convient donc de répondre à une lecture idéaliste, normant les conditions d'existence dites normales au regard des données empiriques qui serviraient de préalables existentiels ; les données acquises de la science. L'empirisme, originellement déterministe, serait en ce sens rationalisme, dès lors qu'il s'appuierait sur la notion de dignité, éthique, afin de redonner une perspective *pseudo* philosophique²⁰⁸⁷ à la *personne*, en la réintroduisant au texte légal. Les faits, au premier plan, renverraient le droit à un rôle second qui l'obligerait à devenir « maître des faits grâce à l'égalité »²⁰⁸⁸. L'égalité serait justifiée en ce sens par la notion même d'obligation, entendue chez Kant et toute philosophie néo-kantienne, comme la dignité elle-même. La dignité ne se distinguerait donc pas de l'un à l'autre dans ses modalités visibles.

1047.- Pourtant, considérer l'obligation sous cet angle forcerait le juriste à ne la désigner qu'extérieurement, par le fait saisissable, au moyen de la raison empiriste et phénoménologique, et non celle intellectuelle et intuitionnelle. Seule cette dernière entendrait la dignité sous l'angle de l'obligation, comme témoignage de la *personne*, comme partie intégrante de la *personne*, témoignant « du rattachement de l'homme au divin. »²⁰⁸⁹. Il s'agirait de la *personne* enracinée dans sa fonction, celle qui déborde de sa qualité de *sujet*, *sub jectum*, celui-ci entaché de sa qualité de *soumis à l'ordre du plus haut*.

1048.- L'assimilation du « semblable et du commun »²⁰⁹⁰, typique d'une appropriation consensuelle des termes faisant le droit, autoriserait toutes les simplifications contractuelles : il en serait ainsi d'une contractualisation de la santé, masquant en réalité celle de la *personne* ; non pas celle du sujet de droit, puisque celui-ci serait ouvertement objet de contrat en vue de se prémunir préventivement de l'atteinte : à son intégrité, à sa dignité, idéalement définis par la loi ; mais à la *personne* profonde et indicible.

1049.- C'est sur la bonne conscience d'une *philosophie politique du contrat social* que nul mourant ne saurait échapper au bien fondé de l'appartenance à un modèle préalable, ayant

²⁰⁸⁷ Pour une approche qui entend l'éthique de la fin de vie fondée sur la vertu, non pas au sens aristotélicien, mais kantien, d'inspiration luthérienne, voir J.-Y. Goffi, *Pour une éthique fondée sur la vertu*, préc., pp. 142-150, in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, op. cit. pp. 50-53.

²⁰⁸⁸ J.-M. Trigeaud, *Ibid*, p. 143.

²⁰⁸⁹ *Ibid*, pp. 203-204.

²⁰⁹⁰ *Ibid*, p. 206.

épuré la nature imparfaite²⁰⁹¹. *L'épuration serait totale, distinctive, et donc discriminatoire. Elle exclurait, subjectivement, tout ce qui n'est pas mourant pour mieux protéger ce qui le serait, tout aussi subjectivement.* La *personne* serait ici assimilée au seul sujet de droit, et ses imperfections, qui font toute sa richesse ontologique, conduiraient à un droit positif se justifiant sur le fondement d'une éthique commune et semblable à la fois²⁰⁹². **C'est parce que la personne est imparfaite que le droit positif idéaliste se devrait de niveler, pour son bien, ses aspérités qui rendraient plus difficile une approche objective.** Or toute responsabilité considérée sous l'angle d'un nivellement de la matière insaisissable de l'*être* conduirait à *re-naturer*, par une démarche d'objectivisation idéalisante. Le dommage lui-même serait personnifié, idéalement, pour justifier que la dignité ne soit jamais évincée. Et il en serait ainsi non plus d'un objectivisme, mais d'une objectivisation, c'est-à-dire le passage du sujet à l'objet-sujet. La *personne* n'apparaîtrait plus, même à l'arrière plan d'un droit positif qui la totaliserait, et il ne resterait dès lors qu'une chose d'apparence humaine.

Paragraphe.II. Le passage de la réparation à l'évaluation, la négation du tout au profit de la partie

1050.- La dénegation de la *personne* indicible, au profit du concept de mourant, aurait pour effet de consacrer le passage de l'appréciation du sujet eu égard au dommage, à l'appréciation du dommage en lui-même, eu égard des données subjectives, idéalistes en leur fondement théorique. Il s'agirait donc du passage du sujet de la chose, à la chose comme objet-sujet d'elle-même.

1051.- Cette désincarnation de l'indemnisation serait soutenue par une forte propension à recourir à des méthodes d'indemnisation privées, assurances et autres organismes à caractère administratif, véritables entreprises de l'Etat. Il s'agirait d'une rationalisation de la santé poussée à l'extrême, sous forme de politiques publiques, aux termes d'une mission de service

²⁰⁹¹ Voir en ce sens les propositions du *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, préc., relativement à la possibilité d'une législation sur le droit à mourir : s'inspirant des théories de Mme Suzanne Rameix, maître de conférence au département d'éthique médicale à la faculté de médecine de Créteil, la commission entend énoncer, sans réellement légitimer une liberté sous forme de droit-crédence à demander à mourir rappelant qu'en « se formulant comme un droit-crédence, le droit à mourir fait peser sur tous le devoir de rendre effectifs les moyens nécessaires à sa réalisation. Le droit à mourir ferait partie de ces dettes que chacun contracte avec chaque tiers aux termes du contrat social. ». Partie II, chap. I, C.

²⁰⁹² *Ibid*, p. 204.

public, sous l'apparence du généricisme de la solidarité nationale. En désubstantifiant la responsabilité, l'indemnisation deviendrait substance elle-même de la cause nationale.

1052.- *Le procès incarnait la justice.* Il laisserait désormais la place à l'accord amiable ; or il n'aurait d'amiable que le nom, attendu que les conditions de l'indemnisation seront également contractuelles. Pire encore, un tel contrat conduirait, au demeurant, à permettre tout renoncement à une quelconque action en justice. Et dans le domaine, l'appréciation n'appartient qu'à la seule partie *pseudo* étatique²⁰⁹³ qui est seule, sans contradictoire autre que soumise à elle-même, ainsi que seule à proposer les conditions de l'appréciation. **Il s'agirait, d'une forme de contrat sous condition potestative²⁰⁹⁴, ce qui constitue une atteinte manifeste à la participation de la *personne* à ce qui la concerne en premier dans l'appréciation de son dommage.** Il s'agirait donc d'une rétroaction de la condition au jour de la conclusion du contrat de soins dans la mesure où la loi oblige le mourant, ou ses ayants droit à accepter les termes de l'indemnisation, malgré *un autre droit de l'indemnisation*²⁰⁹⁵. Pourtant, cette atteinte ne serait pas aussi manifeste qu'il y semblerait, la volonté d'indemniser, avant toute judiciarisation, procédant d'une atteinte ayant mutée ; le patient ne se considérant plus réellement, selon le législateur et les différents rapports produits par le CCNE²⁰⁹⁶, comme un justiciable, mais comme un consommateur de soins, citoyen de sa santé²⁰⁹⁷. C'est par le critère consumériste que l'objet de l'indemnisation se *re-humaniserait*.

Paragraphe.III. De la chose à l'humanisation de la chose

1053.- Au nom d'une politique de *re-humanisation* de l'indemnisation, les assurances n'ayant pas pour mission d'apprécier la *personne*, mais la chose qui leur est soumise, ayant donc assimilé la *personne* à la chose, l'Etat aurait prévu, à partir de 2002, de *re-annoblir* l'indemnisation.

²⁰⁹³ ONIAM, CRCI, etc.

²⁰⁹⁴ Voir J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., pp. 254-255.

²⁰⁹⁵ Voir en ce sens la position du Conseil d'Etat en entorse à la loi de 2002, au sujet d'une possible action en responsabilité civile complémentaire à celle devant l'ONIAM. CE.

²⁰⁹⁶ Voyons notamment la naissance de la notion de consommateur de soins, patient désireux d'être responsabilisé face à ses choix dans l'avis n° 63 du CCNE, préc.

²⁰⁹⁷ La notion de citoyen fut très à la mode lors de la rédaction de la loi de 2002, et semble implicitement consacrée dans la loi de 2005, le législateur ayant introduit la possibilité du refus de tout acharnement thérapeutique comme fondement de l'expression d'une volonté de « laisser mourir ».

1054.- C'est en ce sens que l'accord amiable serait avancé comme l'enjeu à caractère humain de la bonne intention de la *déjudiciarisation* de la réparation. Pourtant, l'excès de *déjudiciarisation* conduirait nécessairement à la juridicisation²⁰⁹⁸.

1056.- Le juge se trouverait incapable de distinguer ce qui relèverait de la faute morale et de la faute juridique. Et c'est la loi elle-même qui en porterait la responsabilité²⁰⁹⁹. Le juge serait donc, en toute innocence, ou ignorance, conduit à condamner un comportement moral ne relevant pas d'une question de capacité juridique, afin de justifier d'une incapacité qui serait *a priori*, et qui n'aurait plus besoin de l'alibi juridique. Ce serait la seule bonne conscience à protéger, à n'importe quel prix, quitte à empiéter sur une *liberté* absolue, et dès lors ignorée.

1057.- Le législateur imposerait une fois de plus l'incapacité présumée du mourant comme fondement d'une protection excessive. Il présupposerait du risque d'égarement spirituel, très à la mode dans la société de la laïcisation-négation du devoir être de l'être, pour créer un devoir-être simple, comme vu chez Kant. Il préserverait alors le mourant d'un enfer intuitif, mal guidé, puisque reposant sur un subjectivisme irrationnel, et dont le sens métaphysique serait impossible à coordonner avec les exigences de la vie en société.

1058.- Une telle approche renvoie à la faute métaphysique *relativiste* que Descartes identifie en préconisant d'éviter de fonder le droit positif sur celle-ci. Inversant les critères, faisant de la partie le tout, Descartes entend dénoncer une métaphysique fautive, car nécessairement réfractaire à la vérité scientifique, refusant de s'aligner sur elle qui est plus réaliste²¹⁰⁰.

1059.- Le contrat social serait donc le seul moyen de donner au mourant l'assurance d'être considéré pour ce qu'il est, un mourant, à l'exclusion de toutes les imperfections de sa personne sous-jacente et nécessairement fautive depuis sa chute. Il devrait être redignifié et seul le droit le pourrait objectivement.

1060.- Or, il ne se cacherait derrière cela qu'une volonté de *déresponsabiliser* l'Etat, tout en rationalisant les pratiques médicales aux moyens des mêmes grilles de lectures qui permettent

²⁰⁹⁸ Le nombre exponentiel d'affaires portées devant les tribunaux depuis les lois de 2002 en est la preuve.

²⁰⁹⁹ J.-M. Trigeaud, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁰⁰ *Ibid*, p. 78.

l'appréciation de l'indemnisation. C'est toute l'illusion d'une responsabilité pour *faute de moyens* qui tomberait pour en réalité une obligation de résultat déguisée. L'obligation de moyen serait en vérité antinomique et antithétique, procédant d'un droit exclusivement analytique et conséquentialiste²¹⁰¹. Le droit de l'obligation serait la cause de tous les maux de la *déresponsabilité* ; en tant que construction, il ne pourrait avoir d'autre raison d'être que d'atteindre un objectif. C'est le sens même de tout rationalisme assimilé au raisonnement²¹⁰².

1061.- Pourtant, il serait parfaitement injuste de reconnaître une obligation de résultat aux médecins. La seule résistance en serait l'impossibilité ontologique à opposer à l'activité médicale un but à atteindre, tout au moins serait-il admis une obligation de sécurité en la matière. Cette obligation semblant impossible à imposer, c'est la médecine elle-même qui se l'attribuerait, de manière absolutiste et générale, sur le fondement des critères scientifiques des données acquises de la science. C'est par la référence à l'*imperfection ontologique* que le corps médical entendrait objectiver sa pratique, afin de donner l'illusion d'une science exacte, mais couverte par le risque, par l'aléa, lorsque le danger de la responsabilité referait surface. C'est en reconnaissant l'imperfection humaine, que la médecine de laboratoires, celle-là même qui entend dicter le droit aux juristes²¹⁰³, réintroduit cette notion *humaine*, pour la prendre comme prétexte de son imperfection pratique. Elle récuserait alors le transcendant de la *personne* en référence à un néo-empirisme de la personne-humaine-chose-scientifique, et remettrait à plus tard, lors de la mort, cet *autre possibilité* d'une *personne* avant le sujet de droit phénoménologique²¹⁰⁴.

1062.- Il s'agirait de la consécration d'une certaine administration de la mort, d'une gestion administrative de celle-ci, par souci de quantitativisme de l'*être*, au nom de raisons économiques. Le règne de la quantité serait parvenu jusque dans l'inquantifiable de l'*être* qui meurt, sans l'oublier pourtant, en apparence. C'est en imposant de *re-humaniser* la chose qu'est l'indemnisation, en lui donnant visage humain, que le législateur justifierait d'avoir abandonné la *personne*, notion jugée bien trop abstraite. Il se garantirait alors de toute critique en la réintroduisant dans les textes, en faisant systématiquement référence à son humanité ; c'est en ce sens qu'il ne s'agirait plus de la *personne* en premier, mais de l'indemnisation,

²¹⁰¹ *Ibid*, p. 89.

²¹⁰² *Ibid*, p. 90.

²¹⁰³ Voir C. Labrusse-Riou (dir), *Le droit saisi par la biologie : Des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1998, *passim*.

²¹⁰⁴ J.-M. Trigeaud, op. cit., *ibid*, p. 78.

assimilée, en tant que chose, à la *personne*, dans un mouvement d'anthropomorphisation de celle-ci.

Conclusion Titre.II

1063.- Bien que le législateur ait, en quelque sorte, consacré une approche vouée à saisir l'humanité de l'homme en lui attribuant des droits quantitatifs en leur essence, permettant d'indemniser, le plus largement, et pacifiquement, les préjudices nés de l'activité médicale, la déresponsabilisation des professionnels et établissements publics de santé qui en résulte apparaît être une atteinte particulièrement grave quant aux droits de la *personne*. Derrière la bonne intention apparente de ne laisser les victimes ni perdre espoir ni se décourager face à la fois à la lenteur des procédures d'indemnisation juridictionnelles, mais aussi à l'insatisfaction que peut engendrer la relaxe d'un médecin ayant tout de même reconnu avoir pratiqué des actes assimilable à une forme euthanasique, le législateur, en introduisant une professionnalisation de l'indemnisation, a conduit à essayer d'anéantir toute volonté d'agir devant les juridictions compétentes.

1064.- La responsabilité, thème classique du droit administratif et du droit civil, serait en ce sens atteinte au cœur, en lui reconnaissant une forme d'inutilité, en suggérant que le seul intérêt ne résiderait en réalité que dans son aboutissement, à savoir l'obtention d'une réparation assimilée à l'indemnisation. Et une telle vision de la responsabilité serait d'autant plus grave lorsqu'elle affecterait la responsabilité pénale, dont la seule vocation est la sanction, indépendamment de toute indemnisation. Car, en décourageant même d'intenter une action en responsabilité pénale, et en imposant l'idée selon laquelle l'acte d'euthanasie *passive* constituerait la « belle mort », le législateur pousse son raisonnement jusqu'à l'hypothèse d'une mort dont la dignité même serait systématisée par la loi. Et en ce sens, il y a lieu, selon l'attitude suivie jusqu'ici dans la présente recherche, de dénoncer une authentique cause d'indignité.

Titre.III.De l'indignité du *mourir à l'hôpital*

1065.- Malgré toutes les prétentions du législateur, des comités d'éthique, des acteurs animés des meilleures intentions, l'ensemble des conditions légales et réglementaires afférents à l'accompagnement du mourant sembleraient présupposer du caractère potestatif du contrat hospitalier de soins soumis à la loi. C'est ainsi que la dignité martelée ne saurait être effective, et seules les nombreuses initiatives privées, indépendantes de toute directions pré programmées, permettraient de *dignifier* le mourant, voir même de lui *rendre sa dignité*. Car celui-ci, dans la période *in extremis* à la mort, et dont la durée est parfaitement impossible à déterminer, serait mis à l'épreuve de la souffrance, sa volonté en particulier devant lutter contre toutes les tentations de succomber à la facilité (**Chapitre.I.**). C'est dans une approche purement physique de la douleur que résiderait la première tentation (**Chapitre.II.**), ne laissant guère plus de liberté lorsqu'elle se ferait psychique et *psychanalytique*, ne déguisant qu'un peu plus joliment la dénégation de la dignité première (**Chapitre.III.**). C'est dans l'évaluation rationnelle de la douleur que prendrait racine de telles justifications (**Chapitre.IV.**), le droit positif, qui s'en manifesterait, codifiant les notions de conscience et de volonté afin d'objectiviser la souffrance (**Chapitre.V.**). Dès lors, la nécessité réelle d'une approche de droit positif, consacrant l'actualisation des *droits premiers* de la *personne*, finirait de la nier, car ne reposerait plus que sur les droits idéalisés du sujet de droit mourant (**Chapitre.VI.**).

Chapitre.I. La période *in extremis* de l'*ante mortem* : la volonté à l'épreuve de la souffrance

1066.- La personne arrivée aux portes de la mort serait ici en quelque sorte systématiquement considérée comme *incapable*, et ce par un double souci de protection : d'une part quant à elle-même ; d'autre part quant à la responsabilité de ceux qui « l'ont sous leur garde ». La dépersonnification du mourant, sous l'impulsion d'une objectivisation-rationalisation de ses droits, conduirait en effet à ne considérer la personne humaine, avant tout, uniquement sous l'angle de l'objet. Les données acquises de la science serviraient de point d'appui théorique suffisamment pertinent, en vue de saisir la *personne* toute entière ; ce qu'il y a de *choséifiable* en elle en réalité²¹⁰⁵. Il s'agirait de spécificités matérielles faisant d'elle bien plus un objet de droit qu'un sujet, niant le rapport transcendantal²¹⁰⁶ de l'*être* à la chose qui fait être l'*être* dans l'ordre de la manifestation que la *personne* actualise.

1067.- Dans le droit, nécessairement positif, qui dit ce qu'est l'objet de la chose ou du sujet référentiel qui s'y rapporte, le caractère insaisissable de l'*être*, propre à la manifestation singulière qu'en est la *personne*, ne serait visible que dans la terminologie faisant état de la dignité, mais aussi de l'intégrité. Ce vocabulaire rappellerait combien la *personne* est avant tout manifestation incarnée de la vie, et que le caractère sacré de celle-ci appelle nécessairement que mention soit faite du respect de principes directeurs. Toutefois, il apparaît que la seule mention des principes ne suffirait pas à garantir leur respect (**Section.I.**). De plus, si la mention se contentait de renvoyer au principe plus élevé dont elle dépend, il conviendrait au juge d'interpréter en équité²¹⁰⁷. Pourtant la loi définit, y compris la souffrance (**Section.II.**).

²¹⁰⁵ Voir J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 157.

²¹⁰⁶ *Ibid.*

²¹⁰⁷ Voir O. A. Ghirardi, *Le raisonnement judiciaire*, op. cit. ; ou encore Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit, pp. 13 s.

Section.I. La loi, objet de sa propre protection

1068.- Le verrouillage des principes fondamentaux protégeant la personne humaine procéderait de l'enferment de ceux-ci, par la protection de la loi par la loi. C'est en affirmant ce que seraient les principes, rationnellement et empiriquement, que la loi se garantirait le mieux son aptitude à protéger la *personne*, en se protégeant elle-même, avant tout, d'une éventuelle requête contre ses insuffisances. C'est cette attitude là qui confondrait obligation morale et obligation juridique, faisant peser sur la responsabilité morale un caractère juridique. En moralisant le droit, le droit opèrerait une objectivisation de la *morale*. Ce serait tout l'enjeu d'une *bioéthique* qui rendrait incapable le mourant, avant même qu'il n'en fut déclaré tel quel, préventivement, au cas où un dommage résulterait d'une incapacité non présumée, et imprévisible.

1069.- Cette tentative de rationalisation de l'aléa se retrouverait dans l'accompagnement effectif des derniers instants de la vie. Ceux-ci seraient par hypothèse plus sensibles, exposeraient plus encore la personne à ses propres limites. C'est ici qu'il serait le plus judicieux de la qualifier de mourant *stricto sensu*, car, lui laisser quelque largesse en continuant à la qualifier plus largement de *personne* équivaldrait à prendre le risque de lui laisser la jouissance d'une authentique autonomie-*liberté* de la volonté. Or, loin de nier toute approche métaphysique de l'*être*, l'idéalisme conséquentialiste et néo phénoménologique contemporain verrait dans cette *liberté*, sous-jacente à toutes les libertés qu'il dessine, le gage des irrationalités ayant fait l'objet des méfiances cartésienne et kantienne²¹⁰⁸. Au contraire, en bornant son autonomie, le mourant aurait la *liberté* qu'il mérite, compte tenu de ses aptitudes²¹⁰⁹. Cette incapacité *présumée* se renforcerait encore un peu plus lorsque l'imminence de la mort serait là, pour correspondre au mieux à ce que la *personne*-mourante serait à ce moment là.

²¹⁰⁸ Voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit. p. 78. Descartes renversant l'ordre des choses en accusant l'approche métaphysique d'être bien trop *décalée* eu égard à celle scientifique, ne pouvant correspondre à son *exactitude*. Voir également S. Goyard-Fabre, *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon KANT*, op. cit. Le critère kantien de l'impératif catégorique suffirait à lui seul à révéler l'idéalisme du droit. Dans l'incapacité de conjuguer obligation-responsabilité morale, et obligation-responsabilité juridique, en raison du caractère insaisissable et donc inutile du critère eidétique comme « fondement de la métaphysique des mœurs », Kant préfère une confusion qui moralise le droit, et ainsi objectivise celui-ci.

²¹⁰⁹ Voir en ce sens les développements de C. Neirinck, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, op. cit., pp. 39 s.

Section.II. La personne est souffrante²¹¹⁰

1070.- La douleur l'emporterait sur la raison. C'est en concentrant tous ses efforts d'objectivisation de la *personne* que le législateur considère la seule appréciation de la *personne* par la personne²¹¹¹, au moyen de son unique raison. Cette limitation de nature axiologique conduirait à tous les excès qui abuseraient de la *personne* elle-même. En niant la subjectivité de la personne, comme représentant un danger contre elle-même, l'idéalisme juridique se trouverait contraint de continuellement établir de nouveaux critères rationnels propres à repousser les limites transgressées par l'intuition la plus profonde qui ne pourrait s'éteindre face à la raison, ni aux critères existentiels. En ce sens l'exemple de la souffrance suffirait à illustrer le propos. Elle ne saurait se limiter à la seule raison et siègerait plus profondément dans les raisons d'être, là même où Pascal voyait que « le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point. »²¹¹².

1071.- Or, contre toute attente d'un idéalisme explicitement négateur de la subjectivité de la *personne*, il apparaît un législateur consacrant la primauté de la volonté de celle-ci, allant jusqu'à lui concéder, à l'encontre d'un avis médical en apparence contraire, le droit de pouvoir abrégé ses souffrances²¹¹³. En apparence, car en réalité le même médecin trouverait dans cette autonomie du mourant, non pas sa liberté d'exercer son art, mais sa libération d'une obligation de soins, sur le fondement légal lui permettant d'abrégé la vie sur le fondement de la souffrance impossible à soulager autrement que par l'excès médicamenteux. La réappropriation de la *personne* par le concept de mourant paraît totale. La personne serait alors elle-même un concept, et sa seule formulation justifierait de spécifier tous les droits s'y rattachant. Il pourrait s'agir à s'y méprendre de la réintroduction du critère subjectif au sein

²¹¹⁰ La souffrance est un thème récurrent en philosophie notamment, voir J. Russier, *La souffrance*, PUF, 1963, ou encore en psychanalyse, voir *La douleur et la souffrance psychique*, Revue française de psychanalyse, T. 55, n° 4, 1991, pp. 797-1049., ou encore en sociologie, J. Foucart, *Sociologie de la souffrance*, De Boeck, 2003., mais aussi en anthropologie : M. Fromaget, *Naître et mourir : anthropologie spirituelle et accompagnement des mourants*, F.-X. de Guibert, 2007. En revanche, la matière juridique semble délaisser la souffrance pour ne renvoyer que plus indirectement à celle-ci par le biais de la loi. Il s'agira de la loi de 1999 sur l'accompagnement palliatif, de celle de 2005 contre l'acharnement thérapeutique, et de manière sous entendue dans l'interprétation des dispositions relatives aux atteintes à l'intégrité du corps humain, par la torture par exemple. Toutefois la jurisprudence civile a pris en compte la réparation du préjudice né de la souffrance sous le terme de *pretium doloris* : voir Trib. corr. de la Seine, 5 mai 1965, *JCP G* 1965, 14332, note P. Esmein. ; voir encore C. cass. 2^{ème} civ. 9 décembre 2004, *RCA* 2005, n° 50, note Groutel.

²¹¹¹ Elle reste sans guillemets car elle est sujet de droit, mais reste la notion personne car est revendiquée comme telle.

²¹¹² B. Pascal, *Pensées*, éd Gallimard, coll. Folio classique, 1977, p. 251.

²¹¹³ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique.

même de la notion positive de mourant ; comme s'il s'agissait de redonner vie à un corps inerte.

1072.- Pourtant, ceci ne serait qu'apparences funestes dans la mesure où cette réintroduction n'équivaudrait tout au plus qu'à l'introduction d'un critère contractuel humaniste ; une véritable *re-anthropomorphisation* de la *chose à caractère humain* que serait le mourant. Tous les espoirs de bien mourir étaient là, mais la « belle mort » appartiendrait en réalité à un tout autre ordre de *droits premiers* ; chronologiquement considérés²¹¹⁴, ils seraient ceux de la primauté de la science médicale sur celle du droit²¹¹⁵, celui-ci devenant *biodroit* et niant par là la *loi naturelle* qui lui servait de référence²¹¹⁶.

1073.- Les enjeux du « laisser faire » dépendent donc de la préservation du bien être et de l'ensemble des protocoles de garantie de la poursuite d'une existence, le tout dans un calcul de proportionnalité rendant le plus équitable possible le respect de la volonté. Comprenons que les enjeux pratiques, thérapeutiques, relèvent plus que jamais des fondements théoriques des principes de l'état de nécessité²¹¹⁷, de proportionnalité, d'égalité ainsi que du respect de la volonté dans l'expression du consentement de la personne. Ces droits, en apparences antagonistes, ou tout au moins pouvant engendrer un conflit d'intérêts, se doivent pourtant d'être conjugués dans un présent qui pour la *personne* va sceller son existence.

1074.- Ici, le consentement dépendrait de sa propre conception de la notion de conscience, largement débattue sur le plan du droit médical²¹¹⁸, comme critère de la vie²¹¹⁹, plus encore que dans le choix de la personne de confiance, ou encore dans le choix thérapeutique. Si l'objectif crucial est de *dignifier* la mort, nous explorerons les rouages d'une gestion

²¹¹⁴ Par opposition aux droits premiers métaphysiquement fondés, qui n'appartiennent à aucune chronologie, en tant qu'ils sont invariablement les mêmes. Voir J.-M. Trigeaud, *Droits premiers*, op. cit., *passim*.

²¹¹⁵ Si la primauté de la personne semblait inscrite encore à la loi de 1994, malgré l'aval du Conseil constitutionnel, celle-ci ne semblerait pas effective en pratique : voir C. Labrusse-Riou, *Le droit saisi par la biologie : Des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, pp. 141 s. La main mise du droit médical sur le droit de la personne procéderait de la main mise du médical sur le droit, de la *bioéthique* sur le droit devenant *biodroit*, C. Labrusse-Riou, *ibid*, p. 128 par exemple.

²¹¹⁶ La loi naturelle et non pas le droit naturel, la distinction étant particulièrement apparente chez Thomas d'Aquin ; voir J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit., pp. 78 s.

²¹¹⁷ Art. 122-7 du Code pénal.

²¹¹⁸ Sur le plan du droit positif, mais aussi de la jurisprudence, notamment celle du Conseil d'Etat ; et enfin sur le plan de la doctrine où les dissensions entre le discours médical et le discours juridique occasionnent des affrontements théoriques réanimant l'opposition entre empirisme atomiste et réalisme métaphysicien.

²¹¹⁹ L'absence de conscience peut conduire à considérer deux états qui s'opposeraient sur le plan des conséquences de nature juridiques. D'une part la personne pourrait être considérée comme encore vivante stricto sensu en état végétatif chronique. D'autre part elle serait « morte » lorsqu'elle se retrouverait en état de mort cérébrale.

administrative faisant tour à tour et conjointement intervenir personnels médicaux, famille²¹²⁰, institutions juridique et judiciaire et enfin Etat, en sa fonction législatrice mais également et plus surprenant que cela puisse paraître en sa fonction régaliennne. Partant de la souffrance au-delà de la dignité (**Paragraphe.I.**), il s'agirait de dégager un droit commun de la souffrance (**Paragraphe.II.**). Celui-ci se heurterait à la difficulté de sa recombinaison idéaliste, procédant d'une approche pluridisciplinaire (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. D'abord, la prise en compte de la souffrance au-delà de la dignité

1075.- Il conviendrait de ne pas s'arrêter à la seule loi de 1999 relative aux soins palliatifs, introduisant la prise en charge institutionnalisée de la douleur. Cela dériverait d'une erreur manifeste d'appréciation sur l'étude de ce qui fait mal, de ce qui crée un désordre chez l'homme, ce qui lui cause une souffrance. Le terme même de souffrance présuppose une longue évolution, partant de ce qui est dépassé, et allant jusqu'à ce qui est subi²¹²¹. De tout temps, sans pour autant généraliser à toutes les traditions, le rôle du médecin a été de soulager la souffrance, d'essayer de *rétablir l'ordre*²¹²². De l'approche de philosophie classique de la souffrance (**A.**), il ne resterait aujourd'hui plus que de minces indices hédonistes (**B.**).

A. Pour une philosophie classique de la souffrance

1076.- Philosophiquement, trois conceptions semblent s'opposer.

1077.- L'hédonisme, en tant que théorie éthique, affirme que le bon et le mauvais résident en définitive dans le plaisir et la douleur. Cette approche dialectique de la souffrance en fait une

²¹²⁰ Entendue au sens le plus large que le droit puisse lui accorder.

²¹²¹ Le terme souffrance viendrait de *sub ferre*, signifiant littéralement ce qui est en dessous de ce qui se porte. L'état de souffrance serait donc celui de ce qui est une condition inférieure de l'être par rapport à sa situation usuelle. Il s'agirait donc soit d'un état supporté et dépassé, intérieurement par méditation ou prière, comme le préconisent indistinctement toutes les traditions à caractère religieux ou non ; ou bien un état subi pour lequel l'intervention extérieure est rendue obligatoire.

²¹²² Nous ne développerons pas plus en détails ce point, néanmoins très intéressant, sur la conception même de la médecine, et donc du soin. Notons juste que certaines médecines, particulièrement celles venant d'orient, ne soignent pas, mais préviennent la venue du mal ; lorsque celui-ci apparaît, le médecin doit avouer alors qu'il a commis une faute dans la mesure où il n'est pas parvenu à maintenir l'équilibre global de l'être, son harmonie. Il s'agit par exemple de l'énergie vitale, celle que l'on nomme le *Qi* dans la médecine traditionnelle chinoise.

quête de l'évitement par la connaissance de celle-ci. C'est à son point ultime, dans la connaissance de ce qu'il y a de plus élevé dans la *personne*, que l'hédonisme pur se révélerait, permettant le dépassement de toute souffrance. Cette approche se retrouve aisément chez un Augustin d'Hippone²¹²³ ou encore chez un Thomas d'Aquin²¹²⁴ dans une forme d'hédonisme chrétien, étant l'hédonisme véritable, car menant au plaisir le plus profond et le plus durable, dans la contemplation de Dieu. Cette approche de la souffrance salvatrice, incarnée dans le Christ, se retrouverait à un autre niveau dans la doctrine islamique, considérant que la douleur est ce qui met à l'épreuve la foi, la rendant plus vive, plus intense, permettant à la *personne* de s'élever plus encore dans sa proximité à Dieu²¹²⁵.

1078.- Les épicuriens, quant à eux, mettent l'accent sur la prévention de la souffrance plus que sur la poursuite du plaisir. Profondément marquée par son matérialisme et son atomisme, l'épicurisme considère que le plus grand bonheur consiste en un état de tranquillité ou ataraxie. Afin de l'atteindre, il convient d'abord d'être exempt de douleur et à l'abri des ennuis qu'entraîne la poursuite ou les conséquences du plaisir. Ainsi le seul plaisir est privilégié dans le rejet de toute souffrance causale, l'épicurisme professant que, pour éviter la souffrance, il faut éviter les sources de plaisir qui ne sont ni naturelles ni nécessaires²¹²⁶.

1079.- Pour le stoïcisme, le plus grand bien réside dans la raison et la vertu. Rationaliste, la doctrine stoïcienne entend moraliser l'éthique grec des *idées* de Platon. L'idéal stoïcien de la paix de l'âme s'atteint à travers une forme d'indifférence au plaisir et à la souffrance : une *apathie*. Il s'agit d'une maîtrise de soi, devant même les pires douleurs, mais qui se différencie parfaitement de toute tradition orientale et extrême orientale par son approche exclusivement psychique de la douleur, contre toute *méta psychè*²¹²⁷.

²¹²³ Tel fut notamment l'un des objets de la controverse ayant opposé Augustin à Julien d'Éclane ; voir notamment P. Brown, *La vie de Saint-Augustin*, Seuil, Paris, 2001, p. 513.

²¹²⁴ L'approche de la souffrance chez Thomas est relative au Christ incarné ; il la développe dans la *tertia* de sa *summa* en rappelant que Dieu s'est incarné dans la *personne* du Christ qui a souffert de sa chair, pour les hommes, afin de montrer la voie de la vie éternelle. *Summa theologia*, III, qu. 1-59.

²¹²⁵ L'approche de la souffrance en islam occupe une place toute particulière. Certains commentateurs considèrent que le terme même de souffrance donnerait sa racine au mot *soufisme*, traduction incorrecte de la doctrine ésotérique islamique *at-taṣawwuf*. C'est dans la souffrance, en référence à la place du soufre qui dissout chez les hermétiques, que la personne trouverait l'essentiel de ce qui fait ce qu'elle est, au-delà de sa volonté propre d'être. Cette approche est très présente chez Al Ghazali, ou encore Ibn Ata Ala, ou plus récemment chez Martin Lings. Voir aussi pour une approche plus contemporaine dans son écriture, D. Boubakeur, *Douleur et souffrance dans l'islam*, www.mosquee-de-paris.net.

²¹²⁶ Voir en ce sens Epicure, *Lettre à Ménécée*, P.-M. Morel, GF Flammarion, Paris, 2011. Cette doctrine se retrouve revendiquée notamment chez Marx.

²¹²⁷ Les approches hindou, zen et za zen contribuent à faire de la souffrance un viatique dépassé, opérant afin d'atteindre le nirvana qui n'est ni apathie ni atharaxie.

1080.- La souffrance devrait renvoyer donc nécessairement au fondement éthique du droit, à sa dimension premièrement métaphysique, avant d'être physique. Pourtant, d'une conception de la souffrance dépassée, ou en tout état de cause dépassable, par l'effort de l'esprit qui s'en libère, l'homme serait entré dans l'ère de la souffrance subie, où tout effort de l'esprit serait vain compte tenu que celui-ci limiterait sa cause à la seule rationalité²¹²⁸.

B. Souffrance et assimilations *euthanasiques*

1081.- L'approche contemporaine de la souffrance renvoie le plus souvent à l'euthanasie, comme si la seule question de l'abrègement des souffrances par la promesse de « belle mort » pouvait résoudre toutes les causes de la souffrance²¹²⁹. Ajoutons que lorsque le débat sur l'apaisement des souffrances²¹³⁰ se porte sur la voie de l'euthanasie, la justification en est systématiquement le recours à la notion de dignité. Depuis sa consécration constitutionnelle²¹³¹, celle-ci est invoquée dès que la protection de la personne humaine semble recouvrir un enjeu dépassant l'entendement rationnel ; la subjectivité idéale ayant été reléguée à un arrière plan inaccessible et inutile depuis Nietzsche, seule la subjectivité individuelle suffirait à justifier les requêtes autonomes.

1082.- L'approche réaliste révélerait que la souffrance, bien qu'évaluée au moyen de nomenclatures médico-légalo-assurentielles²¹³², demeurerait un aspect manifesté de

²¹²⁸ Voir en ce sens C. Ribau et N. Duchange, *Éléments pour une histoire des conceptions de la douleur*, 2003, Cours-médecine, 2007. L'approche strictement médicale de la question de la souffrance ne fait aucun doute quant à son approche strictement rationaliste considérant la douleur sous un angle physique comme étant traitée par l'option médicamenteuse, puis psychique, traitée par l'intervention de psychologues et psychiatres.

²¹²⁹ Le CCNE s'est saisi de la question dès 1991 dans son Avis n° 26, préc. Le comité se positionne clairement contre toute pratique euthanasique. Moins de dix ans plus tard, il rend un nouvel avis sur la question, opérant une forme de revirement : Avis n° 63, préc. Le comité prend alors le contre-pied de sa position de 1991 préconisant une « exception d'euthanasie ».

²¹³⁰ Le débat se porte automatiquement sur la souffrance elle-même, et non sur ses causes, profonde tout au moins, ce qui revient au même ; c'est-à-dire une prise en charge superficielle prenant la conséquence pour la cause, ne regardant que l'aspect physique, et le psychique est toujours physique, plutôt que les causes métaphysiques de la souffrance, avant la manifestation extériorisée. Le corps médical reconnaissant aisément d'ailleurs l'aspect somatique de la souffrance. Voir en ce sens B. Legros, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, op. cit., p. 182.

²¹³¹ Décision du Conseil constitutionnel de 1994, préc.

²¹³² Les nomenclatures d'évaluation de l'article annexe 11-2 du Code de la santé publique ont pour principal objectif l'adaptation des sommes allouées au titre d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux par les assurances qui ont au demeurant elles aussi leurs propres barèmes d'appréciation.

l'indicible, de ce qui ne se saisit pas rationnellement. C'est en ce sens que la dignité de l'homme serait nécessairement remise en question dans le cas de la souffrance du mourant.

1083.- Nulle critique ne saurait remettre en cause le fait que le débat puisse se porter sur cet ordre éthique²¹³³. Toutefois, c'est la relation à l'ordre *éthique* lui-même qui semblerait poser la question de ce qui peut être entendu *au nom de la dignité*.

1084.- S'il s'agit d'une *dignité conséquence de l'existence*, il conviendrait alors d'en dénoncer les aspects *explicatifs* et *empiriques*. Il en serait ainsi d'une dignité contractuelle, *consensuelle*, reposant sur des perceptions objectivées de l'état d'être de la *personne-mourante*, que la loi expliciterait aisément au moyen d'un rappel à la dignité droit subjectif. Elle ne serait subjective qu'au sens où il existerait une déduction à partir de dispositifs légaux éparses d'un droit subjectif à la dignité, que seuls les intervenants extérieurs médicaux et para médicaux pourraient apprécier quant à son respect²¹³⁴. La *personne* en serait quelque part exclue, sa liberté ne reposant plus que sur une appréciation guidée rationnellement.

1085.- Bien au contraire serait une *dignité objective*, reposant sur un critère réaliste, un donné commun *éthique* bien plus *large* que celui de la loi entendu en tant que droit naturel²¹³⁵. Il s'agirait d'un référentiel commun universel, où la *dignité* serait le moyen de garantir la *liberté*. La *personne-mourante* serait le début et la fin, *la tête et la queue* du souci de conserver, et non de retrouver ce qui fait son identité²¹³⁶. Sa dignité ne serait pas subjective, mais bien objective. La souffrance ne saurait affecter une telle *dignité*, en s'écartant des pré-conçus culturels et sociaux uniformisant le rapport à la mort.

²¹³³ L'éthique est très différemment abordées, et peut tout à fait succomber aux conceptions idéalistes comme réalistes. Voir par exemple, pour une approche idéaliste faisant reposer la dignité de l'homme sur ses perceptions, T. de Koninck, *De la dignité humaine*, PUF, 1995, pp. 106 s. notamment quant aux perceptions sensorielles ; ou encore P. de la Marne, *Ethiques de la fin de vie. Acharnement thérapeutique. Euthanasie. Soins palliatifs*, Ellipses, 1999, *passim*, l'auteur considérant notamment que le débat éthique impose de regarder l'extension des soins palliatifs comme annonçant un renouveau de l'art de mourir ; ou bien R. Saury, *L'éthique médicale et sa formulation juridique. Approche médico-juridique des grands problèmes de l'éthique : de la nécessité à la loi*, Sauramps médical 1991, p. 11, assimilant, en quelque sorte, éthique et morale; ou enfin J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 213 s.

²¹³⁴ J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 213.

²¹³⁵ Le droit naturel au sens d'un jusnaturalisme ayant désubstantifié la doctrine thomiste du droit naturel expression juridique de la loi naturelle, morale. Voir J.-M. Trigeaud, *L'Homme coupable*, pp. 78 s.

²¹³⁶ *Ibid.*

1086.- Si le propos est essentiellement centré sur le mourant, il serait artificiel d'omettre la souffrance reconnue des personnels soignants face à la souffrance de ceux qui meurent²¹³⁷. Toutefois, la souffrance principale est celle du mourant, causant la souffrance seconde de ceux qui accompagnent. La loi de 1999²¹³⁸ avait d'ailleurs pour objectif non seulement de structurer des services spécialisés dans l'accompagnement palliatif des mourants, mais aussi de leur famille. Ainsi, comprenons que la souffrance des premiers n'occasionnerait qu'une souffrance moindre chez les seconds, si sa prise en charge répondait aux attentes *réelles* de la *personne* dans le temps du mourir. Ce principe de réalisme répondrait en vérité à toutes les questions, singulièrement, sans complexe ni *discours de la méthode*. Car de l'assimilation des souffrances des uns des autres, c'est la négation de sa source qui conduirait à ne la traiter que superficiellement, de telle sorte que le recours à la mort provoquée, même sans intention légalement reconnue, s'imposerait comme le meilleur traitement anti-douleur. C'est donc en systématisant un droit relatif à la souffrance que les meilleures réponses possibles pourraient apparaître.

Paragraphe.II. La création d'un droit commun de la souffrance

1087.- Après les atrocités de la seconde guerre mondiale, la souffrance de l'homme a éclaté au grand jour. Le nombre des souffrants aurait ainsi justifié la création de comités d'éthiques chargés de *re-dignifier* l'homme. C'est en ce sens qu'un droit commun de la souffrance, *biodroit* procédant d'une *bioéthique*, se serait progressivement uniformisé (**A.**). Ne distinguant plus souffrance et douleur, le Code de la santé publique deviendrait l'outil privilégié de la conceptualisation de celles-ci (**B.**). La codification du soulagement, dépendant de la mission de soins des établissements publics de santé, permettrait de distinguer cette tâche appliquée aux mourants des autres types de malades (**C.**).

²¹³⁷ Voir notamment sur cette question d'un point de vue sociologique, N. Elias, *La solitude des mourants*, Bourgois, 1998. ; ou encore sur le plan psychologique, M. de Hennezel, *Malade, famille, soignants : le besoin d'accompagnement*, in *Fin de vie : le devoir d'accompagnement*, La Documentation Française, coll. Des « Rapports officiels », Paris, 2003, pp. 26-30.

²¹³⁸ Loi du 9 juin 1999, préc.

A. La bioéthique appliquée au droit à souffrir paisiblement

1088.- La question se pose sur un plan légal dès 1991²¹³⁹, puisqu'avant la loi relative aux établissements publics hospitaliers, il n'existait, pas en quelque sorte, de service public ayant pour mission de dispenser des soins palliatifs. C'était à l'état latent ; en pratique il existait des démarches d'accompagnement introduites sur le plan réglementaire²¹⁴⁰. Cependant, sémantiquement, elles se distinguaient des soins palliatifs à proprement parler. Les articles 37 et 38 du Code de déontologie médicale servaient alors de seules références à cette obligation, et encore, à compter seulement de 1995, date d'entrée en vigueur du code actuel²¹⁴¹. Celui-ci n'identifiait pas d'ailleurs de différence entre accompagnement et soins palliatifs²¹⁴², ne faisant qu'une distinction entre le soulagement *des souffrances*, physiques²¹⁴³, et *l'accompagnement*, moral ou psychologique²¹⁴⁴.

1089.- La loi du 4 février 1995²¹⁴⁵ semblerait quant à elle avoir créée une première ébauche d'un droit subjectif à la souffrance. En réalité, elle conduirait à consacrer un droit subjectif aux soins palliatifs entendus en tant que « soins actifs dans une approche globale de la personne évoluée ou terminale d'une maladie potentiellement mortelle. »²¹⁴⁶. Il s'agirait d'un prélude²¹⁴⁷ à la distinction englobante opérée dans la loi de 1999²¹⁴⁸, quant à « la nécessité de soulager les douleurs physiques ainsi que la souffrance psychologique, morale et spirituelle »²¹⁴⁹.

²¹³⁹ Loi du 31 juillet 1991, préc.

²¹⁴⁰ Voir circulaire du 26 août, préc.

²¹⁴¹ La version actuelle est le fruit de l'intégration du code au Code de la santé publique, à compter du décret du 8 août 2004 préc. ; notons toutefois que les dernières modifications sont le fruit du décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, portant modification notamment des articles R. 4127-8 relatif à la liberté de prescription, introduisant la notion de données acquises de la science, R. 4127-35 relatif aux oppositions à conserver le secret dans la transmission d'un diagnostic ou encore d'un pronostic grave, et articles R. 4127-45 et R. 4127-46 quant à la transmissibilité entre professionnels de santé des données issues du dossier médical. Indépendamment de ces remarques, notons que l'article R. 4127-92 a été purement et simplement abrogé à l'issue de cette réforme. Nous reviendrons sur cette réforme et les motivations sous-jacentes compte tenu de la teneur de l'ancien art.

²¹⁴² Tout comme il est possible de le retrouver dans des textes postérieurs et pourtant contemporains de la loi dite sur les soins palliatifs de 1999 ; voir en ce sens L. Neurwith, *Pour une politique de développement des soins palliatifs et de l'accompagnement*, Les rapports du Sénat, n° 207, 1998-1999.

²¹⁴³ Art. 37 du Code de déontologie médicale.

²¹⁴⁴ Art. 38 du Code de déontologie médicale.

²¹⁴⁵ Loi n° 95-116 portant diverses dispositions d'ordre social.

²¹⁴⁶ B. Legros, *op. cit.*, p. 260, n° 718.

²¹⁴⁷ Il existait outre la circulaire ministérielle du 26 août 1986, préc., une circulaire n° 94-3 du 7 janvier 1994, *relative à l'organisation des soins et la prise en charge des douleurs chroniques*. Voir en ce sens L. Neurwith, *Prendre en charge la douleur*, préc., p. 60.

²¹⁴⁸ Loi du 9 juin 1999, préc.

²¹⁴⁹ B. Legros, *op. cit.*, *ibid.* Le soulagement spirituel nous laisse particulièrement perplexe. Voir tout de même T. Châtel, *op. cit.*, pp. 85-90 et 94-97.

1090.- La loi de 1999, après maints débats et rapports d'études²¹⁵⁰, paraît être en ce sens un aboutissement imparfait, puisque la loi de 2002 réintroduirait la notion d'autonomie de la volonté²¹⁵¹ qui devrait être sous-jacente à la jouissance d'un droit subjectif aux soins palliatifs. Et la loi de 2002 semblant ne pas suffire, comme si l'*hypocrisie* de l'euthanasie²¹⁵² planait sur les toits de l'Assemblée nationale, la loi de 2005 aiguise un peu plus la notion de souffrance, autour de la notion d'euthanasie, imitant définitivement les voisins européens en opérant la confusion entre droit aux soins palliatifs et droit à l'accompagnement en fin de vie²¹⁵³.

1091.- En effet, le texte de la loi de 2005 évoque les soins palliatifs ainsi que l'accompagnement sans jamais réellement les définir²¹⁵⁴, restant allusive au moyen d'expressions types telles que « l'arrêt de traitement », « le refus de soins », ou de périphrases comme celles qui définirait les soins palliatifs à l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique. Ils seraient les « soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage. ». **Il n'y a rien ici qui distinguerait les soins palliatifs de l'accompagnement ; pire encore, rien ne dit en quoi consisteraient ces soins actifs.** Et la confusion serait parfaite si l'on rappelle que le soulagement par les soins palliatifs est systématiquement associé à la question euthanasique,

²¹⁵⁰ Voir par exemple l'Avis du Conseil Economique et Social, *L'accompagnement des personnes en fin de vie*, présenté par Donat Décisier, Les Editions de Journaux Officiels, séance des 23 et 24 février 1999, préc.

²¹⁵¹ Même si cette notion est propre à tout le droit contractuel car au fondement du consentement libre et éclairé des co-contractants, il n'existe pas d'obligation légale ni jurisprudentielle l'imposant, le Conseil constitutionnel ayant même rejeté l'existence d'un principe juridique en ce sens : voir C. const. décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, § 48, *JCP* 1997. 4039, n° 5, obs. Fabre-Magnan.

²¹⁵² C'est ce que certains praticiens pro euthanasie semblent dénoncer dans l'attente d'être libérés d'une certaine culpabilité peut-être ; voir en ce sens S. de Jacquelot, *Euthanasie : une proposition de loi pour « stopper l'hypocrisie »*, Le quotidien du médecin, Inf. Gén., n° 6052, 21 avril 1997, p. 15. La tendance n'aurait pas changé, l'ADMD persistant à *visage découvert* dans sa quête d'une légalisation générale et publiant en 2007 son « Livre blanc » : voir en ce sens ADMD, *Fin de vie : une nouvelle loi est nécessaire*, mars 2007, en vue de préciser les insuffisances de la loi Léonetti de 2005. Notons que ce rapport fut la conséquence de journées de réflexion auxquelles le premier intéressé Léonetti fut convié et exerça son droit de réponse en avouant l'ineffectivité de sa loi, et la nécessité de prendre des mesures afin de la rendre plus connue du grand public et des patients dans son application.

²¹⁵³ Le titre même de la loi n'évoque que les droits des malades en fin de vie, sans pour autant faire explicitement référence aux soins.

²¹⁵⁴ L'expression soins palliatifs est évoquée à dix neuf reprises dans le Code de la santé publique ; la notion d'accompagnement est quant à elle évoquée à 80 reprises. La répétition ne suffirait pas pourtant à en définir les modalités ; rappelons que la définition même des soins palliatifs suscite la curiosité dans la mesure où l'aspect moral et psychologique ne semblent pas réellement entrer dans le champ de compétence des personnels soignants, et ce constat est bien plus justifié encore relativement à l'accompagnement destiné à soulager spirituellement...

renvoyant encore aux difficultés liées à l'incrimination. **Peut-être même que cette association droits des mourants et droit pénal se justifierait par l'incapacité des biothéoriciens à saisir l'isthme-personne entre droit privé et droit public, autrement qu'en ne voyant le droit pénal comme le pont assurant la jonction des incertitudes entre les deux.** Le droit privé ne sachant pas répondre à toutes les distinctions du mourant, dans l'ordre du droit public, et inversement, le droit public ne pouvant pas même par les droits de l'homme donner une lecture effective de la personne singulière, seul le droit pénal servirait la cause des certitudes, car il serait le seul à être d'interprétation stricte. D'un côté des soins actifs répondant aux causes de droit privé et de droit publics, et soumis à l'incertitude ; de l'autre, l'interdiction de toute euthanasie active, et la consécration d'une euthanasie passive²¹⁵⁵, entre droit privé et droit public, et répondant à la certitude²¹⁵⁶. C'est en ce sens que nulle distinction serait opérante.

B. Les incertitudes liées à l'absence de distinction des notions

1092.- Le Code de la santé publique évoque pêle-mêle la souffrance et la douleur²¹⁵⁷. Toutefois, la distinction de l'une à l'autre ne servirait pas réellement à étoffer le propos, et nous nous proposons d'employer le plus souvent le terme de souffrance comme semblant être *génériquement* adéquat à décrire de quoi il s'agit ; toutefois le terme de douleur s'imposera de lui-même en certaines occasions.

1093.- Partant du physique, la souffrance s'étend au domaine psychique et engloberait notamment la détresse morale²¹⁵⁸. Elle devrait être entendue comme persistant jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de vie²¹⁵⁹. La souffrance serait identifiable, dans toutes ces revendications, à l'apaisement, au soulagement des maux physiques, couvrant alors les déchirements de l'âme. C'est la loi du 22 avril 2005 qui va consacrer la prise en charge de la souffrance sous l'angle de l'immédiateté, privilégiant le soulagement des souffrances du malade sur celles de l'assistance morale de la personne.

²¹⁵⁵ Voir la confusion dans *Dossier Fin de vie : réflexion éthique*, op. cit.

²¹⁵⁶ Voir par exemple la position rappelant la stricte qualification de meurtre ou d'assassinat chez V. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, Cujas, 6^{ème} éd., 1984, n° 448, p. 572. De plus, cette position est soutenue de longue date par la jurisprudence de la Haute Cour : C. cass. crim. 22 juin 1837, S., 1837, I. 465, préc.

²¹⁵⁷ Il y a six références faisant état de la souffrance, et seize de la douleur. Notons que la souffrance impliquerait une douleur plus profondément encrée dans l'esprit de celui qui s'attache à en comprendre les enjeux.

²¹⁵⁸ Art. R. 4127-37 du Code de la santé publique.

²¹⁵⁹ G. Mémeteau, *Le droit médical*, Litec, Paris, 1985, n° 442, p. 291.

1094.- Pourtant, le *pretium doloris* est *a priori* la réparation des préjudices moraux²¹⁶⁰ nés de la souffrance physique, en ce sens qu'il se définirait comme « le prix de la douleur », « apprécié en tenant compte à la fois de la douleur physique et du « retentissement psychologique » ressenti par la victime »²¹⁶¹, réunissant les douleurs physiques et psychiques résultant de la « conscience de la gravité des atteintes »²¹⁶².

1095.- C'est en ce sens que l'une ou l'autre des atteintes ne pourraient être distinguées dans le cadre de leur réparation²¹⁶³. Retenons qu'en tout état de cause, le mourant ne pourrait être exclu de cette réparation, *a fortiori* lorsqu'il serait en état végétatif chronique²¹⁶⁴, le juge lui reconnaissant *une capacité à la souffrance*²¹⁶⁵. L'article R. 4127-37 du Code de la santé publique oblige le médecin à soulager le malade en toutes circonstances. Cette obligation est d'un double ordre : physique et moral.

C. Le soulagement des mourants : une mission spécifique

1096.- Le soulagement est physique lorsqu'il s'agit essentiellement de procurer un soutien médicamenteux. Il s'agit de noter que le Code de la santé publique prévoit expressément l'usage des produits visant à soulager les souffrances, dans la mesure où leur usage doit être strictement réglementé, compte tenu de la très haute dangerosité de ceux-ci. C'est la *cinquième partie* de la partie réglementaire, intitulée *Produits de santé* qui régit l'ensemble des usages des produits de nature à entrer dans le champ médical. Une réelle évolution a opéré dans ce domaine, conduisant à une forme de banalisation de l'usage de produits encore récemment considérés comme illégaux ou *quasi* illégaux. Notons par exemple que l'arrêté du 9 août 1991, *portant application de l'article R. 5203 du code de la santé publique dans les établissements mentionnés à l'article L. 577 du même code*, fut abrogé par l'arrêté du 31

²¹⁶⁰ Voir notamment C. cass. 2^{ème} civ. 9 décembre 2004, préc.

²¹⁶¹ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 427, n° 1583. Voir encore Trib. corr. De la Seine, 5 mai 1965, préc.

²¹⁶² Voir C. cass. 2^{ème} civ. 9 décembre 2004, préc.

²¹⁶³ *Ibid.*

²¹⁶⁴ Voir en ce sens CA de Versailles 30 juin 1987, *JCP* 1988, IV, 148 ; CA de Bordeaux, 18 avril 1991, *D.* 1992, jur. p. 14, note S. Gromb ; *D.* 1992, somm. p. 274, obs. J.-L. Aubert, préc. ; CE 24 novembre 2004, préc.

²¹⁶⁵ Ceci laisse perplexe lorsqu'on sait qu'en état végétatif chronique la personne est aux portes de l'inconscience si elle n'y est pas déjà plongée ; en tout cas dans une inconscience de son existence physique. Voir en ce sens S. Gromb, *De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation*, *Gaz. Pal.* 1991, 2, doct. p. 326.

mars 1999, *relatif à la prescription, à la dispensation et à l'administration des médicaments soumis à la réglementation des substances vénéneuses dans les établissements de santé, les syndicats interhospitaliers et les établissements médico-sociaux disposant d'une pharmacie à usage intérieur mentionnés à l'article L. 595-1 du code de la santé publique*, afin de faciliter l'usage de produits jusqu'alors considérés comme stupéfiants. Il en était ainsi de la morphine et de tout les produits morphiniques pour lesquels les médecins avaient quelques réticences dans l'usage aux fins de soulagement, en raison des risques de poursuites pénales²¹⁶⁶.

1097.- Si la France a longtemps été en retard dans le traitement de la douleur²¹⁶⁷, elle semblerait aujourd'hui avoir rejoint ses voisins européens²¹⁶⁸. Preuve en est la systématisation du traitement médicamenteux de la douleur, quelle qu'elle soit, de sa plus faible intensité à la plus extrême²¹⁶⁹. La souffrance physique trouverait ses réponses dans les fondements même de la généralisation du refus de l'*acharnement thérapeutique*, ou abandon de toute obstination déraisonnable²¹⁷⁰.

1098.- La loi du 22 avril 2005 aurait donc opéré une véritable révolution en la matière, rendant non seulement possible, mais au surplus obligatoire, l'emploi de traitements dans l'intention de soulager la souffrance, même s'ils risquent d'abrèger la vie²¹⁷¹. Il s'agirait d'un droit subjectif. Le critère physique, empirique, semblerait avoir conquis l'intégralité de l'approche juridique de la souffrance²¹⁷², la loi ayant consacré l'« exception d'euthanasie ». Pourtant, faut-il le rappeler, elle oblige le médecin à soulager également sur un plan moral.

²¹⁶⁶ Voir B. Legros, *Les « Droits » des malades en fin de vie*, pp. 240 s. Désormais, c'est l'art. R. 5132-5 du Code de la santé publique, issu du décret 2012-597 du 27 avril 2012, *relatif à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé*, qui renvoie directement à l'usage des médicaments à caractère stupéfiant.

²¹⁶⁷ Voir par exemple H. Delbecq, *Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie*, Ministère des Affaires Sociales de la Santé et de la Ville, préc., pp. 49 s.

²¹⁶⁸ Voir notamment INPES, *Patients atteints de maladie grave ou en fin de vie, Soins palliatifs et accompagnement*, Programme de développement des soins palliatifs 2008-2012, mai 2009.

²¹⁶⁹ Société d'étude et de traitement de la douleur, *La douleur en questions*, Ministère de la santé et de la protection sociale, novembre 2004, pp. 60 s.

²¹⁷⁰ Si l'abandon de toute obstination déraisonnable aurait pu conduire à diminuer l'usage médicamenteux, son caractère exclusivement curatif n'a pas eu d'effets sur l'usage à des fins sédatives et préventives. Le soulagement fait donc appel à une autre forme d'acharnement médicamenteux par l'usage de toutes les solutions possibles. L'article L. 112-4 du Code de la santé publique obligeant le médecin en ce sens là.

²¹⁷¹ L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique faisant mention légale de l'obligation d'informer le mourant de cet effet secondaire d'un ultime traitement visant à soulager ses souffrances.

²¹⁷² Ce sur quoi nous reviendrons lorsqu'il s'agira de considérer la prise en charge de *la douleur physique en premier* au Chapitre.II. du présent Titre.

1099.- Le soulagement moral ne retiendrait l'attention du corps médical²¹⁷³ qu'au second plan, après le soulagement physique dont il semblerait dépendre²¹⁷⁴. D'ailleurs l'intervention à visée médicamenteuse serait ici aussi le remède le plus souvent employé²¹⁷⁵.

1100.- La prise en charge strictement morale des mourants opposerait de sérieuses résistances compte tenu, une fois encore, de la présomption d'incapacité pesant sur celui-ci. Dès lors, considéré comme inconscient par insouciance, ou encore étant dans un état d'inconscience effective, le mourant n'aurait pas réellement la chance d'être pris en charge sur un plan moral²¹⁷⁶. La non-intervention des psychologues se justifierait par la simple observation consistant à s'avouer inutile à redonner de l'espoir à celui qui va mourir. **La souffrance serait ici partie intégrante de l'être**, véritable souffrance originelle, souffrance d'exister. Cette conception schopenhaurienne suffirait à justifier le *rien-faire* sur un plan moral, considérant que le seul fait d'exister serait une souffrance.

1101.- Toutefois, si l'approche qui a pu faire de la souffrance une voie de rédemption semble appartenir au passé²¹⁷⁷, les voies religieuses concernées, toutes confondues, offriraient des perspectives toutes autres. La lutte contre la souffrance ne saurait donc se limiter à des solutions empiriques et rationalistes d'évaluation normée, mais pourrait tout au contraire permettre à l'ensemble des acteurs, dans le cadre d'un accompagnement médical, de s'orienter dans un voie *nouvelle*²¹⁷⁸ d'accomplissement d'une obligation métaphysique et éthique de *fraternité*, contre toute solidarité artificielle obligeant extérieurement la *personne* à agir, sous la forme d'impératifs légaux.

²¹⁷³ Les juges quant à eux accueilleraient plus largement la réparation de la douleur morale ou psychique, née de la souffrance physique sur le fondement du *pretium doloris*.

²¹⁷⁴ La rationalisation de la personne mourante aurait nécessairement pour corollaire la rationalisation de la personne en tant que sujet insaisissable. Ceci aurait pour effet de minimiser la souffrance psychique en avouant s'en charger sur un plan empirique par l'emploi de traitements complémentaires de ceux destinés à soulager les maux du corps.

²¹⁷⁵ Anxiolytiques et antidépresseurs sont bien souvent utilisés lorsque la personne peut encore exprimer sa détresse. Toutefois, l'emploi de tels produits pose encore la question de la conscience, de la capacité de la personne à pouvoir jouir du confort de la vie, de sa disponibilité d'esprit. De tels produits auraient facilement pour conséquence de lourds effets de somnolence. Voir en ce sens M. Tavernier, *Les soins palliatifs*, PUF, Que sais-je ?, n° 2592, 2000, p. 107 s.

²¹⁷⁶ Voir notamment la position de Salvatore Amato considérant que s'il existe un devoir de soigner, celui-ci se prolongerait dans le devoir d'accepter la mort pour respecter la vie ; le soin est minimum, et dépasse toute conception objective ou subjective de la santé. S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di ronte alla fine della vita*, op. cit., pp. 39-52.

²¹⁷⁷ Voir notamment J.-C. Dhôtel, *Souffrir pour le Christ*, in *Christus. Approches de la souffrance. Passion et compassion. Accompagner celui qui meurt. La souffrance des pauvres*, ihs, n° 152, octobre 1991, p. 435.

²¹⁷⁸ Ou un retour vers une voie plus antique.

1102.- Ces observations conduisent donc à noter **deux perspectives**. D'une part, l'approche de la souffrance est nécessairement pluridisciplinaire, faisant appel aux différentes conjectures de la science médicale, des conditions juridico-légales et des avis de comités. D'autre part, il s'agirait de révéler l'intégration du traitement de la souffrance comme objet de *biodroit*, par la systématisation de son appréciation aux moyens de dispositifs empiriques, dans la négation d'un état normal de l'être. L'état normal serait celui du bien portant, celui qui n'est pas malade et n'a pas besoin d'un autre statut que celui de sujet de droit.

1103.- Accepter la souffrance ne devrait pas être compris comme le fait de devoir la vivre sans aucune intervention vouée à la soulager. En cette dernière hypothèse, il s'agirait d'une sorte de devoir être de l'*être* à supporter le mal sans y opposer de résistance comme il aurait cour dans certaines pratiques extrêmes de méditation par la souffrance.

1104.- Non, il s'agirait plutôt d'un encadrement particulier, singulièrement adapté dans ses modalités médicales, reposant sur les principes sous-jacents à l'*être* qui ne s'abandonne pas à son éviction du débat sur son devoir être, sans pitié²¹⁷⁹. Il s'agirait d'une éthique médicale prenant le référentiel sous-jacent à la *personne* pour point de départ et pour point d'arrivée, en n'instrumentalisant jamais la protection de la *personne* pour en faire une conséquence plutôt qu'une cause²¹⁸⁰.

Section.III. Une difficile approche rendue nécessairement pluridisciplinaire

1105.- C'est en sécularisant une approche consensuelle de la souffrance que l'obligation pluridisciplinaire se serait imposée (**Paragraphe.I.**). La médicalisation de la mort procédant de la technologisation des moyens d'accompagnements à la mort, les personnels soignants et autre professionnels para médicaux seraient *a priori* les mieux qualifiés pour dire ce dont ont besoin les mourants (**Paragraphe.II.**). Toutefois, il ne s'agirait pas d'omettre la capacité de la famille, ainsi que de la personne de confiance, quand elle s'en distingue sur le plan effectif, à rendre compte de ce qu'est la souffrance de leurs proches (**Paragraphe.III.**). L'objectif assigné à cette démarche consensuelle étant de permettre de dégager un droit commun de la

²¹⁷⁹ Voir S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di ronte alla fine della vita*, op. cit., p. 55.

²¹⁸⁰ Il s'agirait pourtant de la tendance moderne à tous les débordements conséquentialistes prenant la souffrance pour une conséquence de la maladie, plutôt qu'un élément intrinsèque à la maladie.

souffrance, la place des comités d'éthique, au premier rang desquels le CCNE, serait primordiale et fondamentale (**Paragraphe.IV.**) en ce sens qu'elle participerait, ou tout au moins serait conjointe à l'existence d'une doctrine *biojuridique* qui, quant à elle, serait affectée d'une scission de nature théorique assez nette pour qu'elle justifie la remise en cause totale de la démarche pluridisciplinaire à caractère consensuel (**Paragraphe.V.**).

Paragraphe.I. Pluridisciplinarité et consensualisme démocratique

1106.- La pluridisciplinarité serait intrinsèque à la démocratie sanitaire. C'est l'article L. 1112-4 du Code de la santé publique qui oblige les établissements publics de santé à « mettre en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs que leur état requiert, quelles que soient l'unité et la structure de soins dans laquelle ils sont accueillis. » Pourtant cette obligation semble difficile à mettre en pratique lorsque la personne meurt dans un service non spécialisé dans l'accompagnement des mourants²¹⁸¹. Le plus souvent, « on meurt seul à l'hôpital. »²¹⁸². Cela veut dire que bien qu'au centre des débats sur la fin de vie, le mourant demeure parfaitement ignoré, délaissé, la loi de 2005 étant bien souvent reconnue comme inefficace, mal appliquée, laissant donc de profondes lacunes dans la prise en charge effective par les personnels soignants²¹⁸³.

1107.- Pourtant la loi prévoit de nombreuses dispositions favorables à la collégialité des décisions²¹⁸⁴. Celà suggère que le mourant, qui participe dans la mesure de ce qui lui est possible à ces collègues décisionnaires, soit réellement entouré. Pourtant les faits révéleraient

²¹⁸¹ E. Ferrand et ali, *Enquête nationale SAR-Samu 94, hôpital Henri-Mondor* ; 74 % des cas de décès surviendraient dans des services ne disposant pas de procédure spécifiques quant à l'accompagnement des mourants. Et si parmi ceux-là, certains cas ne pouvaient être considérés comme ceux dont la mort était prévisible des suites d'une longue maladie, notons que les prises en charge effectives en soins palliatifs dénotent de l'importance du travail à accomplir encore aujourd'hui. Seulement 17% des patients auraient été interrogés quant à la prise en charge par une équipe de soins palliatifs, et 12% en auraient effectivement bénéficié.

²¹⁸² E. Favereau, *On meurt seul à l'hôpital*, Libération, 23 septembre 2005.

²¹⁸³ Voir SFAP, *Dossier Fin de vie : réflexion éthique*, www.sfap.org., p. 26

²¹⁸⁴ La collégialité suggère donc la participation polymorphe d'acteurs concernés par le bien être du mourant. Il s'agirait tout autant des professionnels de santé que la famille, la personne de confiance, et toute personne jugée à même de porter des informations sur la volonté de la personne alors inconsciente, ou toute personne chargée d'accompagner moralement, spirituellement le mourant. Voir notamment les articles L. 1111-4 et L. 1111-13 du Code de la santé publique. Notons que le terme même de « collégiale » est présent à 28 reprises dans le Code de la santé publique ce qui laisse supposer l'importance de la participation conjointe des différents acteurs médicaux.

une toute autre situation. La collégialité resterait dans les seuls instants du choix d'accepter un traitement, de le refuser de faire cesser celui-ci. Le mourant serait alors effectivement accompagné, mais pour le seul moment de la décision²¹⁸⁵. Ce ne serait qu'en apparence que la multiplicité des acteurs serait requise en vue d'offrir une meilleure approche de la solution la plus favorable à celui qui ne sait pas toujours ce qu'il y a de meilleur pour lui²¹⁸⁶. En multipliant les sources, la solution pourrait apparaître plus aisément, par la profusion des données empiriques informatives.

1108.- En réalité, la collégialité pluridisciplinaire serait marquée par l'omnipotence des professionnels de santé, derniers décideurs²¹⁸⁷. Et si certains acteurs des droits du mourant estiment nécessaire de modifier les dispositions relatives à l'initiative de la procédure collégiale²¹⁸⁸, il ne s'agirait, sur un plan juridique, que de parvenir à réintroduire la place prépondérante des juristes en la matière. Seul le juriste, juge de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, et plus encore auteur de doctrine *a fortiori* philosophe du droit, se devraient d'être l'acteur principal de l'accompagnement, en ayant le dernier mot sur la décision médicale. Cette dernière ne pourrait en effet être considérée que sous l'angle du droit considérant les conséquences nécessairement juridiques qu'elle entraîne²¹⁸⁹.

Paragraphe.II. La doctrine médicale ou para-juridique

1109.- Les personnels médicaux et para médicaux seraient *a priori* les mieux formés pour soulager. Il s'agirait même de leur mission première face au mourant pour lequel les traitements curatifs semblent inappropriés.

²¹⁸⁵ Notons d'ailleurs que lorsque le Code de la santé publique fait référence à la collégialité dans le cas du mourant, c'est nécessairement relativement à une prise de décision qui semblerait opposable à celui qui ne respecterait pas une telle procédure. Devrait-on supposer qu'une telle méthode aurait pour vocation à dissoudre la responsabilité de l'un ou de l'autre dans la multiplicité des acteurs présents à la décision ?

²¹⁸⁶ Sur la gestion de la qualité de la fin de vie, voir M. Sfez, *Gestion de la qualité et des risques : comment mobiliser les acteurs ?*, in C. Deschamps, M. Sfez et P. Triadon, *Qualité et gestion des risques en établissements de santé : Gestion des risques et de la qualité*, Ed. Lamarre, 2005, pp. 69 s., l'auteur préconisant une objectivisation des éléments propres au risque, éléments identifiés par les équipes elles-même.

²¹⁸⁷ C'est ce qui est entendu au Code de la santé publique lorsqu'à l'article L. 1110-5 du code, le professionnel de santé est chargé uniquement d'informer le mourant sur les conséquences liées à la pratique des actes de l'article L. 1110-10.

²¹⁸⁸ Voir en ce sens les déclarations de Jean Luc Roméro désireux d'introduire les proches et parents des mourants à l'initiative de la procédure collégiale là où actuellement seul le médecin est compétent.

²¹⁸⁹ La seule mort ayant pour conséquence l'ouverture des droits de succession ; ou encore, la décision de ne pas suivre le refus du mourant de voir opérer un quelconque traitement ayant pour conséquence outre les recours possibles, de créer un *pseudo* jugement de déclaration d'incapacité du mourant émanant du seul médecin.

1110.- La médicalisation de la mort a profondément transformé le rapport au mourant dans la mesure où le législateur a dû intégrer les soins palliatifs ainsi que le refus de soins au corps du Code de la santé publique. Si cette intégration pourrait sembler consacrer un *droit subjectif à la souffrance*, ou tout au moins à la lutte contre la souffrance, il en serait parfaitement autrement dans l'intérêt du mourant, à l'appréciation des personnels de santé. Ceux-ci estimeraient qu'il serait nécessaire de rationaliser le droit des mourants à être soulagé. Le mourant présumé incapable devrait être objectivement protégé de lui-même avant de l'être des excès du corps médical. Seul un droit objectif le permettrait, de telle sorte qu'il serait admissible de le reconnaître assimilable à l'ensemble des droits tirés des législations entamées depuis 1986²¹⁹⁰. Toutefois, être soulagé signifie qu'il existe une obligation pour les professionnels de santé à dispenser des actes ayant pour objet de soulager²¹⁹¹.

1111.- La reconnaissance d'un droit objectif vaudrait peut-être même avant tout dans l'intérêt des personnels soignants, dans la mesure où seule une typologie médicale *quasi* normative saurait exonérer *a priori* la responsabilité des professionnels de santé, en dehors de toute faute dans l'exercice de leur fonction. Cependant leur seule présence exclurait toute approche légale de leur pratique. Car en effet, l'action de la lutte contre la douleur serait confinée dans les secrets de la profession médicale. Quand bien même la pratique serait régie par l'application des codes de déontologie, de la santé publique, de la sécurité sociale, *etc*, tous opposables aux professionnels de santé, aucun contrôle *a priori* ne saurait garantir l'exact respect des droits du mourant. Et la seule requête *a posteriori* d'un dommage ne saurait suffire à réparer une atteinte bien souvent irréversible quand elle n'est pas directement la cause d'une mort prématurée ; celle-ci étant prévue par l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, comme condition normale d'exécution de l'exercice de l'art médical.

1112.- L'atteinte à la dignité serait systématique, au-delà des limites de l'article 16-3 du Code civil, dans une extension à l'extrême de l'interprétation de la nécessité médicale. Le *principe de nécessité*²¹⁹² lui-même invitant donc à être réinterprété depuis sa base pénale

²¹⁹⁰ Toutes les circulaires ministérielles jusqu'à l'avènement de la loi de 2005. Ce qui conduirait à devoir admettre encore que le droit du mourant est tout aussi fragmenté qu'il y a trente ans.

²¹⁹¹ *Faire et être*, distinction présente chez J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit.

²¹⁹² Sa valeur **constitutionnelle** en matière **pénale**, sur le fondement des articles 5 et 8 de la DDHC de 1789, ne saurait ignorer ses extensions possibles dans tous les domaines du droit : voir en ce sens C. Const. DC 30 décembre 1987, n° 87-237 ; voir également C. Const., *Droit pénal et droit constitutionnel*, Services du Conseil constitutionnel, janvier 2007 ; ainsi que J.-H. Robert, *La punition selon le Conseil constitutionnel*, Cahiers du

jusque dans les fondements du droit médical²¹⁹³. L'accompagnement est nécessaire pour respecter la dignité du mourant, cependant la nécessité de la dignité justifierait toutes les atteintes à celle-ci. C'est en effet parce que la dignité serait entendue idéalement, comme objet de pensée de la *personne*, et non comme fondement ontologique, existentiel et réel de la *personne*, ce qui fait la personne, qu'elle ne pourrait en être autrement²¹⁹⁴.

1113.- De telles perspectives trouveraient particulièrement à s'exprimer dans le cadre de la pratique médicale, lorsque la persistance des soins curatifs, dénoncée au terme de la loi de 2005 comme obstination déraisonnable, semblerait en réalité maintenue sous la forme d'un ***acharnement au soulagement***. Celui-ci serait le résultat du prolongement artificiel de la vie, répercussion logique née dès le commencement de la prise en charge, lorsque déjà le pronostic vital engagé ne semblait pas effrayer les professionnels de santé appelés dans une mission alors encore curative. Les observations admettant la possibilité d'une combinaison des soins curatifs et palliatifs²¹⁹⁵ sembleraient être parfaitement attentatoires à la dignité de la *personne*. Le passage de l'un à l'autre est certes illusoire et théorique²¹⁹⁶, et c'est la raison

Conseil constitutionnel n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009, § 3 s. ; ou encore Journées d'études radicales, *Le principe de nécessité en droit pénal*, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012. Ainsi le retrouve-t-on également en matière **administrative** sous la forme de *l'état de nécessité*, lorsque le principe de légalité doit être compatible à l'ordre public ; voir E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, Tome I, pp. 544 s. Ici l'ordre public prime au nom d'une « nécessité sociale », comme avancée chez J. Rivero, *Libertés publiques*, Tome I, p. 189, ou encore considérant que « le pouvoir de police doit exister dans toute la mesure où il est nécessaire, [...] en raison des dangers qu'il présente pour les libertés, il n'existe que dans la mesure où il est nécessaire » comme décrit chez P. Weil, *Le droit administratif*, pp. 49-50. Principe de nécessité aussi évoqué en matière **civile** lorsque la personne est contrainte par une obligation, un droit ou un statut ; voir notamment P. Lallement, *L'état de nécessité en matière civile*, Thèse, PUF, Paris, 1922 ; voir encore R. Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil*, LGDJ, Paris, 1949, explicitant la nécessité comme « justification d'une exception à une règle obligatoire ». Voir enfin pour une parution récente, M. Troper, *Le droit et la nécessité*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 7 s., la nécessité résidant dans la contrainte, celle-ci fondée sur la distinction ordre moral, ordre juridique. Ainsi en serait-il aussi en matière **médicale** où déjà Duguït avançait que « nulle part mieux qu'en matière d'hygiène publique n'apparaissent la nécessité et la légitimité des lois soumettant la liberté à un régime de police » ; L. Duguït, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Tome III, 1921, §93, pp. 605-606. L'intervention de l'Etat dans le domaine de la liberté absolue de l'être-personne serait donc légitimée par la nécessité des lois en matière médicale, la conjonction des droits privé et public suffisant à permettre cette interprétation extensive, jusqu'à en consacrer la place d'un Etat paternaliste et défendant ses intérêts avant de défendre ceux des individus qu'il a sous sa garde, comme décrit dans le Prince de Machiavel. Voir en ce sens N. Machiavel, *Le Prince*, Gallimard/Folio, 1992, c. VI et VII.

²¹⁹³ Si le droit médical ne doit pas être vu comme « l'ennemi de la médecine » selon M. Penneau, retenons que l'extension de la nécessité en matière médicale aurait inversé les rôles, et ce serait au droit médical de craindre la médecine. Voir M. Penneau, *Cours de droit médical*, Paris V, 27 janvier 2004.

²¹⁹⁴ Voir J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 218.

²¹⁹⁵ Voir chez B. Legros, op. cit. pp. 183 s.

²¹⁹⁶ Voir en ce sens H. Delbecque, *Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie*, op. cit., pp. 17-18. Une telle distinction serait d'autant plus absurde lorsque les portes de la mort serait parfaitement impossible à distinguer des causes d'une maladie ou non chez un sujet âgé ; voir en ce sens R. Sebag-Lanoë et D. Feteanu, *La mort du sujet âgé*, Revue du Praticien, n° 89 du 5 mars 1990, p. 61 ; ou encore, 35^{ème} journées d'Ivry, F. Ellien, *Angoisse de mort chez le sujet âgé en fin de vie : peut-on entendre ? Doit-on l'écouter ?*, Hôpital de la Salpêtrière, Paris, 8-9 mars 2002.

pour laquelle le curatif, intrinsèquement attentatoire à la dignité humaine²¹⁹⁷, ne pourrait survivre au palliatif, qui, par hypothèse, serait voué à la sauvegarde de la dignité humaine. ***Une approche combinatoire soutiendrait une illusion de maintien de la vie*** lorsqu'en réalité l'accompagnement devrait être essentiellement centré sur des soins palliatifs à la souffrance intérieure, lorsque celle de l'extérieure n'est plus autre chose qu'une conséquence, et ne trouverait d'autre voie rédemptrice que dans la mort.

1114.- Nous pensons qu'il ne s'agirait pas alors d'admettre l'euthanasie sous quelque forme que ce soit, mais plutôt de préconiser l'intégration, à côté des services de soins palliatifs dits traditionnels, de services d'équipes para médicales capables d'accompagner spirituellement les mourants qui désireraient plutôt, en plus du *minimum* médicamenteux, trouver une mort apaisée des maux de l'âme dont souffre tout être humain conscient des imperfections d'une existence, *passée*, ou qui s'achève. Il s'agirait d'un authentique accompagnement tel qu'il fut pratiqué durant des millénaires, lorsque la famille avait encore tout son sens dans le temps du mourir.

Paragraphe.III. Famille et souffrance : les tribulations de l'accompagnement

1115.- La famille et la personne de confiance, en tant qu'intervenants *extérieurs*²¹⁹⁸ dont la parole ne serait pas effective, permettraient de soutenir tout de même psychologiquement celui qui meurt²¹⁹⁹, mais parfois aussi de légitimer les appréciations des professionnels de santé au regard du droit applicable.

1116.- Si durant des décennies la parole des membres de la famille suffisait à diriger les praticiens lorsque le mourant n'était plus en état d'exprimer sa volonté²²⁰⁰, la

²¹⁹⁷ Voir l'interprétation de l'article 16-3 du code civil, ainsi que les conclusions de D. Manaï, *Les droit du patient face à la biomédecine*, op. cit., p. 96.

²¹⁹⁸ *Extérieurs directs* à la relation médicale.

²¹⁹⁹ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 1955, *JCP* 1955, II, 9014, note R. Savatier, précisant que la famille constituent l'ensemble des « protecteurs naturels de l'incapable ». En l'espèce rappelons donc nos développements en première Partie sur l'incapacité spéculative du mourant.

²²⁰⁰ Il s'agit du temps de la *mort apprivoisée* ; s'il s'agit d'un temps moyennageux, le basculement radical vers la *mort interdite* prendra racine durant la période dite des Lumières lorsque la mort s'individualise. Voir Ph. Ariès, *Essai sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen-Âge à nos jours*, op. cit., *passim* in deuxième Partie : sur la peur de la mort qui remplace le sexe dans l'ordre des tabous.

contractualisation des rapports médicaux aurait eu raison de la simplicité de l'échange²²⁰¹. La médicalisation de la mort a repoussé les limites de l'acceptation de la mort d'une part²²⁰², mais également le temps de la mort, durcissant les traits du mourant jusqu'à le rendre laid. C'est ainsi que la famille serait progressivement sortie des chambres de la mort²²⁰³. Elle ne trouverait plus le temps de l'écoute, ne serait plus consultée²²⁰⁴, n'exprimerait plus ses émotions, la banalisation du rapport médico-technique masquant la réalité d'une approche strictement extérieure. Lorsque la famille interviendrait encore, ce serait pour un avis second quant au refus de soins, quant à la cessation d'un traitement, car la limite de l'*acharnement thérapeutique* semblerait proche, voir dépassée, ou encore après la mort, sur le devenir de ce corps qui reste.

1117.- Depuis la loi du 4 mars 2002, l'effectivité juridique de la parole de la famille est, en quelque sorte, réduite à néant dans la mesure où c'est à la personne de confiance que les professionnels de santé s'adressent en priorité²²⁰⁵. L'initiative privée, celle du cœur semblerait donc demeurer la seule part de la famille qui regarde le mourant. En ce sens, l'accompagnement est total lorsqu'il procède du cœur.

1118.- Les structurations des soins palliatifs ont prévu une place privilégiée pour la famille qui souhaite accompagner jusqu'au bout²²⁰⁶. Si l'abandon n'est pas total, la famille a tout de même connu ici aussi l'éclatement sémantique qu'elle connaît en règle générale²²⁰⁷, pour

²²⁰¹ Voir en ce sens les développements psycho-sociologiques de Philippe Ariès : Ph. Ariès, *ibid*, pp. 162-170.

²²⁰² Voir B. Cadoré, *Médicalisation de la mort : déni ou créativité*, Ethica clinica, 1998, pp. 3 s.

²²⁰³ Certaines statistiques démontreraient que seulement 24% des mourants seraient accompagnés de leurs proches lors de leur décès quand 55% de ceux-ci étaient néanmoins présents dans le service, et 80% avaient pourtant été avertis de l'imminence de la mort. Voir E. Ferrand et *ali*, *Enquête nationale SAR-Samu 94, hôpital Henri-Mondor*, op. cit.

²²⁰⁴ Mise à part bien évidemment le cas du mourant mineur où la famille occupe une place primordiale.

²²⁰⁵ Voir en ce sens notamment les articles L. 1110-5 et L. 1110-10 du Code de la santé publique où il est explicitement formulé que la famille vient en second derrière la personne de confiance. Ceci remet totalement en cause les principes fondateurs du droit des personnes relativement à l'existence de la famille comme cellule d'expression du lien ontologique de l'être à l'être dans l'altérité ; voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit Existence*, op. cit., pp. 177 s. ; ou encore M. de Hennezel, *Malade, famille, soignants : le besoin d'accompagnement*, op. cit.

²²⁰⁶ C'est en tout cas ce qui devait transparaître du texte de la loi de 1999 portant réforme également quant à l'accompagnement de la famille. En réalité, avant 2002, la place de la famille était essentiellement celle d'un référant lorsque le mourant était incapable d'exprimer sa volonté.

²²⁰⁷ Voir notamment les réflexions de Jean Carbonnier sur les réformes législatives entamées à partir des années soixante ayant remis en cause l'unicité normative du modèle familial, en parallèle d'une refonte du droit privé reposant traditionnellement sur le droit de la famille ; J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979. Voir encore sur les craintes d'un relâchement des mœurs après l'éclatement du modèle familial en des typologies à entrées multiples : Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil : la famille*, Cujas, 1992, *passim*. Voir également C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille, 1, Les personnes*, Masson, Paris, 1984, p. 27 s., rappelant que l'objectif du législateur depuis 1964 est de mettre l'enfant au centre du propos, l'enfant étant un des

passer du statut d'accompagnatrice à celui d'accompagnée. La loi de 1999 venait en ce sens donner une apparence légale à ce profond changement anthropologique. Sa place est seconde, derrière les professionnels de santé et autres bénévoles.

1119.- Le *colloque singulier* a muté en collégialité, et la multiplicité des intervenants se justifierait par l'intérêt direct de ceux-ci à être impliqué aux différents processus décisionnaires ou encore produisant des effets juridiques. Malgré tout, des instances extérieures aux faits s'immisceraient dans les chambres d'hôpital, par le biais même de leurs avis et directives qui seraient sous-jacents à tout le droit applicable, prenant la forme d'une *biomédecine*.

Paragraphe.IV. Les comités d'éthique et autres autorités para juridique

1120.- Il s'agirait des forces invisibles de l'accompagnement du mourant. Et ils ne seraient pas seuls en ce sens qu'aux côtés du CCNE, qui semblent être l'acteur principal de la scène éthique nationale, gravitent une multitude de commissions *ad hoc*, parlementaires et ministérielles²²⁰⁸, chargées pour un temps donné de surveiller l'application effective de la loi²²⁰⁹, recommander des modifications²²¹⁰, et suggérer les modalités nouvelles au regard des observations faites²²¹¹. Et au temps de l'euphorie des politiques publiques, l'uniformisation des politiques de santé n'échapperait donc pas à l'influence des instances

fondements du droit de la famille ; la « troisième partie » de l'ouvrage traite intégralement de la « désagrégation de la cellule familiale ». De ses observations nous pensons qu'il est évident que si la vie prend son point de départ à l'hôpital, la mort qui y prend fin devrait être tout aussi accompagnée que ne l'est la naissance, par la famille, en premier, comme l'entendait Savatier, voir note ss. C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 1955, préc. Reconsidérer la personne, contre tout individualisme, prendrait racine dans la *re-sacralisation* du lien familial, avant tout, sur son fondement métaphysique, en tant que *don de vie*. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit Existence*, op. cit., pp. 177 s.

²²⁰⁸ Avis du Comité économique et social, du 20 mars 2002 sur le thème « les soins palliatifs - un exemple d'activité de volontariat en Europe » n° 2002/C 125/07. Cet avis est la transformation d'un rapport élaboré par la section « emploi, affaires sociales, citoyenneté ». Définissant le volontariat comme « une forme supérieure de participation citoyenne », il laisse transparaître les futurs développements d'une démocratie sanitaire de la toute jeune loi du 4 mars 2002.

²²⁰⁹ Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

²²¹⁰ Voir par exemple M. de Hennezel, *Rapport de mission au ministre de la santé sur le thème « Fin de vie et accompagnement »*, préc. Ce rapport émet des propositions en termes de communication d'organisation des soins, de formation (particulièrement à l'éthique) et d'amélioration des pratiques des soignants confrontés à des situations limites lors de fin de vie.

²²¹¹ *Programme de développement des soins palliatifs 2008-2012*, présenté par le Président de la République au Centre Hospitalier de Bourges, le vendredi 13 juin.

communautaire et européennes²²¹². L'ensemble de ces institutions administratives étatiques ou *quasi* administratives²²¹³ suggèreraient, sans imposer ou presque²²¹⁴, sur le plan du droit (A.). Toutefois, leur pouvoir éthico-psychologique, soutenu par des statuts juridiques favorables, aurait une force de persuasion suffisante pour consensuellement guider l'interprétation du droit²²¹⁵, ou en tout cas celle du législateur qui fait le droit (B.).

A. Les comités d'éthique et la suggestion de la surveillance

1121.- Les comités d'éthique semblent être les acteurs dont l'effectivité pratique des actes serait la plus importante au sein des établissements de santé, bien que discutée au regard de leurs statuts. Si le CCNE est officiellement un comité d'éthique conformément à la loi²²¹⁶ (1.), les organisations qui se donnent l'appellation de *comité d'éthique locaux*, au sein des établissements publics de santé notamment, n'en n'ont pas le statut du premier²²¹⁷ (2.).

²²¹² Voir par exemple : Recommandation 2003-24 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'organisation des soins palliatifs, adoptée le 12 novembre 2003, préc. Voir également la production pléthorique du GEE (Groupe Européen d'Ethique des sciences et des nouvelles technologies)

²²¹³ L'ancienne ANAES désormais *re-centralisée* aux cotés d'autres commissions au sein de l'HAS émet également des recommandations. Elles ne devraient *a priori* recouvrir aucune force exécutoire compte tenu du statut de l'HAS dont elle dépend ; cette dernière est une API, forme la plus aboutie en terme d'indépendance dont puisse jouir une AAI, lui conférant la personnalité juridique morale. Notons que l'indépendance est une fois de plus tout relative compte tenu des méthodes d'éligibilités des acteurs de l'HAS. Il ne s'agit toutefois pas d'une institution étatique mais *quasi* étatique ne poursuivant donc en apparence aucune volonté de défendre une quelconque politique publique. Les recommandations sont tout de même opposables devant le Conseil d'Etat ce qui démontre dès lors l'opposabilité de la voix de l'HAS en tant qu'autorité *quasi*-juridictionnelle, et donc par voie de conséquence des autorités qui en dépendent. Voir en ce sens ANAES : *Recommandations de la conférence de consensus sur l'accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches*, 14 et 15 janvier 2004.

²²¹⁴ Une API telle que L'HAS détient tout de même un pouvoir de sanction ou de réglementation ce qui en fait une institution *quasi*-juridictionnelle considérée au titre d'une autorité de régulation.

²²¹⁵ Il existe un très fort clivage au sein de la communauté scientifique relativement à l'effectivité des orientations données par ces autorités quasi indépendantes du pouvoir exécutif. Certains approuvent leur indépendance et reconnaissent volontiers leur participation contributive à l'élaboration de la loi. D'autres au contraire ne voit là que l'élaboration d'un *pseudo* droit, faisant passer en force des conceptions circonstanciées, s'appuyant le plus souvent sur l'expérience d'un seul. Ainsi, de nombreuses recommandations ou avis auraient été motivés par les affaires médiatisées telles que les affaires Humbert ou encore Sébir. La doctrine qui s'opposerait donc à la juridicisation des avis et recommandation voit, à l'instar du professeur Mémèteau une « législation de substitution ». Voir encore C. Byk, *La bioéthique : langage médiateur ou langage médiatique ?*, in *JIB*, vol. 11, n° 3-4-5, 2000.

²²¹⁶ La loi du 6 août 2004, préc. lui ayant conféré le statut d'autorité administrative indépendante.

²²¹⁷ Voir B. Mathieu, *Les comités d'éthique hospitaliers. Etude sur un objet juridique non identifié*, in *RDSS*, 2000.

1. Les comités d'éthique locaux en peine de reconnaissance

1122.- Certains plaident pour la consécration d'un statut officiel des comités d'éthique locaux, soumis à l'agrément des pouvoirs publics²²¹⁸. En tout état de cause, la place occupée actuellement par les comités d'éthique serait problématique. En effet, l'initiative des lois obéit aux règles constitutionnelles qui quant à elles ne reconnaissent aucune autorité aux comités. Dans certains pays européens, les comités émettent parfois des approbations aux subventions accordées aux établissements de santé, ce qui pose un réel problème d'objectivité scientifique²²¹⁹.

1123.- L'approche extensive de la notion même de comité d'éthique²²²⁰, au-delà du seul statut officiel conféré au CCNE, ne permettrait pas de discerner les caractéristiques propres de ceux-ci, les distinguant d'un autre type d'organisation²²²¹. Ceci poserait donc la difficulté de l'opposabilité des *produits* émanant de ces associations. Ce qui semblerait en constituer l'effective spécificité en serait la pluridisciplinarité alliée à l'indépendance. C'est la loi même qui prévoit l'autonomie de composition et d'élaboration du travail de certains comités²²²².

1124.- L'éclatement apparent du traitement qui leur est réservé démontre les causes d'une confusion quant à la confiance qui pourrait être accordée à la qualité des avis qui en émanent. D'autant que depuis les balbutiements des années 90 sur la question de la normativité du système *bioéthique*, l'affirmation d'un authentique caractère canonique du droit des comités s'est affirmé. Les avis du CCNE sont devenus recommandations et ont ainsi passé le cap du caractère régulateur en terme de droit administratif²²²³. La confusion demeure pour les comités locaux en ce sens que la loi de 2004²²²⁴ ne leur a pas accordé de reconnaissance effective en créant des espaces régionaux d'éthique²²²⁵, ce qui serait justifié notamment par

²²¹⁸ Voir en ce sens notamment B. Feuillet le Mintier, *Les comités d'éthique régionaux en France : réalités et perspectives*, CRJO, Univ. Rennes 1-CNRS, octobre 1998, p. 47.

²²¹⁹ Voir G. Mémeteau, *Les règles éthiques : qui les dit ? Pourquoi et comment ?*, in *RIDC*, vol. 14, 1992, p. 34.

²²²⁰ Voir notamment la définition du professeur Mémeteau : G. Mémeteau, *Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthiques ou l'Iroquois sur le sentier des comités d'éthique*, in *RRJ*, 1989-1, p. 64.

²²²¹ Voir en ce sens S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp. 158-159, précisant qu'il existe un nombre important de subdivisions possibles sous l'appellation « comité d'éthique », à l'échelle locale, qu'il soit d'éthique clinique, sur la recherche expérimentale, à l'échelle étatique qu'il soit national ou international, etc.

²²²² Voir art. L. 1123-1 et art. L. 1123-2 du Code de la santé publique au sujet des CPP (comités de protection des personnes).

²²²³ Voir R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit.

²²²⁴ Loi du 6 août 2004, préc.

²²²⁵ Art. L. 1412-6 du Code de la santé publique.

l'ineffectivité de l'exigence de pluralité²²²⁶ attendu que ceux-ci ne débattent pas de questions éthique d'ordre général.

1125.- Leurs missions s'arrêteraient aux seules questions d'éthique pratique au sein des services hospitaliers, sans que leurs observations ne puissent nécessairement faire *jurisprudence* et être transposables à plus grande échelle. Seulement la question doit s'imposer au sujet des comités nationaux et en particulier du CCNE.

2. CCNE et autres autorités indépendantes aux sources de la *bioéthisation* de la souffrance

1126.- Le Haut comité s'est plus ou moins directement saisi de la question de la souffrance à cinq reprises²²²⁷, et à y bien observer les résultats, les recommandations auraient trouvé une parfaite transposition dans le corps de la loi²²²⁸. Ceci signifierait-il que le CCNE est une autorité exécutive ?

1127.- La question de l'indépendance serait attachée à celle de la pluralité. Ce serait au nom de la diversité des sources que l'autorité assurerait son indépendance. Or, les modes de désignation des membres du comité démontreraient l'exact contraire du principe d'indépendance. Et en ce sens la pluralité, effective en apparence, car respectant la diversité des sexes, des orientations culturelles, sociales religieuses, *etc*²²²⁹, n'aurait d'autre issue que l'uniformisation répondant aux exigences des modes de désignation politisés. Les choix des membres, si impartiaux soient-ils, ne pourraient échapper aux choix du *meilleur collaborateur*, du *plus proche en termes de convictions*, de *l'ami intime*, *etc*. De telles

²²²⁶ Voir Ch. Byk et G. Mémeteau, *Le droit des comités d'éthique*, op. cit., p. 96.

²²²⁷ En 1991 d'abord au sujet d'une première opposition à l'euthanasie dans son avis n° 26, préc., puis en 1998 dans son Rapport sur le vieillissement, n° 59, 25 mai 1998., et dans son avis n° 63, préc. sur la fin de vie ; mais aussi l'avis n° 87 Refus de traitement et autonomie de la personne ; enfin dans son avis n° 108, préc. au sujet du développement et du financement des soins palliatifs. Ce dernier manifestant parfaitement les insuffisances des soins palliatifs et la volonté de rationalisation de la santé publique autour du critère économique.

²²²⁸ Chacun des avis a pu trouver un écho dans les réformes législatives qui ont suivi quasiment immédiatement après : la loi portant réforme hospitalière est en date du 31 juillet et l'avis du 26 juin, les travaux préparatoires étant plus important en ce sens que la date de publication elle-même ; et ainsi de suite : concernant la loi de 1999 sur les soins palliatifs, faisant écho à l'avis de 1998 préc. sur la vieillesse ; la loi de 2002 faisant un peu plus tard un rappel de certains développements de l'avis n° 63, ce dernier nécessitant que la population s'accorde des nouvelles conceptions sur la mort, la loi de 2005 sur le statut des mourants n'en transposa les principes qu'après un nouvel avis n° 87, préc. sur l'autonomie de la personne.

²²²⁹ Voir O. Guillod, *Le rôle des comités nationaux d'éthique*, in *Bioéthique : de l'éthique au droit et du droit à l'éthique*, Institut suisse de droit comparé, Zürich, 1997, p. 257.

orientations compréhensibles sur le plan politique, la confiance jouant un rôle essentiel en la matière, elles ne pourraient résister au principe de *réalisme* que l'indépendance et l'autonomie des comités d'éthique suggèrent.

1128.- En réalité, les recommandations émanant du CCNE prouveraient désormais, par leur apparente transposabilité, que le comité serait effectivement, non seulement une autorité administrative indépendante, mais au surplus et cela en constituerait un dépassement, ayant un pouvoir juridique²²³⁰ de doctrine²²³¹ et plus encore normatif. C'est en faisant reposer ses décisions sur deux éléments caractéristiques de l'approche normative dans l'élaboration de la règle de droit qu'adopte le législateur, que le CCNE parviendrait à ce résultat. Il s'agirait tout d'abord de la recherche systématique d'une décision consensuelle ; puis de faire reposer les fondements de la *bioéthique* sur les droits fondamentaux²²³², de telle sorte que la production normative du législateur devienne *biodroit*.

B. Le consensualisme appliqué aux droits fondamentaux, aux sources du droit commun de la souffrance

1129.- Toute production normative démocratique serait typique d'une démarche consensualiste, désireuse de niveler les différences afin d'imposer les communes ressemblances par la loi (1.). Cet *a priorisme* aurait pour conséquence de fonder le droit sur des principes préconçus, et dont l'apparente sacralité suffirait à justifier les démarches totalitaires que le consensualisme suggère (2.).

²²³⁰ Voir en ce sens C.-A. Colliard, *Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275 ; ou encore C. Sauvat, *Le comité consultatif national d'éthique*, PUAM, 1999, pp. 55 s., voyant par anticipation le statut d'autorité du CCNE.

²²³¹ Voir en ce sens J.-C. Galloux, *Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?*, in *La doctrine juridique*, op. cit, p. 240.

²²³² Voir sur ce point les développements de S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit. Part. I, Chap. 2, Sect. 3, et Partie II, *passim*.

1. Consensualisme et dictature des groupes, appliqués au domaine de la *bioéthique* du mourant

1130.- La recherche d'un consensus en matière éthique serait caractéristique de la production du CCNE et peut-être plus largement même de tous les types de comités²²³³. Le principe démocratique sanitaire développé par la loi du 4 mars 2002 serait une légitimation théorique au principe même de consensus que tout système démocratique suggère²²³⁴.

1131.- L'approche consensuelle reposerait sur l'aptitude des membres de l'institution créatrice de norme à parvenir au nivellement du débat, afin de préserver le corps social de tout débordement excessif²²³⁵. Cela engendrerait une production communément admise, incertaine car contredisant tout principe de *réalisme*. En effet, il s'agirait d'une production *pseudo gnoséique*, ne reposant que sur la partie identifiée comme pacificatrice²²³⁶ au sein d'un débat pourtant élargi aux questions les plus universelles, et non globales et générales comme le prétendent les *démocrates*²²³⁷.

1132.- Ces questions dépendent en réalité directement de la recherche *éthique* sur le fondement du réalisme philosophique, et non de la *bioéthique* qui quant à elle ne reposerait plus que sur un idéalisme de la *majorité-minorité* que déjà Kelsen utilisait comme fondement de la démocratie²²³⁸. Cette dernière, dans sa démarche consensuelle créerait des modèles types, véritables caricatures inspirées de l'émotion suscitée par la médiatisation de certains cas isolés. Il s'agirait de la *scientifisation* d'Habermas²²³⁹, ou encore plus exactement du *scientisme-technologisme* d'un Ottonello²²⁴⁰. *Le premier* considérerait ceci comme un apport pacificateur des rapports sociaux, en ce sens qu'ils opéreraient un nivellement des conditions communicationnelles et médiatrices entre les membres de la société ; *le second* serait parfaitement critique du premier, dénonçant tous les risques du totalitarisme de la loi de la

²²³³ Toutefois il conviendra de se pencher ici plus précisément sur le cas du CCNE compte tenu que de plus amples développements sur le thème nous éloigneraient de notre propos. Nous renvoyons pour cela aux travaux de Sophie Monnier préc.

²²³⁴ Voir en ce sens J. Rawls, *L'idée d'un consensus par recoupement*, Revue de métaphysique et de morale, n° 1, 1988.

²²³⁵ Voir en ce sens J. Rawls, *ibid*, p. 25.

²²³⁶ *Ibid*.

²²³⁷ Ceux du *contrat social* de Rousseau et de toute la descendance des Rawls et Habermas.

²²³⁸ H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenman, Ed. Economica, coll. Classiques, Paris, 1988, p. 59.

²²³⁹ Voir J. Habermas, *La technique et la science comme idéologie*, Denoël, Paris, 1984, pp. 107 s.

²²⁴⁰ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, op. cit., pp. 122 s.

majorité, du consensus des uns au détriment des autres ; et un Trigeaud rejoindrait celui-ci en dénonçant l'approche discriminatoire, et pire encore, au nom d'une *discrimination positive* voulant *intégrer*, ou *désintégrer*²²⁴¹ la *minorité*, sur le fondement d'une bonne conscience démocratique à faire participer tout le monde, pourtant en invoquant des critères d'appartenance existentiels idéalement dégagés.

1133.- Le cas du mourant, en tant que cas *a priori* isolé des autres types de personnes, permettrait d'admettre tous les excès d'un comité omnipotent quant aux caprices de la *doxa*. Les nombreux abandons de poursuites pénales pour des faits d'euthanasie avérés prouveraient l'effectivité des avis des comités dans l'appréciation des juges. Ainsi, bien souvent, les avis du CCNE sont motivés par tel ou tel fait ayant animé l'actualité journalistique, et inciteraient le législateur à agir par la suite²²⁴². Cela rendrait les questions de droits fondamentaux accessibles à la *doxa* platonicienne que l'on sait ignorante des *fondements métaphysiques et éthiques* de la chose humaine qu'est le droit.

2. Les beaux prétextes des droits fondamentaux aux sources du consensualisme

1134.- Les droits fondamentaux et droits de l'homme serviraient en ce sens d'alibi à la production de la norme consensuelle. Ceci serait parfaitement apparent dans le corps de la loi de 2002 comme dans celui de la loi de 2005. Le Vice-président du Conseil d'Etat rappelant encore récemment à quel point « le caractère **fondamental** de la dignité humaine est illustré par son affirmation ou son inscription dans la plupart des grands instruments internationaux de protection des droits de l'homme »²²⁴³. En réalité, le langage en appelant à la *personne humaine* suffirait à lui seul à faire émerger cette approche partielle et partielle de la norme humaine *communément admise*. Car derrière les « instruments internationaux » se cacheraient, sans généraliser à toute forme de *droits de l'homme*, des intentions désireuses de ne se servir justement de ces droits qu'en tant qu'outil défensif, contre tout grief porté à l'encontre de

²²⁴¹ Il s'agirait ici d'une intégration destructrice comme le soulignait Claude Lévi-Strauss lorsqu'il identifiait le phénomène d'assimilation d'un peuple lors de son intégration à une culture différente de la sienne de naissance. Il parlait alors d'une désintégration de l'identité propre première obéissant successivement et ou indépendamment à trois temps que sont l'enculturation, la déculturation, et l'acculturation ; voir C. Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Plon, coll. Agora, Paris, 1962, pp. 126 s.

²²⁴² La loi du 4 mars 2002, préc., intégra en urgence des dispositions visant à contrecarrer les positions de la jurisprudence *Perruche*, par exemple.

²²⁴³ J.-M. Sauvé, op. cit.

l'institutionnalisation des droits fondamentaux, et non comme outil-armé, afin de combattre l'injustice partout présente, y compris du fait même de ces outils.

1135.- Or, à l'heure de la planification de toutes les activités humaines, les droits fondamentaux ne seraient plus uniquement concurrencés par d'autres domaines²²⁴⁴, mais bien plus modélisés au regard de contraintes économiques et financières²²⁴⁵. Les politiques publiques de santé en seraient une émanation parfaite, leur quête de rationalisation des dépenses publiques manifestant le souhait de retrouver un consensus dans la prise en charge des malades.

1136.- **Le mourant** ne saurait résister à pareille rationalisation, bien que *a priori* se situant au paroxysme de l'exigence de dignité. L'allocation budgétaire annuelle accordée aux soins palliatifs serait en ce sens guidée par les exigences identifiées par le CCNE dans ses *avis*, contraintes de nature économique et *bioéthique*. Ces exigences financières découleraient des rapports émanant des différentes commissions parlementaires et ministérielles, répondant aux commandes effectuées par l'exécutif. Il s'agirait alors d'identifier un mouvement de *re-humanisation* des droits empiriques du *contrat social*²²⁴⁶, n'impliquant pas plus le respect de la dignité de la *personne*, puisqu'elle n'en serait plus le point de départ.

1137.- **Il serait désormais admissible, par consensus *bioéthique* transposé en *biodroit*, que l'euthanasie²²⁴⁷, souvent *activement passive*, soit un moyen de soulager les souffrances, définitivement. L'obligation de résultat se retrouverait alors ici, sous la forme d'une obligation de soulager, jusqu'à effacer la souffrance, et la *personne* avec.** En effet, les avis du CCNE faisant apparaître les moyens de soulager²²⁴⁸, en invoquant les droits

²²⁴⁴ Comme l'avancé Sophie Monnier, S. Monnier, *ibid*, op. cit., pp. 362 s.

²²⁴⁵ Voir en ce sens les réflexions idéalistes portant sur les violences extérieures au débat qui pourraient priver la négociation qu'implique la recherche de consensus d'un authentique caractère éthique. Voir G. Hottis, *Aux fondements d'une éthique contemporaine*, H. Jonas et H. T. Engelhardt, Vrin, coll. Problèmes et controverses, Paris, 1993, p. 129.

²²⁴⁶ Lorsque l'opinion de la minorité doit plier face à celle de la majorité qui l'emporte ; en ce sens Habermas s'opposerait à Rousseau, toutefois la désintégration du principe de réalité qui commande toute vérité ne serait pas mieux préservé chez Habermas en ce sens que son contrat social est celui du nivellement par l'hypocrisie du recueil de toutes les opinions et leur dilution dans le soucis du communément admis, par la majorité, comme chez Rousseau. Voir J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, in *Œuvres complètes*, Tome III, Gallimard, Paris, 1964, livre IV, chap. 2, p. 441.

²²⁴⁷ Selon un sondage paru en 2007, 87% des français seraient favorables à l'euthanasie active, dont 43% « tout à fait favorables », et 44% « plutôt favorables » ; sondage publié dans un article paru dans *Le nouvel Observateur*, 15 mars 2007.

²²⁴⁸ Les avis n° 63, n° 87 et peut-être plus encore l'avis n° 108 établissent un véritable cahier des charges de l'accompagnement.

fondamentaux comme la source de leurs hypothèses, légitimeraient par là de recourir à une exigence de résultat. Il ne s'agirait pas d'une obligation de résultat au sens juridique du terme, mais d'une obligation morale, celle qui juridiquement serait comprise comme l'obligation de *tout mettre en œuvre pour convaincre de la pertinence et la nécessité du traitement*, en fin de vie, retenue à l'article L. 1111-4 alinéa 2 du Code de la santé publique. L'obligation morale prévaudrait sur l'obligation légale et galvauderait cette dernière. Les juges y seraient sensibles, et plus particulièrement ceux des juridictions administratives en ce sens que leur droit public s'approcherait le mieux des exigences des politiques de santé publique que la *bioéthique* normative du CCNE suggèrent²²⁴⁹. Les différentes commissions d'observations ne sauraient aller dans un sens contraire, dans la mesure où elles sont directement liées aux autorités exécutives²²⁵⁰.

1138.- Derrière le voile de l'autonomie pragmatique et scientifico-philosophique des comités se cacheraient les apparences de la loi, dissimulant les intentions politiques. Et derrière les intentions politiques se cacheraient les intuitions idéologiques dont une certaine doctrine juridique serait la source, conceptualisant rationnellement la *personne-mourante* aux moyens d'un *biodroit* idéaliste.

Paragraphe.V. La souffrance du mourant entre idéalisme et pragmatisme

Une approche réaliste

1139.- La doctrine juridique soutiendrait une approche de la souffrance reposant sur le droit de la *personne*. Elle ne serait malheureusement absolument pas uniforme²²⁵¹, et deux

²²⁴⁹ Voir en ce sens J.-P. Duprat, *Les aspects de droit public de la loi bioéthique*, in *AJDA*, 2004, p. 2328.

²²⁵⁰ Les rapports sont directement remis au ministère chargé de la santé, celui-ci étant à l'origine de l'initiative du dit rapport. Voir en ce sens et de manière non exhaustive, l'ensemble de ces publications étant particulièrement aisé à retrouver : Rapport du Sénat n°207, 1998-1999 pour une politique de développement des soins palliatifs et de l'accompagnement, réalisé par Lucien Neuwirth ; ou encore Note d'orientation DGS-S72 n° 99-234 du 19 avril 1999, *relative à la diffusion de l'enquête « Etats des lieux-soins palliatifs à domicile »* ; ou encore Rapport de mission de Marie de Hennezel au ministre de la santé sur le thème « Fin de vie et accompagnement », octobre 2003, préc. ; ou encore Recommandations de la conférence de consensus sur l'accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches. ANAES, 14 et 15 janvier 2004, préc. ; ou encore Rapport de M. Jean Leonetti au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie : référence 1708, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2004, préc.

²²⁵¹ Ce qui semble inviter à s'interroger quant à la pertinence de la doctrine dans le processus de légifération ; voir en ce sens J.-D. Bredin, *Remarques sur la doctrine*, Mélanges Hébrau, Paris, 1981, pp. 111 s.

approches strictement opposées, en apparence tout au moins²²⁵², se partageraient les outils du débat. Il ne s'agirait certainement pas d'un combat idéologique, puisque l'enjeu est commun : protéger la *personne* qui devrait être au commencement et à la fin de toute considération éthique lorsqu'il s'agit du mourant en particulier. Seulement, le fossé semble large et profond entre une approche *bioéthique* productrice de *biodroit*, et une approche métaphysique et éthique ne produisant rien d'autre que ***ce qui est déjà, invariablement (B.)***. Et si en apparence la *personne* est le souci premier de ces deux approches critiques, ici encore les apparences semblent trompeuses. Sans retenir l'esprit qui animerait les choix d'une conception idéaliste de la *personne* en tant que sujet de droit médical, attachons nous seulement à comprendre qu'il n'y aurait que dans cette seule perspective là que le *biodroit médical* trouverait à satisfaire les attentes d'une doctrine *biojuridique (A.)*.

A. La doctrine *biojuridique*

1140.- Cette production doctrinale correspondrait à toute une élaboration juridique qui opposerait le droit des personnes au droit du vivant des personnes. Appliquée aux tourments et fétiches psychologiques modernes, cette doctrine aurait appréhendé le cas des malades pour le distinguer de celui de la *personne*, jugé insuffisant dans ses fondements de droit.

1141.- Elle partirait du constat selon lequel, au milieu du XXème siècle, il n'existait pas de règles *éthiques* relatives à l'encadrement notamment des expérimentations médicales²²⁵³. Et en ce sens, sa descendance justifierait contemporanément que le droit des personnes, étant insuffisant en vue de traiter le cas spécifique du mourant, il serait nécessaire de recourir à un droit aux accents *éthiques*, s'inspirant des apports de l'éthique médicale, plus connue sous le

²²⁵² Le réalisme philosophique ne peut nier la part nécessaire de l'approche idéaliste que le droit doit adopter en tant que production de l'esprit. Toutefois, l'idéalisme des positivistes ne semblent pas être sensible aux obligations ontologiques d'un réalisme métaphysique.

²²⁵³ Le milieu du XXème siècle matérialise le confluent des actes diaboliques de destruction organisée de l'espèce humaine. La systématisation génocidaire s'est montrée orchestrée sur le fondement d'une idéologie intégrant la pratique médicale comme objet d'une quête de découverte des arcanes principielles de l'homme. L'expérimentation fut poussée à l'extrême opposé du sujet pour ne révéler qu'une objectivisation absolue de la personne. Objet, et non pas même de droit, mais en dehors de toute correspondance à une quelconque référence de droit pouvant légitimer un tel cheminement de pensée, la négation de la personne est parfaite. C'est lors des procès des médecins nazis que la *bio-éthique* va donc trouver sa source. Née d'une culpabilité d'avoir oublié la personne du serment d'Hippocrate, la *bioéthique* va créer son premier code : le Code de Nuremberg. Voir en ce sens C. Ambroselli, *Le comité d'éthique*, PUF, coll. QSJ, Paris, 1990, p. 3. ; C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1^{ère} éd. 1865, éd. actuelle Flammarion, Paris, 1984, pp. 143 s.

nom de déontologie²²⁵⁴. Sans retracer les origines de la *bioéthique*²²⁵⁵, retenons tout de même qu'elle serait née d'un renouveau de la pensée rationaliste, après la fin de la seconde guerre mondiale²²⁵⁶. Cette approche nécessairement juridique avait pour souhait de réintroduire la personne au centre de la conscience collective, de faire du sujet de droit un édifice sacré inviolable²²⁵⁷.

1142.- Le droit de la *personne* serait, dans sa forme connue, une novation du XIX^{ème} siècle²²⁵⁸, en ce sens que jusqu'à lors, il était impensable de la considérer en dehors des rapports de choses, la *personne* étant de manière sous-jacente le *prima* à toute relation²²⁵⁹. Il ne s'agissait pas en réalité de s'attarder légalement sur une question de *dignité* de la personne, sa simple existence suggérant qu'elle soit effectivement considérée dans l'ensemble de ce qu'elle est.

1143.- Les transformations profondes, latentes dans une philosophie nominaliste puis empiriste et rationaliste, auraient introduit une conception phénoménologique de l'*être*,

²²⁵⁴ La déontologie n'aurait pas besoin de codification pour exister, malgré les observations de traces de codification dès la période de la Haute antiquité mésopotamienne (v. observations Code Hammourabi). Voir J.-M. L. de Forges, *L'irréductible déontologie*, rapport de synthèse in *Déontologie et santé*, ss. dir. L. Dubouis, Dalloz, coll. Droit sanit. et soc., série Professions, Paris, 1997, pp. 97 s. Et en ce sens le droit ne saurait pénétrer l'éthique médicale. Ce fut le cas jusqu'en 1941 avec la création du premier code de déontologie introduisant une ébauche de règles relatives à l'expérimentation, en précisant que le médecin doit le plus grand à la « personne humaine », et que cela s'applique en particulier lorsqu'il emploie une « thérapeutique nouvelle ».

²²⁵⁵ Voir à ce sujet J-P Baud, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, op. cit., pp. 7 s.

²²⁵⁶ Après les atrocités génocidaires expérimentales des médecins nazis, le procès fut total. Le droit lui-même est entré en procès contre lui-même, et a réintroduit objectivement la personne humaine, rationalisant les droits premiers de celle-ci en reconnaissant la vulnérabilité consacrée par le législateur ; voir en ce sens S. Gromb, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme, Droit français, règles supranationales*, Litec, Paris, 1992, pp. 141 s. Il s'agirait d'une objectivisation sur une autre. Voir aussi sur l'utilitarisme en bioéthique, J.-P Cléro, *Calcul moral : ou comment raisonner en éthique ?*, Armand Colin, Paris, 2011, Deuxième partie, chap. II.

²²⁵⁷ Même si les principes nés du Code de Nuremberg ne pourraient avoir d'opposabilité directe en droit interne (voir en ce sens S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit., pp. 75-76), l'essence de ceux-ci se retrouveraient dans les principes ayant fondé le Préambule de la Constitution française de 1946.

²²⁵⁸ Ce serait l'introduction du concept de mort civile qui marquerait les prémices d'un droit de la personne, opérant une distinction entre ceux qui jouissent pleinement de droits, et ceux qui seraient soumis à la seule violence légitime étatique.

²²⁵⁹ C'est en se référant à la notion de personne physique, disjointe de celle de personne humaine, que les théoriciens du droit de la fin du XIX^{ème} siècle ont su tirer profit des enseignements de la philosophie du droit de Kant et Hegel principalement. Reposant sur l'ancienne distinction romaine donnant naissance à la notion de personnalité juridique, la personne devient alors sujet de droit. Au commencement, ce terme permit une authentique discrimination avouée et assumée, celle justifiant l'esclavage, du droit romain jusqu'au Code noir de Louis XIV en 1685. Voir Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Œuvres Complètes, éd. Edouard Laboulaye, 1875, Chap. V., pp. 585 s. ; ou encore, J.-F. Niort, *Personne et discrimination : approche historique et théorique*, in J.-F. Niort, *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, actes du colloque Paris, CNAM, 14 décembre 2005, dir. M. Mercat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50. Plus particulièrement sur la notion de *personne*, voir l'ensemble de l'œuvre de J.-M. Trigeaud, mais peut-être particulièrement *Persona ou la justice au double visage*, op. cit, pp. 49 s.

consacrant un rapport de distanciation entre l'*être* et la chose de l'*être*²²⁶⁰. La distinction entre l'*être* et son devoir-être d'*être* aurait conduit à répondre à l'invitation kantienne de créer un nouveau devoir-être, distinct de l'*être* lui-même désormais insaisissable. Il en serait ainsi de l'introduction d'un *impératif catégorique*²²⁶¹. L'individualisation du lien existentiel serait donc le produit d'une conception de la personne comme sujet autonome, autonome d'un *être* dont elle ne pourrait plus dépendre²²⁶², bénéficiant désormais d'une intégration pacificatrice à une société violente par nature²²⁶³. De la métaphysique soumise aux vicissitudes d'un *être* jugé irresponsable et *inutile* chez Kant, les droits de l'homme auraient su tirer les enseignements de principes fondamentaux, en désignant positivement leur contenant, dans une quête de contenu. C'est en ce sens que la violence ultime d'un génocide permit de ré-introduire la *personne*, sous-jacente à l'individu ainsi qu'au souci et pré-occupations normatives premières.

1144.- Toutefois, ici la *personne* devait être dépouillée de toute incertitude métaphysique. Et c'est en ce sens qu'il ne s'agirait plus de faire de l'éthique un fondement de la chose

²²⁶⁰ Ce serait l'avènement de la distinction entre droit de la personnalité juridique et droit de la capacité juridique, opération réussie de la distanciation entre responsabilité juridique et responsabilité morale chez Kant notamment : déresponsabilisant moralement la personne puisque le fondement métaphysique de la morale serait insaisissable, et dès lors réintroduisant une dose idéaliste de morale dans la responsabilité juridique. Voir en ce sens notamment S. Goyard-Fabre, op. cit., *passim*. Ou encore J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit.

²²⁶¹ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit.

²²⁶² Si Kant fonda cette idée dans sa *métaphysique des mœurs* (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., pp. 127 s.), Descartes l'introduisit avant lui dans sa *méthode*, renonçant aux présupposés métaphysiques jugés insensibles aux principes physiques estimés plus proches de l'homme : R. Descartes, *Discours de la méthode*, Librairie Ernest Flammarion, 1937, Quatrième partie pp. 21 s. ; Nietzsche la consacra certainement dans sa *nihiliste* formulation du *wille zur macht* (voir à ce sujet Y. Souladié, *L'inversion contra la Volonté de puissance*, Toulouse, 15 décembre 2006, in D. Hildesheim, *Nietzsche. L'inversion des valeurs*, G. Olms Verlag, Europaea Memoria Bd. 53, 2007, pp. 3-25, au sujet notamment de F. Nietzsche, *Le crépuscule des idôles*, Trad. H. Albert, Flammarion, Paris, 1985, ou encore, *Ainsi parlait Zarathustra*, Aubier-Flammarion, 1969) affirmant ainsi de façon programmatique son compte rendu de l'impossibilité métaphysique, (F. Nietzsche, *Humain trop humain*, Gallimard, 1987, Tome I.), faisant écho aux angoisses d'un Kierkegaard se fondant sur l'ironie et le doute permettant la réfutation des contingences que les systèmes métaphysiques prétendent saisir, et pourtant mourant « de ne pas mourir » (S. Kierkegaard, *Traité du désespoir*, in *Miettes philosophiques, Le Concept de l'angoisse Traité du désespoir*, Gallimard, Tel, 1990, p. 357.) ou aux dépressions d'un Schopenhauer lorsqu'il envisage la souffrance comme le mode commun d'existence, les plaisirs ne constituant qu'un seul instant d'apaisement au cœur des tracas (A. Schopenhauer, *Le Monde comme volonté et comme représentation*, PUF, Paris, 2003, p. 1337.).

²²⁶³ C'est le constat d'un Rousseau après un Hobbes. Même si leurs doctrines s'opposent en apparence, elles reposent toute deux sur l'idée selon laquelle le *zoôn politikon* aristotélicien n'existe plus en tant qu'homme éthique de paix, cherchant la justice, mais s'est réincarné en homme violent par la nature même de ses échanges. Voir en ce sens J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Aubier Montaigne, 1973, pp. 5-6) ainsi que Th. Hobbes, *De cive : or The citizen*, Appleton, 1949, pp. 46 s., sur *la liberté*. Une telle approche trouvera à se consacrer chez Schmitt dans l'opposition théorico-politique ami-ennemi, laissant « les choix politiques au pur arbitraire de la subjectivité du décideur ultime » : L. Nicolas, *La force de la doxa : Rhétorique de la décision et de la délibération*, L'Harmattan, Ouverture philosophique, 2007, p. 147 ; voir plus en détail C. Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Trad. M.-L. Steinhauser, Flammarion, coll. Champs, 1992, pp. 73 s.

juridique²²⁶⁴, mais bien plus de *re-cr*éer une éthique plus proche du vivant²²⁶⁵, encrée dans l'être empiriquement saisissable, axiologiquement perceptible : c'est l'objectif d'un droit positif éthiquement neutre²²⁶⁶. C'est dans cette perspective que prendrait racine une éthique du vivant ou *bio-éthique consensuelle*²²⁶⁷, n'ayant nul besoin d'un quelconque référentiel qui lui serait supérieur ontologiquement²²⁶⁸. Il s'agirait donc plus d'une référence à l'être concret que l'esprit ontique saisirait dans les principes fondamentaux du droit²²⁶⁹ qu'une *bioéthique* utilise comme prologue d'un *biodroit* désormais acquis²²⁷⁰.

1145.- La souffrance perçue par la *bioéthique* trouverait donc à s'inscrire parfaitement dans la perspective d'une science qui se serait résolument révélée comme rejetant tous les modes de souffrances de l'exemple génocidaire²²⁷¹. La souffrance de la *personne* avait donc sa genèse, et les premières institutions se sont toutes parées des traits du vivant médicalisé²²⁷². Lorsque la *bioéthique* s'est saisi de la *personne*, ce fut très rapidement pour la classer en une multitude de sous-catégories d'existence. Elle est personne humaine, personne sous condition de sexe, sous condition de race, sous condition de santé, *etc.* En ce sens, le *biodroit* doctrinal se serait emparé de la question du mourant lorsque le CCNE s'en est fait un objet d'étude dès 1991²²⁷³.

1146.- La doctrine *biojuridique* aurait pour objet le *biodroit* des comités²²⁷⁴, participant à ceux-ci²²⁷⁵, ou encore légitimant l'omnipotence de ceux-ci. Cette approche idéaliste de la *personne* aurait pour conséquence de compartimenter les moyens de traitement de la souffrance en autant de catégories que la pensée juridique, qui par nature classe, ne peut le

²²⁶⁴ Au sens d'Aristote que l'on retrouve dans sa conception de l'éthique au regard du sens du juste que l'on retrouve dans les chapitres II et III de l'*Ethique à Nicomaque*.

²²⁶⁵ Le vivant au sens du *bios* grec dont dériveront toutes les terminologies liées à la bioéthique.

²²⁶⁶ Voir en ce sens S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, Paris, 1992, p. 11 s.

²²⁶⁷ Ce qui constitue une atteinte à l'éthique elle-même ; voir N. Aumonier, *L'éthique consensuelle au CCNE*, in *Communio : revue catholique internationale*, 109, vol n° XVIII, 5. Sur les dangers d'une éthique de la majorité.

²²⁶⁸ Nietzsche ayant affirmé que « le « monde vrai » est une idée qui ne sert plus à rien » : F. Nietzsche, *Humain trop humain*, op. cit., § 5.

²²⁶⁹ Voir C. Byk, *Progrès scientifique et droits de l'homme : la rupture ?*, in *RTDH*, Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme, n° spécial, 2003-54, p. 364.

²²⁷⁰ Voir en ce sens notamment les développements de C. Neirinck, *De la bioéthique au biodroit*, op. cit., pp. 33 s.

²²⁷¹ Dirait-on même que le droit médical en serait la résultante ?

²²⁷² Voir ici la création d'ONG par exemple en 1947 Association Médicale Mondiale ou encore en 1949 le Conseil des Organisations Internationales des Sciences Médicales.

²²⁷³ Voir CCNE avis n° 26 préc.

²²⁷⁴ Il existe en ce sens une bibliographie pléthorique usant du terme même bioéthique.

²²⁷⁵ Certains membres du CCNE sont des personnalités de la doctrine en droit, bien que très peu nombreux, d'autres participent à différents niveaux à des institutions étatiques ou *quasi* étatiques.

faire. En ce sens, la *personne* authentique serait niée jusqu'à être réinventée contre sa nature première, indicible et insaisissable en sa capacité à *être*, en dehors de toute pré-conception, même si dans son actualisation, lorsqu'elle vit, elle peut y entrer exceptionnellement et même ordinairement.

B. Réalisme et métaphysique du droit... des *mourants*

1147.- L'approche métaphysique du droit rendrait compte non pas de ce qu'est la *personne* réelle, mais suffirait, en concevant un droit onto-axiologique²²⁷⁶, à pénétrer les entrailles de l'*être*, en en percevant les arcanes premières et intangibles, *révélées*, et obéissant à la loi ontologique de l'*être* en sa suprématie. Ontologique d'abord, car image incarnée de l'*être* de l'axe vertical infini ; puis axiologique car inscrite sur l'axe horizontal aux possibilités indéfinies²²⁷⁷. Et il s'agit là des termes programmatiques d'une authentique métaphysique, sans engagement pragmatique ni *pseudo* réaliste.

1148.- C'est en ce sens que le philosophe du droit devrait être au commencement de l'élaboration du droit²²⁷⁸, afin de garantir un *bon départ*. Car en prenant la *personne* comme présupposé, le droit *philosophé* ne saurait se tromper de référentiel ; la condition *sine qua non* en serait de saisir la *personne* comme notion réelle de manifestation physique de l'*être*, reposant sur une essence sous-jacente de nature métaphysique, inaccessible à la raison et à l'esprit, que seule l'intuition aboutirait, au prix d'un dépouillement total des préconçus et encrages volontaristes et individualistes, à discerner comme étant le noyau de sa consistance spatio-temporelle : il s'agirait du *sujet* en tant qu'objet insondable et irréductible en sa soumission totale à l'*être* souverain²²⁷⁹.

1149.- Une fois les premières marques prises, nul doute que l'élaboration d'un droit fondé sur la justice sous-jacente à l'*être* insaisissable, mais intuitionnable, deviendrait propice à

²²⁷⁶ Retrouvons cette expression dans l'ensemble de l'œuvre de Jean-Marc Trigeaud comme pérennisation d'une philosophie du droit réaliste.

²²⁷⁷ Cette approche procéderait d'une conception traditionnelle, commune à toutes les formes d'ésotérismes métaphysiquement fondés ; retrouvons cette approche quant à la *liberté* chez P. Rostenne, *Homo religiosus ou l'homme vertical*, Bière, Bordeaux, 1993, pp. 59 s., sur une conception chrétienne ; voir également pour une approche œcuménique R. Guénon, *Le symbolisme de la croix*, éd. Trédaniel, 1931, *passim*.

²²⁷⁸ Voir J.-M. Trigeaud, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit.

²²⁷⁹ Au-delà et avant la personne, dans un sens purement métaphysique dépouillé de toute conception temporelle de l'existence.

appréhender le cas non spécifiable mais génériquement perceptible du mourant. Il s'agirait non pas de créer un droit particulier au mourant, nécessairement idéaliste en ce sens que le mourant serait un idéalisme en lui-même²²⁸⁰. Il s'agirait plutôt de percevoir le mourant comme une *personne* avant tout, soumise aux règles de la condition humaine. La mort en tant que phase de transition tout comme la naissance, passage de l'un à l'autre ; la *personne* étant un isthme entre celles-ci. Retenons d'ailleurs que ce parallèle est judicieux à plus d'un titre tant il offre de nombreuses perspectives de rendre à la mort sa normalité²²⁸¹.

1150.- Quant à la cause de la souffrance, voyons d'ailleurs qu'elle serait également perceptible dans les deux cas de son approche, physique et morale. Un droit onto-axiologique ne saurait se fonder sur une nature première entendue en tant que cruelle comme chez un Hobbes²²⁸², ou *cruellisée* chez Rousseau²²⁸³, mais sur une *idéelle nature* de justice²²⁸⁴, obéissant à une *loi première*²²⁸⁵ qui engagerait la *personne* à lutter contre la douleur, en se servant d'elle pour la dépasser. Il s'agirait donc, non pas de nier l'apport de sciences technologiques permettant un apaisement de la souffrance ressentie dans la chair²²⁸⁶, mais alors plutôt de réintroduire l'apaisement spirituel que la définition même des soins palliatifs suggère²²⁸⁷. Le droit onto-axiologique inviterait à considérer la *personne* avant tout, l'essence première, puis la règle qui commande à la *personne* d'être, le devoir-être de l'*être* à conserver l'*être*.

1151.- Ainsi, la souffrance ne serait pas ignorée, mieux encore elle serait l'objet point de départ d'une libération. Car la seule *liberté* ne résiderait que dans l'accomplissement du devoir-être de l'*être* à *être* ce que l'*être* suprême lui a commandé d'*être* avant qu'il ne soit, la souffrance n'étant alors qu'une modalité d'*être* parmi une indéfinité d'autres potentialités de réalisation de la *personne*. Et en ce sens, rien ne s'opposerait à ce que la douleur physique soit

²²⁸⁰ C'est ce que suppose Galloux lorsqu'il entend dénoncer le risque d'une éthique consensuelle. J.-C. Galloux, *Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?*, op. cit., p. 240.

²²⁸¹ Voir notre conclusion.

²²⁸² Th. Hobbes, *De cive*, op. cit., pp. 58 s.

²²⁸³ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, op. cit., pp. 19 s.

²²⁸⁴ Au sens platonicien du terme ; voir Platon, *La République*, op. cit. ; ou encore *Phédon*, op. cit. ou *Les Lois*, op. cit.

²²⁸⁵ La *loi naturelle* de Thomas d'Aquin vue chez J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit.

²²⁸⁶ Il est évident que quelque conception métaphysique que ce soit ne peut nier, dans son authenticité, le réel de l'existence physique qui en fait une condition propre à accentuer la souffrance spirituelle, dans son prolongement physique. En ce sens, les connaissances acquises en matière chimique sont autant de chances de calmer des douleurs bien réelles.

²²⁸⁷ Voir S. Monnier, *Les comités d'éthique et le droit*, op. cit.

un point de départ, traitée par la connaissance médicamenteuse, à condition qu'elle ne s'y arrête pas, tout comme le droit privé de la personne physique est le point de départ de toute réflexion du philosophe du droit²²⁸⁸, mais ne s'y arrête pas, pour irrémédiablement remonter à l'irréductible, dans la souffrance de la désagrégation des illusions²²⁸⁹.

1152.- Et ce n'est en rien une surprise que de devoir admettre qu'une telle approche, difficile, car remettant en cause tant d'acquis si fragiles, de conceptions culturelles oscillantes et vacillantes, ne résisterait pas contemporanément aux approches strictement physique de la douleur, servant le plus souvent de prétexte, ou de point de départ, à des considérations psychiques secondes.

²²⁸⁸ Voir J.-M. Trigeaud, *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, op. cit.

²²⁸⁹ Voir J.-M. Trigeaud, *Éduquer au respect du principe de réalité ou l'apprentissage de la philosophie du droit*, op. cit.

Chapitre.II. La douleur physique en premier

1153.- Forte de près d'un siècle de conceptions empiristes et technicistes, la souffrance qui se fait douleur, pour en quelque sorte déjà être soulagée, présupposerait une approche strictement physique. Afin de légitimer cette approche, les différentes autorités compétentes en la matière auraient canalisé leur énergie productrice à considérer la lutte contre la douleur sous l'angle d'une perspective éthique, ou plutôt *bioéthique* (**Section.I.**), dont la lisibilité légale rendrait compte de pratiques attentatoires à la personne (**Section.II.**).

Section.I. *Biolégislation* et douleur physique

1154.- La lutte contre la douleur, ainsi que l'accompagnement de la fin de vie, sont des principes à caractère éthique distingués en droit²²⁹⁰. Ainsi, les missions incombant aux établissements hospitaliers contenues aux articles L. 6111-1 et L. 6112-1 du Code de la santé publique, disposent que la première satisfaction qu'ils supportent est celle relevant de l'intérêt général. Comprendons en ce sens qu'il s'agirait de préserver une certaine paix sociale en concourant à sauvegarder les grands principes de l'humanité que le droit constitutionnel a consacrés. Ainsi en serait-il de la dignité, de la liberté, autonomie de la volonté... La douleur s'inscrirait parfaitement dans ce dispositif, et le cas spécifié du mourant serait, compte tenu de sa faiblesse *a priori*, un cas à prendre plus encore au sérieux.

1155.- Il s'agit de tout l'enjeu d'une jurisprudence tant civile qu'administrative ayant largement accueilli les principes du *pretium doloris* en vue de réparer le plus amplement possible les préjudices²²⁹¹. Ainsi l'établissement se doit d'être en accord avec les connaissances acquises de la science²²⁹², en faisant évoluer notamment les moyens dont ils

²²⁹⁰ La lutte contre la douleur n'est pas nécessairement celle de la souffrance de la fin de vie. La maladie était à ce propos l'objet que visait la loi de 1999 sur les soins palliatifs. Ce n'est réellement que la loi de 2005 qui vise pour la première fois un dispositif de régulation applicable strictement aux mourants.

²²⁹¹ Voir C. cass. 2^{ème} civ. 9 décembre 2004, préc. ; ou encore CE. 23 avril 1997, *Cts Alix*, Rec. p. 167, *D.* 1997, IR p. 136 ; *RFDA* 1997, p. 674. ; CE. 24 novembre 2004, *M. et Mme Maridet*, *AJDA* 2005, p. 336, concl. Olson.

²²⁹² Disposition que l'on pourrait rapprocher de la liberté de prescription dont les données acquises de la science sont une composante depuis la révision du code de déontologie médicale du 7 mai 2012 : Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, *portant modification du code de déontologie médicale*.

disposent au regard des besoins et technologies de son temps²²⁹³. Ici plus que jamais, l'établissement public de soins se distinguerait de tout autre type d'établissement de soins à caractère privé en ce sens que sa mission apparaîtrait, au regard de l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique²²⁹⁴, comme fondamentalement ancrée dans une approche de la *personne*, indépendamment de toute autre considération qui lui serait extérieure. L'établissement public de santé serait en ce sens investi d'une pure mission de service public entendue au sens de la jurisprudence classique du juge administratif²²⁹⁵.

1156.- Dès lors, la lutte contre la souffrance des mourants, et l'accompagnement en fin de vie, sont des obligations légales incombant aux établissements de santé ; ils ne peuvent souffrir d'aucune exception. La lutte contre la douleur, et particulièrement celle entrant dans le cadre de l'accompagnement de la fin de vie constituent une obligation non seulement de nature médicale et éthique, mais également juridique, en apparence secondairement pour l'hôpital. Car il est logique qu'un praticien, quelque soit son niveau de compétence, ne puisse revendiquer *a priori* qu'une connaissance médicale. Certes, il est aujourd'hui courant de rencontrer des praticiens ayant reçu dans le cadre de leur formation initiale, des cours propres à les sensibiliser à la matière juridique²²⁹⁶ ; pour autant celle-ci ne pourrait demeurer que secondaire. Le risque de voir un enseignement essentiellement *bioéthique*, de nature à privilégier les seules conceptions empiristes et rationalistes technicistes, serait trop grand²²⁹⁷. Et cette idée d'une seule approche purement *scientifiste* du mourant serait soutenue par le constat d'une scientificisation-technicisation de la mort, dont l'approche *bioéthique* n'en serait qu'une manifestation de la médicalisation-globalisation des rapports à la *personne*²²⁹⁸.

²²⁹³ J.-M. Clément, *Mémento de droit hospitalier*, Manuels, Berger-Levrault, 14^{ème} éd., coll. Les indispensables, 2011.

²²⁹⁴ « L'objet principal des établissements publics de santé n'est ni industriel ni commercial ».

²²⁹⁵ Les caractéristiques d'un service public ont été traditionnellement dégagés par un arrêt TC. 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte-d'Ivoire c. Société de l'ouest africain*, arrêt dit *Bac d'Eloka*, Rec. p. 91, D. 1921, 3, 1, concl. Matter, GAJA, n° 38.

²²⁹⁶ La formation des professionnels de santé en matière de lutte contre la souffrance des mourants fut introduite assez tardivement aux enseignements des futurs médecins notamment. Voir en ce sens H. Delbecque, *op. cit.*, p. 120. Cette nécessité du début des années 2000 a permis de concevoir une véritable spécialisation des services, dans la droite ligne de l'esprit de la circulaire de 1986, préc., et de la loi de 1999, préc. Toutefois si des efforts ont été faits, notons que ces formations demeurent fondées sur une approche bioéthique, bien loin d'un quête de nature éthique, avant tout.

²²⁹⁷ Cette crainte était déjà entrevue chez le Docteur Desfosses en 1998, dénonçant l'inaptitude organisationnelle à prendre en charge les mourants autrement que sous l'angle de simples connaissances techniques : voir G. Desfosses, *Limites et dérives des équipes mobiles de soins palliatifs*, *European Journal of Palliative Care*, 1998 5 (3), pp. 81 s.

²²⁹⁸ Voir par exemple les recommandations dès 1996 émanant du corps médical en vue de contourner le risque euthanasique : B. Burucoa, M. Delzor et coll., *Pour une sédation vigile non euthanasique : midazolam et methotrimeprazine, alternatives à l'euthanasie*, *Info Kara*, n° 43, 1996, pp. 21-30. ; ou encore J.-C. Fondras, *La*

1157.- Si les dispositions programmatiques de la loi du 4 février 1995 ont connu des évolutions certaines dans les dispositifs légaux qui ont suivi, il apparaît que l'esprit en serait demeuré le même. Seule la douleur physique serait examinée par les professionnels de santé et médecins qui, lorsque la personne souffre, autrement que physiquement, lorsqu'elle ne sait plus ou situer sa douleur, auraient le plus souvent largement recouru à de fortes doses de neuroleptiques afin de les apaiser²²⁹⁹. C'est là que le juriste s'insurge lorsqu'il regarde la *personne*.

Section.II. Douleur physique et pratiques légales attentatoires à la personne du mourant

1158.- Si ces pratiques sont légales, elles n'en demeureraient pas moins attentatoires à la personne²³⁰⁰, dans la mesure où elles ne seraient pas la seule voie thérapeutique envisageable, privilégiant la perte de conscience²³⁰¹ à l'élévation de celle-ci. Or le médecin a l'obligation de soutenir le patient mourant en usant de tous les moyens dont il dispose²³⁰², et d'en informer le patient²³⁰³ qui doit pouvoir, conjointement à l'avis du médecin, décider de ce qu'il entend recevoir ou ne pas recevoir²³⁰⁴.

1159.- Titulaire de la personnalité juridique, la *personne* jouit, avant même d'être considérée plus spécifiquement comme une personne mourante, de droits et obligations.

règle du double effet en soins terminaux, critiques justification et limites, Médecine palliative, 1 (2), 2002, pp. 89-94.

²²⁹⁹ Voir en ce sens le rapport de la SFAP, *La sédation pour détresse en fin de vie*, Recommandations de la Société Française pour l'Accompagnement et de soins palliatifs, Groupe de travail « Sédation en fin de vie », 2005, p. 42., qui recommande tout de même la sédation en vue de créer un état de somnolence, mais non de favoriser la mort, ce qui en reviendrait à une sédation euthanasiant ; de plus elle recommande que si cette sédation ne doit pas favoriser la mort, elle doit être faite dans un stade de mort imminente.

²³⁰⁰ Voir P. Poulain, et S. Pourchet, *Douleur, fin de vie, sédation et réflexion éthique*, in P. Poulain editor, *Douleur en oncologie*. John Libbey Eurotext, Paris, 2004.

²³⁰¹ La sédation serait « la recherche, par des moyens médicamenteux, d'une diminution de la vigilance, pouvant aller jusqu'à la perte de conscience. Son but est de diminuer ou de faire disparaître la perception d'une situation vécue comme insupportable par le patient, alors que tous les moyens disponibles et adaptés à cette situation ont pu lui être proposés et/ou mis en œuvre sans permettre d'obtenir le soulagement escompté ». note de synthèse de la SFAP, *La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes*, 2010, p. 72.

²³⁰² Il s'agit de l'obligation légale de l'article L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique, que la définition même de la sédation rappelle comme condition *sine qua non* à sa mise en œuvre.

²³⁰³ Obligation d'information de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui se retrouve à chaque étape de la relation médicale.

²³⁰⁴ Il s'agit du principe de l'autonomisation du mourant, lié à l'esprit de la loi de 2005, préc. et contenu dans le dispositif de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

Ainsi, toute intervention sur la personne, physique, au sens médical du terme, devrait par hypothèse être, *a priori*, dictée par des raisons de droit. Or, au sein de l'unité hospitalière, le médical demeurerait *sur* le juridique ; lorsque le médecin aurait accompli son examen, établi son diagnostic, il irait alors, en prévision d'une intervention, sommairement expliciter les conditions de droit, mais uniquement celles qui seraient applicable à son seul acte. Pourtant, les conditions juridico-légales applicables à la personne sont bien plus étendues que celles spécifiques du mourant.

1160.- Comprenons de plus que les applications pratiques permettant l'administration de sédation consacrées par la loi de 2005, et autorisant dès lors de conduire à une mort apaisée, ne sembleraient pas pourtant préserver de toutes les souffrances²³⁰⁵. Il s'agirait alors de sédations « par précaution »²³⁰⁶, permettant, lorsque la pathologie serait facile à identifier physiquement, d'harmoniser plus aisément le droit et le médical. En effet, le respect des principes légaux et éthique implique encore que la mort ne soit pas provoquée, mais intervienne consécutivement à un processus naturel résultant de l'état pathologique du mourant.

1161.- La difficulté interviendrait lorsqu'il s'agirait d'identifier un mal pour lequel on ne pourrait localiser l'origine, pire encore dont on ne connaîtrait pas la source et dont il deviendrait exceptionnel de faire disparaître la manifestation. La douleur que la fin de vie peut engendrer, relevant d'un trouble plus profond, semble exacerber la persistance, malgré tout, de l'aspect le plus subjectif des droits du mourant.

²³⁰⁵ Les médecins avouent encore aujourd'hui leur incapacité à affirmer que bien qu'ayant tout mis en œuvre sur un plan médicamenteux ils puissent parvenir à soulager de toutes les souffrances. Voir en ce sens la note de synthèse de la SFAP, *La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes*, op. cit., p. 73.

²³⁰⁶ *Ibid.*

Chapitre.III. Douleur psychique et considérations *psychanalytiques*

1162.- La souffrance présupposerait la dimension subjective²³⁰⁷ propre au respect d'une éthique plus psychologique et psychique, permettant de « donner un langage aux pulsions »²³⁰⁸ (**Section.I.**). Toutefois c'est en abordant philosophiquement l'**intimité** sous-jacente au droit à voir atténuer sa souffrance que celle-ci se révélerait le mieux en tant que source du droit de la *personne-mourante* (**Section.II.**).

Section.I. Psychologisation et anti-subjectivisme

1163.- La psychologisation²³⁰⁹ des rapports au mourant auraient pu donner l'illusion qu'un droit subjectif du patient avait émergé et qu'ainsi il serait redevenu maître de sa propre santé. Toutefois, ceci ne semblerait être qu'une illusion, à deux niveaux d'interprétation. D'abord, dans le rapport à la souffrance, car la psychologisation entendrait comprendre la *psyché* du mourant²³¹⁰, ses exigences²³¹¹, mais les envisagerait dans un rapport qui ne pourrait se situer ailleurs que dans un ordre encore existentiellement physique²³¹². Puis, sur un plan théorique et

²³⁰⁷ Le docteur Freud semble être au départ de cette reconception du malade, que le mourant consacrerait cent ans après. Ainsi, d'un patient soumis aux exigences de la science médicale, l'époque freudienne aurait connu l'avènement d'un patient redécouvrant sa psyché, et devenant subjectivement exigeant quant à sa santé. Voir en ce sens B. Pitcho, *Le statut juridique du patient*, op. cit., pp. 218 s. Toutefois nous nous distinguerons de cette approche en ce sens que ce subjectivisme là ne serait qu'un objectivisme déguisé. Le patient n'aurait jamais réellement connu de liberté en ce sens que son autonomie de la volonté n'est qu'idéalement fondée : voir *infra*.

²³⁰⁸ Voir F. Quinche, *Le corps et la personne*, in J.-D. Causse et D. Müller (dir.), *Introduction à l'éthique. Penser, croire, agir*, Labor et Fides, 2009, pp. 339 s.

²³⁰⁹ Voir note de synthèse de la SFAP, op. cit., p. 75, considérant la souffrance sur un plan « existentiel ».

²³¹⁰ Voir en ce sens R. Draï, *Qu'appelle-t-on la fin de vie ? Approches juridiques et psychanalytiques*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

²³¹¹ Voir pour un prodrome, S. Freud, *Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort*, Payot, Paris, 1968.

²³¹² Voir en ce sens P. Rousseau, *Existential suffering and palliative sedation*, *Anesth Analg.*, 2005, 101, 611-a-612-a. L'ensemble de la théorisation existentialiste a permis toutes les justifications d'une existence physique avant tout le reste, ce reste étant source de doute et donc inférieur à la certitude de la raison scientifique. Partant du prologue chez Kierkegaard, qui conditionne la foi au doute, présupposant en quelque sorte la nécessité d'abandonner la foi pour abandonner le doute : voir S. Kierkegaard, *Journal (extraits)*, 1846-1849, Gallimard, 1954, jusqu'à son avènement revendiqué chez Sartre, où l'existence est un résidu de l'être car ce dernier n'est plus essence mais existence manifestée : voir en guise de programme à une tentative d'anéantissement de la métaphysique, J.-P. Sartre, *L'Être et le Néant*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, conduisant à l'abandon de l'approche métaphysique de l'être, comprenons que toute métaphysique

philosophique, l'autonomie de la volonté du mourant n'étant autre chose qu'un objet *objectif*, impératif catégorique moralisant, circonscrit par la loi, et non plus une obligation morale reposant d'abord sur une loi naturelle²³¹³.

1164.- En effet, le psychologue, le psychiatre, le psychanalyste pénètrent réellement l'ordre de la pensée, là où la douleur devient le plus difficilement quantifiable²³¹⁴, là où l'incertitude des professionnels de santé serait la plus grande²³¹⁵. Toutefois, leurs analyses renvoient systématiquement la *personne* dans un ordre qui est celui de leur vie affective, présente et conditionnée, à leur état de mourant par exemple, l'ordre des effets. Cette approche partirait de la souffrance physique pour y revenir dans un mouvement de la chose à la chose²³¹⁶.

1165.- L'approche *choséifiante* se justifierait identiquement d'un point de vue juridique et d'un point de vue médical, en ayant recourt à la notion d'intimité, celle-là même qui en tant que dérivé jurisprudentiel de la notion de vie privée²³¹⁷ de l'article 9 du Code civil, servirait de curseur dans l'appréciation juridique du respect du devoir d'accompagnement en fin de vie. Obligation morale, peut-être premièrement, elle est en tout état de cause rappelée par le droit comme un devoir contractuel²³¹⁸. Or cette obligation polymorphe s'est élaborée progressivement, et en particulier par des précisions jurisprudentielles de ses composantes essentielles. L'accompagnement en fin de vie doit être également celui du respect de l'intimité du patient²³¹⁹, et il s'agirait d'une redécouverte de la subjectivité, non plus comme un frein à la jouissance de l'existence²³²⁰, mais comme un objet de liberté.

revendiquée après cette *chute*, en réalité programmée dans l'idéalisme kantien, ne serait qu'une *infra* méta-physique, assimilant *non-être* et *néant*.

²³¹³ Voir nos développements *infra* sur la notion de volonté.

²³¹⁴ F. Pasche, *Peur de la mort, angoisse de mort, défense du Moi*, Rev. franç. Psychanal., janvier 1996, pp. 49 s.

²³¹⁵ Voir R. Aubry, *Fin de vie, désir de mort et euthanasie : la société à l'épreuve*, in R. Aubry, coord.

L'euthanasie et la mort désirée : questions pour la société et la pratique des soins palliatifs, SFAP, Mutualité française, Paris, 2005.

²³¹⁶ Voir en ce sens F. Pasche, *op. cit.*, conditionnant la peur de mort à la peur d'une perte de sa consistance en tant que chose parmi les choses réelles, considérée par l'auteur comme une angoisse psychotique.

²³¹⁷ Ce ci semble opérer d'ailleurs un consensus entre médicaux et juristes reconnaissant que cette souffrance relève de la dimension la plus insondable empiriquement. Voir SFAP, *op. cit.*, p. 75.

²³¹⁸ En tant qu'élément planifié à la Charte des droits de la personne hospitalisée, art. 8, préc., le respect de l'intimité du mourant ferait partie intégrante du contrat de soins hospitalier.

²³¹⁹ La problématique semble d'autant plus complexe lorsque la mort survient dans le cadre des urgences ; voir M.-F. Couilliot, *Le temps du mourir et le temps de l'hôpital : prise en charge des patients en fin de vie aux Urgences*, Santé publique, vol. 23, avril 2004, pp. 269-278.

²³²⁰ Jusqu'à lors, la jouissance de l'intimité se limite encore à l'aspect physique de la considération accordée à la personne, avec la possibilité pour le mourant en état imminent de mort de se retrouver isolé en chambre, conformément d'abord à l'article 67 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974, puis condition reprise dans la loi ; ou encore de sortir de l'hôpital pour mourir à domicile si son état le permet, ce qui semble peu probable en pratique,

1166.- Car bien autrement en serait-il d'une pensée qui partirait toujours de la personne physique, dans sa souffrance corporelle, mais qui, par une succession d'inductions de l'esprit, la conduirait intuitionnellement à identifier ce qui a mal en elle, profondément, sans artifices extérieurs pour illustrer ce supplice qui n'a pas de lieu²³²¹.

1167.- La subjectivité de la personne est intimement liée à l'accompagnement qui en est une composante et non l'inverse. La subjectivité ne signifie pas le monde de l'irréel, des pensées les plus irrationnelles et dangereuses pour la personne elle-même, mais bien au contraire l'univers le plus intime, celui du *sub jectum* latin ne désignant rien d'autre que l'invariablement insaisissable de la *personne* dans ce qu'elle a de plus singulièrement déterminé²³²². C'est au cœur de la *subjectivité* que l'intimité repose, là où l'esprit demeure en mouvement. Et sans se contredire sur la forme, droit et médecine reconnaissent ensemble la nécessité de considérer d'abord l'intimité au nom de la vie privée²³²³.

Section.II. L'intimité du mourant aux sources du droit à ne pas souffrir

1168.- Le respect de l'intimité du malade et donc extensivement du mourant qui n'est pas moins malade ou plus malade que le premier, est un droit reconnu au nom du secret de la vie privée, dont le Conseil constitutionnel s'est rendu garant²³²⁴.

1169.- Le droit privé en serait le domaine de prédilection²³²⁵, la jurisprudence civile s'en étant donc très judicieusement saisie, et élevant ici une possibilité de résistance de la responsabilité civile opposable aux professionnels de santé, sur le fondement du respect de l'intimité. La

conformément d'abord à l'art. 62 du décret du 14 janvier 1974 préc. puis repris dans la loi . Voir F. Lalande et O. Veber, *La mort à l'hôpital*, préc.

²³²¹ Voir notamment M. Plon et H. Rey-Flaud, *La pulsion de mort, entre psychanalyse et philosophie*, Erès, Paris, 2004, pp. 161-168.

²³²² Pour une approche de la notion de subjectivité, nous renvoyons à la définition contenue dans *Les notions philosophiques, dictionnaire*, op. cit., pp. 870-871. Voir encore M. Villey, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, Chap. « Les origines de la notion de subjectivité », 321.

²³²³ Voir SFAP, *op. cit.*, p. 75.

²³²⁴ Voir en ce sens P. Kayser, *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges P. Reynaud, Dalloz Sirey, 1985, 329., et T. Renoux, *Droits des libertés : de la liberté individuelle à la liberté personnelle*, Rev. franç. droit consti., 1994, 379.

²³²⁵ Voir A. Bernard, *La protection de l'intimité par le droit privé, éloge du ragot ou comment vices exposés engendrent vertu*, CURRAP, ouvr. Cité, PUF, Paris, 1995.

Cour d'appel de Paris interpellée en 1980²³²⁶, à propos de la divulgation d'éléments caractérisant l'état de santé²³²⁷, et désormais étendu au domaine de la pensée, serait un des fondements jurisprudentiels de l'intimité appliquée au mourant. Ainsi, de l'intimité corporelle, les juristes ont su extraire la notion d'intimité sentimentale²³²⁸, affective, mais également religieuse.

1170.- Le juge dispose que²³²⁹ : « la vie sentimentale d'une personne présente un caractère strictement privé et l'article 9 interdit de porter à la connaissance du public les liaisons, véritables ou imaginaires, qui lui sont prêtées. » Plus encore, si la participation publique aux manifestations religieuses d'un culte autorisé et protégé par la loi ne peut faire l'objet de quelque atteinte que ce soit²³³⁰, « la révélation publique de la pratique religieuse d'une personne, en vue de la déconsidérer et de susciter des attitudes discriminatoires, constitue une atteinte au respect dû à sa vie privée » comme le souligne la Cour de cassation²³³¹. Cette dernière observation a connu une reconnaissance réglementaire, formulée dans la Charte du patient hospitalisé²³³². Force est de constater que le caractère discriminatoire lié à la révélation en vue de distinguer serait peu aisé à identifier. C'est ainsi que nous considérerons que, conformément au droit de chacun à bénéficier d'une attitude laïque en tout lieu public, le simple fait de révéler l'appartenance religieuse d'autrui constituerait une atteinte à sa vie privée, et donc une souffrance.

1171.- La souffrance, devant être traitée identiquement sur le plan médicamenteux que sur le plan moral et spirituel²³³³, aurait à pâtir d'une réelle carence dans ce dernier domaine, bien que régulièrement reconnue dans la jurisprudence comme un objet fondamental de la jouissance de la personnalité juridique²³³⁴. Or cette atteinte, considérée comme civilement répréhensible, serait à considérer dans sa plus haute gravité lorsqu'elle concernerait une personne aux portes de la fin de vie. En effet, et ce quelque soit le culte monothéiste révélé, la

²³²⁶ CA. de Paris, 9 juillet 1980, *D.* 1981, *Juris.*, p. 72.

²³²⁷ En dehors des causes pénales de violation du secret du dossier médical, et du secret professionnel.

²³²⁸ Voir F. Vialla, *Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle, et institution sanitaire ou médico-sociale*, préc., pp. 123-129.

²³²⁹ TGI de Paris, 2 juin 1976, *D.* 1977, *Juris.* 364, note R. Lindon, préc.

²³³⁰ TGI de Paris 11 février 1987, *D.* 1987, *Som.* 385, obs. R. Lindon, et D. Amson.

²³³¹ C. cass. 1^{ère} civ. 6 mars 2001, *JCP*, *Gén.*, 2001, n° 18, 2 mai, *Sommaires de jurisprudence*, Cour de cassation, p. 897 ; *Droit & Patrimoine*, 2001, n° 94, juin, *jurisprudence & législation*, p. 95, note Grégoire Loiseau.

²³³² Art. 8., préc.

²³³³ Voir définition des soins palliatifs chez S. Monnier, *op. cit.*, préc.

²³³⁴ Voir F. Terré, *La vie privée*, in P. Tabatoni et al., *Société d'information et vie privée*, Tome III, PUF, 2002, chap. 7, pp. 138-151.

fin de vie est d'une importance capitale, car non pas la fin du tout, mais un nouveau départ. Ainsi, révéler contre la volonté d'une personne son appartenance à un culte peut engendrer pour celle-ci une interférence aux conséquences psychologiques désastreuses. Et c'est ici que le juge devrait intervenir en tant que garant de cet intime le plus subtil.

1172.- Dans le cadre hospitalier, l'arrêt Chantal Nobel²³³⁵ a permis de consacrer le droit à la vie privée²³³⁶ de la chambre du patient qui doit être assimilée au domicile privé de celui-ci. Ainsi, tous les droits inhérents à la jouissance de sa vie privée, conformes à l'article 9 du Code civil, ainsi qu'aux multiples extensions jurisprudentielles, devraient être scrupuleusement respectés. Et en la matière, l'article 9 du Code civil ne se trouve plus être l'unique référence. Outre l'article 7 de la Charte du patient hospitalisé, il est possible d'en retrouver une manifestation dans les articles 45 du décret du 14 janvier 1974²³³⁷ et 2 du décret du 16 février 1993²³³⁸ relatifs à la vie privée des personnels cadres et administratifs dans l'exercice de leur fonction hospitalière. Ces obligations ont cours telles qu'elles doivent être respectées en dehors de la cellule institutionnelle hospitalière, et *a fortiori* à l'intérieur, lorsqu'il s'agit d'apprécier en son âme et conscience, en vertu du droit le plus général²³³⁹, mais aussi du droit le plus spécifique, professionnel et déontologique²³⁴⁰, ou légal²³⁴¹, l'attitude la plus adéquate à adopter, *subjectivement* donc.

1173.- Car, et contre toute idée assassine des professions médicales, nous tenons à affirmer que les pressions, conditionnements normatifs et conditionnements inconscients culturels, sont autant d'obstacles dans l'émergence d'une réelle médecine du cœur dont nous ne doutons pas qu'elle anime encore la majorité des professionnels de santé dans le choix-vocation de leur mission. Et parmi ces pré-aménagements idéalistes programmatiques légaux, il en serait un particulièrement délicat, lorsqu'il s'agit d'évaluer la douleur, de dire comment le mourant souffre.

²³³⁵ CA de Paris 17 mars 1986, préc.

²³³⁶ Le secret de l'intimité constituerait en cela un prolongement du secret médical en ce sens que le fait de connaître telle ou telle information sur le malade-mourant peut avoir pour conséquence de résumer sa *personne* à cette seule information : il est juif, et cancéreux, par exemple. Voir en ce sens, C. cass. 1^{ère} civ. 6 mars 2001, *Bull. Civ. I*, n° 60 ; *D.* 2002. 248, note Duvert ; *Dr. Et patr.*, juin 2001, p. 95, *obs.* Loiseau, préc.

²³³⁷ Décret du 14 janvier 1974, préc.

²³³⁸ Décret du 16 février 1993, préc.

²³³⁹ Le droit de la personne privée avant tout, puis le droit public du consommateur de soins.

²³⁴⁰ Le Code de déontologie médicale.

²³⁴¹ Le Code de la santé publique et plus particulièrement les dispositions résultant des lois de 2002 et de 2005.

Chapitre.IV.

L'évaluation rationnelle de la douleur

1174.- L'approche juridique *stricto sensu* en deviendrait d'autant plus délicate, la douleur, tout comme le bonheur étant des notions difficilement définissables²³⁴² (Section.I.). Les juristes ont dû, non sans une certaine forme de pression à caractère théorique, saisir ces notions dans une perspective de rationalisation normative²³⁴³ (Section.II.), et ce afin de suivre le mouvement médical. C'est tout l'enjeu, toute proportion gardée, du *pretium doloris*.

Section.I. Les fondements de l'évaluation rationnelle de la douleur

1175.- Nous pourrions dire que l'appréciation jugée *subjective* du patient, conforme au droit de faire respecter son intimité, suivant l'idée développée au visa de l'article 9 du Code civil, mais encore de l'article 16 du même code, se trouverait consacrée dans un ensemble de grilles de lecture auxquelles le droit de la santé fait référence²³⁴⁴. Largement développé et consacré par la jurisprudence, notons que le droit de la santé s'est peu à peu autonomisé du droit civil général, spécifiant notamment la notion de vie privée. Ainsi, en l'espèce, la notion se voit explicitée en différents arcanes, tantôt saisissant la place du patient, tantôt codifiant le rôle du praticien. Ainsi, les articles L. 1110-5 du Code de la santé publique, 37 du Code de déontologie médicale, et 2 de la Charte du patient hospitalisé font référence à l'idée unique selon laquelle toute personne a le droit de recevoir les soins les plus appropriés.

²³⁴² Cette opposition est le fondement même de l'approche de Leibniz sur l'entendement humain ; toutefois, l'effort de pensée du philosophe est de ne point opposer les notions innées de souffrance et de bonheur, détruisant la première comme facteur de dis-harmonie de l'univers rationnellement (opposition à Descartes) et empiriquement (opposition à Locke) exposé. Voir en ce sens G. W. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, G-F, Flammarion, 1990. Voir à ce sujet, L. Pena, *Le paradoxe de l'être mourant chez Saint Augustin et Leibniz*, in *La vie et la mort*, éd. M. Vade, Soc. Poitevine de philosophie, 1996, pp. 287-289.

²³⁴³ Il s'agit donc d'identifier le droit à la douleur du Code de la santé publique, la douleur étant strictement empiriquement saisie ; et par opposition à celle-ci, il s'agit d'identifier le bien-être, notion bien présente au Code de la santé publique mais uniquement en référence à l'enfant ainsi qu'à l'animal. Toutefois, nous déduirons que le bien-être serait compris par opposition à la notion de douleur.

²³⁴⁴ Lorsque l'article annexe 11-1 du Code de la santé publique renvoie à des nomenclatures évaluatives des troubles causés par un accident médical en vue d'évaluer le préjudice réparable, il fait implicitement référence aux nomenclatures médicales permettant d'apprécier la *quantité de douleur*. Il existe de nombreuses sources afin d'évaluer la douleur, émanant toutes des professionnels de la santé, infirmiers et médecins ; voir en ce sens Institut UPSA de la douleur, *Soins palliatifs en équipes : le rôle infirmier*, Nouvelle éd., 2006.

1176.- Propre à protéger sa dignité, la référence juridique se doit *a priori* de correspondre à un état de santé propice au développement de la douleur. Cette dernière est, nous l'avons vu, premièrement corporelle, puis peut, dans l'ordre des priorités médicales, se prolonger en souffrance morale.

1177.- Lourde est la tâche de l'évaluation technique de la douleur. Elle repose sur un double fondement : sur l'auto-évaluation du patient d'une part, dans le respect de l'autonomie, conformément à la conceptualisation du citoyen de santé (**Paragraphe.I.**), et d'autre part, et conjointement, sur les données acquises de la science dont le praticien est garant (**Paragraphe.II.**). Retenons qu'ici, il s'agira de s'interroger quant à l'ordre des perspectives considérées.

Paragraphe.I. L'évaluation sur le fondement du respect de l'autonomie de la volonté du mourant

1178.- L'auto-évaluation dénuée de toute conditionnalité devrait primer sur l'évaluation effectuée par les professionnels de santé dont on sait qu'elle repose avant tout sur des données empiriques et rationnelles, existencialo-phénoménologiques²³⁴⁵.

1179.- Toutefois, ces données sembleraient être également sous-jacentes à l'évaluation de la douleur du mourant sur lui-même, puisque seules celles-ci sont proposées au mourant, en dehors de toute intuition²³⁴⁶. La douleur, puisqu'elle existe nécessairement²³⁴⁷, devra s'adapter aux nomenclatures médicales auxquelles le droit de la santé semble avoir succombé. Le mourant, en état de détresse, que l'on regarde *a priori* comme mourant, est directement lié au praticien à ce stade de l'évaluation de sa douleur. Il s'agirait d'une des modalités de l'accomplissement de l'engagement contractuel, appelant une information, l'évaluation de la

²³⁴⁵ Des échelles sont proposées par le ministère chargé de la santé en vue de pratiquer une auto-évaluation simplifiée lorsque la personne a mal, chez elle, toute seule face à son propre jugement, mais toutefois soumise à une appréciation au regard de ces échelles pré conçues ; voir *La douleur en question*, op. cit., pp. 28-29.

²³⁴⁶ La douleur étant envisagée comme un message, il pourrait être considéré que celui-ci repose avant tout sur un aspect psychique. Toutefois, seul le domaine physique est utilisé pour illustrer celle-ci ; voir *ibid*, p. 10, sur « les mécanismes de la douleur ».

²³⁴⁷ Toutefois la douleur dite psychogène est systématiquement rapportée à une pathologie de nature dépressive, « deuil, traumatisme, séparation », op. cit., pp. 22-23. Voir également H. Auque, C. Levain, *Rencontres à l'hôpital : l'aumônerie en question*, Labor et Fides, Reveil Publications, 2001, pp. 138 s.

douleur étant elle-même jugée comme un acte médical²³⁴⁸. Le droit dicterait, *a priori*, chaque geste accompli par le praticien, et plus étonnant peut-être encore, chaque geste accompli par le patient.

Paragraphe.II. Le praticien et les données acquises de la science politique de la santé

1180.- Le praticien est celui qui tente d'apaiser la souffrance par l'administration du traitement reconnu pour son efficacité²³⁴⁹. La thérapeutique, ou l'action de soigner est ici celle qui ne vise non plus à remettre en l'état d'harmonie antérieurement connu par le patient, mais plutôt à créer une harmonie de l'instant présent, afin d'obtenir un soulagement garantissant les meilleures conditions favorables à respecter la sécurité sanitaire suscitée par les connaissances avérées de la science médicale. C'est ainsi que pourrait se comprendre l'approche éthique, réduite à sa seule dimension médicale.

1181.- L'évaluation rationnelle se consacrerait dans les politiques d'accréditation des établissements publics de santé²³⁵⁰, lorsque le budget de la santé est voté à l'Assemblée Nationale. Il s'agirait de considérer quelle place sera accordée à la politique de santé de lutte contre la douleur. Et si la question semble complexe en règle générale²³⁵¹, elle est d'autant plus épineuse dans le cas des mourants, car il est impossible de dire qu'on les abandonne, mais, dans les faits, leur improductivité, l'absence d'enjeu scientifique de recherche ou encore de découvertes de connaissances empiriques, conduirait nécessairement à rationaliser *a minima* les mesures prises à leur bénéfice.

²³⁴⁸ Elle fait appel désormais à des formations systématiques des professionnels de santé : voir *ibid*, pp. 88-89.

²³⁴⁹ Si les méthodes d'évaluation sont perfectionnées, leur rationalisme implique leur imperfection originelle.

Voir pour un exemple de méthodes d'évaluation : ANDEM, *Les structures d'évaluation et de traitement de la douleur*, novembre 1995 ; ou encore ANAES, *Evaluation et prise en charge thérapeutique de la douleur chez la personne âgée ayant des troubles de la communication verbale*, octobre 2000. Notons que ces structures d'évaluations de la douleur émanent toutes d'institutions *pseudo* étatiques. Le lien à une politique de santé ne pouvant être présumé, tout au plus suggéré.

²³⁵⁰ Voir en ce sens l'avis n° 108 du CCNE, préc.

²³⁵¹ G. Mémeteau, *Accréditation et responsabilités. Hypothèses*, in *Gaz. Pal.* 23-24 octobre 1998, p. 20.

Section.II. La systématisation de l'appréciation de la douleur par son intégration au dispositif légal

1182.- C'est la loi du 22 avril 2005 qui est venue parachever un dispositif jusqu'alors jugé trop éparse quant à l'appréciation de la douleur (**Paragraphe.I.**). Insuffisant pour le cas spécifique des mourants, se distinguant des autres malades en souffrance, le dispositif de la loi de 2005 vint compléter des mécanismes réglementaires (**Paragraphe.II.**), considérant dès lors cette tâche comme un devoir moral de *bioéthique*, relevant plus d'un droit public que d'un devoir être de nature éthique (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. La place de la prise en compte de la douleur dans la loi de 2005

1183.- La loi du 22 avril 2005 a introduit l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique comme colonne vertébrale de la prise en charge de la douleur. L'obligation pour le praticien est désormais une obligation légale.

1184.- Avant cette réforme de fond, il existait tout de même les dispositions reprises à l'article L. 1112-4 du Code de la santé publique, issues de la loi du 9 juin 1999 relatives à l'introduction institutionnelle des soins palliatifs²³⁵². Cependant, la formulation semblait ne faire incomber cette obligation qu'aux seuls établissements, dans leur organisation, sans faire peser une quelconque responsabilité, même morale sur les épaules des praticiens. L'organisation des soins palliatifs est donc désormais structurée dans les budgets de l'établissement²³⁵³.

1185.- Notons que la prise en charge de la douleur a été le fruit d'un compartimentage, ayant des domaines d'application spécifiques²³⁵⁴, ou encore pouvant être détachés des missions de

²³⁵² Il s'agit d'un projet d'établissement renvoyant à une gestion administrative des questions de santé.

²³⁵³ Art. L. 6112-7 du Code de la santé publique, ainsi que L. 6121-4 du Code de la santé publique.

²³⁵⁴ Voir par exemple pour une prise en charge spécifique des douleurs liées au cancer, l'existence des Centres régionaux de lutte contre le cancer prévue à l'article L. 6162-1 du Code de la santé publique.

services de la structure hospitalière en elle-même²³⁵⁵, devenant alors des « structures de soins alternatives »²³⁵⁶. Précisons enfin le rôle primordial de la HAS dans le cadre de l'évaluation de la douleur, des politiques hospitalières et étatiques allant en ce sens, définissant ce que sont les douleurs, les méthodes d'évaluation, ainsi que les modalités de mise en application²³⁵⁷ de celles-ci, au moyen des budgets alloués par l'Etat. La science politique de la santé trouverait donc ici encore une des modalités de sa manifestation, dans la rationalisation des moyens de lutte contre la douleur²³⁵⁸.

Paragraphe.II. L'actualisation des dispositifs

1186.- Toutefois le dispositif légal de 2005 ne serait que le complément de dispositions de nature réglementaires.

1187.- L'article 37 du Code de déontologie médical prévoyait déjà, dès 1995, une prise en charge obligatoire, opposable devant les instances disciplinaires, de la douleur des malades. Non spécifiées à l'état de mourant, rien ne supposait le contraire non plus. Les dispositions réglementaires n'étant pas opposables aux malades eux-mêmes, il était nécessaire d'intégrer ces dispositions au Code de la santé publique.

1188.- Le décret du 11 février 2002²³⁵⁹ était venu préciser les modalités d'application de la prise en charge de la douleur dans les professions d'infirmiers. Notons que la recommandation apportait des précisions faisant état de la plus grande proximité que les infirmiers et infirmières entretiennent avec les malades par rapport à l'approche bien plus déshumanisée des médecins. C'est en ce sens que la loi du 22 avril 2005 a entendu rappeler la nécessité de porter une attention constante quant aux actes de prévention de la douleur, de diagnostic le cas échéant, et de mise en place de traitements destinés à soulager les douleurs

²³⁵⁵ Rappelons en ce sens les missions honorées par les bénévoles de l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique co-contractant de l'établissement public de santé en vertu de l'application de l'article annexe 11-1 du Code de la santé publique.

²³⁵⁶ Art. L. 6122-3 du Code de la santé publique.

²³⁵⁷ Art. L. 1414-2 du Code de la santé publique.

²³⁵⁸ Voir en ce sens sur l'exigence d'impartialité à l'encontre de la HAS, les recommandations ayant été estimé pouvoir faire grief, CE. 27 avril 2011, *JCP Adm. et coll. terr.*, n° 19, 9 mai 2011, act. 340.

²³⁵⁹ Décret du 11 février 2002, préc.

du patient²³⁶⁰. Comprendons que ce dispositif légal s'inscrivant tout particulièrement au bénéfice du cas spécifique du mourant, il s'agirait de percevoir que celui-ci devrait faire l'objet d'une attention toute particulière, peut-être plus conséquente que quelqu'autre malade que ce soit. Il s'agirait alors d'une disposition à caractère moral, au-delà d'une déontologie disciplinaire.

Paragraphe.III. Un devoir moral de droit, commun aux domaines public et privé, appliqué à l'ordre sanitaire

1189.- Le droit de la santé a opéré un glissement de fond vers une rationalisation fiduciaire de la place du patient géré administrativement au sein de l'unité hospitalière. Nous nous trouvons ici au croisement des droits : du droit public, lorsque l'on regarde la responsabilité des d'établissement ; du droit privé lorsque l'on regarde la responsabilité personnelle du praticien dans le cadre égaré de ses prérogatives, et ce jusqu'à l'énoncé pénal, lorsque le praticien accomplit un acte dont l'issu est la qualification extra médicale, lorsque seul le droit peut saisir celui-ci. Ainsi, d'une distinction des domaines (A.) pourrait émerger une problématique commune (B.) sur fond d'objectivisation de la notion de douleur (C.).

A. Distinctions artificielles des domaines de l'intimité

1190.- Dans le cadre purement administratif, le praticien agissant pour le compte de l'établissement se doit de respecter l'intimité du patient en lui garantissant notamment l'anonymat de son diagnostic, une prise en charge égale quelque soit son origine sociale ou raciale. Le praticien se doit de respecter l'engagement contractuel : s'il s'est engagé à réduire la souffrance du patient par l'administration de tel principe actif, celui-ci doit engendrer un résultat jugé satisfaisant par son bénéficiaire compte tenu des prévisions faites par le praticien.

1191.- Sur un plan civil et pénal, le praticien outrepassé l'exercice de ses fonctions lorsqu'il commet le plus simple attentat à la pudeur, pouvant aller jusqu'à commettre le délit d'exhibitionnisme ; ici, bien évidemment nous ne retiendrons pas le délit volontaire du

²³⁶⁰ Art. L. 1110-2 du Code de la santé publique.

malade mental, ni celui du praticien de sa propre personne, mais celui du praticien sur la personne du malade. Le patient est tout comme dans son domicile privé dans sa chambre ; dès lors il doit voir respecté son intimité lorsqu'il fait sa toilette, y compris lorsqu'un praticien accomplit sa toilette pour son propre compte.

B. Une problématique commune fondée sur le critère sanitaire appliqué à l'intimité

1192.- La problématique droit public/droit privé/droit pénal se nouerait en l'espèce quant à l'expression d'une composante de l'intimité construisant elle-même un des aspects de la dignité, dont on rappelle qu'elle est un moyen de préserver la *liberté*. C'est dans cette perspective que devrait s'inscrire un droit qui entendrait garantir tous les *masques de la subjectivité*.

1193.- Ainsi, qu'advierait-il de la notion de pudeur, éminemment *subjective* ? Le patient impotent, dont le corps ne répondrait plus aux ordres envoyés par le cerveau, mais dont le cerveau fonctionnerait de telle sorte que son activité spirituelle, présumée y être rattachée, le conduirait à vivre intensément chaque instant de grâce qui lui est encore offert, mais dans la souffrance de se voir prisonnier des protocoles médicaux. Celui-ci, par hypothèse, acceptant son état, car conformément à sa foi se devant d'accepter tout ce qui lui est donné de vivre, pourrait-il aller jusqu'à devenir un objet professionnel d'accomplissement d'un simple devoir-être moralement fondé sur le droit. Une infirmière²³⁶¹ accomplissant sa toilette, conformément à l'exercice administratif de sa fonction, outrepasserait-elle son droit lorsque le patient estimerait que son intimité corporelle, mais également spirituelle serait atteinte en raison d'une pratique rituelle ? Si l'on en revient à la présomption, discriminante, d'incapacité qui touche l'esprit même du patient mourant, alors, aucune attitude attentatoire ne pourrait être retenue relativement à notre hypothèse²³⁶². Pourtant, lorsque la question de droit touche aux

²³⁶¹ Voir décret du 11 février 2002 préc.

²³⁶² Notons au surplus que si l'article 8 de la Charte du patient hospitalisé entend garantir la jouissance de chacun dans son culte, il est également précisé que celui-ci ne doit pas interférer avec l'organisation des services. Cette interprétation n'appartenant qu'aux seuls personnels de santé, inopposable aux patients eux-mêmes, semble pouvoir fonder toutes les attitudes les plus attentatoires, en apparence minimales.

composantes les plus subjectives de la personnalité juridiques, il est indéniable que le nominalisme juridique atteint ses limites²³⁶³.

1194.- La théorisation de l'éthique expérimentale et conséquentialiste, kantienne et humienne combinée²³⁶⁴, nous invite à observer la notion de respect de la vie privée non plus dans le cadre strictement privé du domicile, mais dans un prolongement du domicile au sein de l'entité hospitalière. Ainsi, cette dernière devient garante de la protection de la personne, par le biais de la loi²³⁶⁵. Dépouillée de toute superstition, la rationalisation théorique de ces approches fait du droit privé un point d'encrage, un *commun*, dont l'entité publique serait contrainte d'assurer le respect²³⁶⁶.

1195.- Ainsi, l'établissement devrait, dans la mesure du possible, soutenir le prolongement d'une pratique religieuse, superstitieuse, quelle qu'elle soit, et ce dans les limites imposées par le principe de laïcité²³⁶⁷. C'est ainsi que serait transposé le droit à la vie privée du malade²³⁶⁸, de l'*extérieur vers l'intérieur* : le patient pourrait avoir accès au recueillement nécessaire à son culte, à la présence d'un ministre de son culte²³⁶⁹ s'il en est, pourrait bénéficier d'une nourriture adéquate, car tout ceci participerait d'un quotidien qui constitue un bien être, non pas hédoniste, mais eudémoniste, et ainsi reconstituerait une liberté d'action mise à mal par la souffrance. Recevoir la confession pour un catholique mourant devrait être aussi évident qu'accomplir sa prière rituelle pour un musulman²³⁷⁰. La mise en pratique serait

²³⁶³ Voir par exemple pour une étude plus approfondie sur ce sujet, M. I. Malauzat, *Le droit face au pouvoir des données génétiques*, Thèse, PUAM, 2000 ; ou encore, L. Becker, *Les limites du concept d'être humain*, Cahier S.T.S n° 11, *Ethique et biologie*, Ed. CNRS, 1986, p. 139.

²³⁶⁴ En réalité, la combinaison des pensées humienne et kantienne ne suffit pas. Elle servirait tout ou moins à faire état d'une pensée générale, stigmatisant la personne derrière des données impératives, justifiant des nomenclatures de telle sorte que puisse s'imposer des données médicales devant celle du droit premier de la personne. Ainsi c'est toute la pensée de Kant, certes, de Hume également, mais aussi celles de Locke ou encore Rivero et Bentham, Habermas et Gadamer qui permettent de légitimer l'approche administrative de la personne.

²³⁶⁵ Voir G. Mémeteau, *La définition de la personne par la loi*, in *JIB*, 1997, p. 39.

²³⁶⁶ Au nom du respect des droits fondamentaux reposant d'abord sur les libertés individuelles.

²³⁶⁷ Nous renvoyons à la laïcité chez J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit.

²³⁶⁸ Voir par exemple pour une approche positive et en tant que droit de l'homme de la laïcité, J.-M. Ducomte, *Santé et laïcité*, Revue des Directeurs d'hôpitaux, 2004, dossier « Hôpital et valeurs républicaines », pp. 5-6.

²³⁶⁹ Voir circulaire ministérielle du 6 mai 1995, préc., précisant que « tout établissement de santé doit respecter les croyances et convictions des personnes accueillies. Un patient doit pouvoir, dans la mesure du possible, suivre les préceptes de sa religion (recueillement, présence d'un ministre du culte de sa religion, nourriture, liberté d'action et d'expression, etc.) ». Voir H. Aukue, C. Levain, *Rencontres à l'hôpital : l'aumônerie en question*, op. cit., pp. 113 s. sur l'accompagnement du mourant.

²³⁷⁰ En pratique ces obligations rituelles du croyant interfèrent le plus souvent avec l'organisation des services, et le mourant doit en appeler à l'appréciation compréhensive des personnels qui s'occupent de lui. L'initiative privée est seule responsable en la matière.

bien moins évidente que le droit n'y enjoint, mais nul doute que l'avenir nous démontrera les progrès anthropologiques accomplis en la matière.

C. Objectivisation de la douleur et exigences de résultats politiques

1196.- C'est certainement par la poursuite d'une objectivisation des éléments subjectifs de la *personne* que le droit tente de garantir le respect de la vie privée. Respecter la dignité²³⁷¹ de la personne, c'est considérer « ce que mérite la personne » selon le professeur Neirinck²³⁷². Ainsi, en rattachant la notion à un cadre légal, et déontologique d'abord, faisant de celle-ci une mission accomplie conformément à une trame morale idéalement légalisée, ne pourrait voir respecter sa dignité que le seul être humain ayant lui-même respecté les règles pré établies.

1197.- Cet idéalisme néo kantien appliquerait *in concreto* la théorie de l'impératif catégorique, devenu ici impératifs catégoriels sanitaire. La *personne* ne serait digne que parce qu'elle entrerait dans une démarche d'adhésion à une règle de droit, dont la morale politisée²³⁷³ édicterait les conditions de son propre respect.

1198.- La loi s'auto censurerait ; et le patient sait *a priori* à quoi s'en tenir s'il s'éloigne des conditions propres à définir sa dignité. Ainsi, si la dignité a pu être la récompense des hommes à ceux qui respectent leur propre état d'universel dans l'individuel²³⁷⁴, elle ne pourrait plus être autre que garantie par « le comportement nécessaire à l'exercice de certaines professions »²³⁷⁵. Dans la souffrance, elle finirait par être purement rationalisée, et prendrait la forme d'un inventaire de modèles types, dont la déontologie seule pourrait dessiner les contours²³⁷⁶. Seul le praticien serait habilité à dire ce qu'est la dignité de la *personne* souffrante, car il serait seul investi à connaître la déontologie de la douleur, et donc la dignité qui s'y rapporte.

²³⁷¹ Notons que la définition classique des juristes ne retient qu'en dernier l'approche *humaniste* de la dignité ; voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 290.

²³⁷² C. Neirinck, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, op. cit., p. 39.

²³⁷³ Celle des politiques publiques de santé, dont les institutions *quasi* étatiques que sont la HAS, le CCNE, L'ONIAM ou les CRCI permettent l'application.

²³⁷⁴ Voir B. Pitcho, *ibid.*

²³⁷⁵ *Ibid*, p. 284.

²³⁷⁶ En partenariat avec la HAS conformément à l'application de l'article L. 1414-2 du Code de la santé publique.

1199.- Une élite se verrait créée, car responsable de l'édifice élaborant une morale de la souffrance. La dignité deviendrait par là une notion fonctionnelle, utilitaire²³⁷⁷. Ce n'est plus le malade individuellement qui s'en trouverait concerné, mais la communauté des malades, la dignité protectrice de la souffrance serait devenue alors une qualité à sauvegarder²³⁷⁸. Elle illustrerait l'ordre *ontologique* au sens kantien, celle dont *l'expérience ne nous apprend rien* ; donc inutile, par jus-naturalisme²³⁷⁹, comme Nietzsche le pré-consacrera dans son *Crépuscule des idoles*²³⁸⁰. Pour être connu de la *personne*, cette dernière devrait faire appel à sa raison théorique, la raison des vérités de fait, des contingences que dénonçait Leibniz²³⁸¹, celle dont les cadres sont rangés en bon ordre, et dont ce dernier ne pourrait être connu que par l'activité d'une pensée *a priori*²³⁸².

1200.- Le législateur, auteur d'une politique de santé publique moralisée, s'imposerait de créer une concordance entre le bien fondé moral de la notion de dignité²³⁸³, et sa manifestation comportementale²³⁸⁴. Les règles prétoriennes élaborées se révéleraient en l'espèce fondamentales, car faisant office de sources du droit en la matière. En référence à la *loi de solidarité du corps social* de Duguit²³⁸⁵, il deviendrait évident que l'objectivisme soit préféré à toute évanescence subjectiviste d'appréciation d'une croyance ou d'une opinion²³⁸⁶.

²³⁷⁷ Voir par exemple Ph. Pedrot, *La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire ?*, op. cit., p. 16.

²³⁷⁸ Il s'agirait d'une référence de plus à l'interminable liste des *droits de l'homme*.

²³⁷⁹ Voir tout ce qui découlera des principes du *contrat social* de Rousseau dans les théories du *jusnaturalisme* préfigurées chez Fichte, Hegel, Rawls ou Durkheim.

²³⁸⁰ Voir F. Nietzsche, *Le crépuscule des idoles*, op. cit., § 88.

²³⁸¹ Voir G. W. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, op. cit., pp. 285 s.

²³⁸² Une pensée à la fois cartésienne, celle du rationalisme pré-conséquentialiste de Descartes, du cogito ergo sum, ainsi que lockienne, celle d'un empirisme rejetant tout harmonie pré-établie.

²³⁸³ Telle que vue par les praticiens de la santé.

²³⁸⁴ Telle que relatée par les mourants, synthétiquement et statistiquement relatée ; souffrance doxologique.

²³⁸⁵ Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1921, ou encore L. Duguit, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du droit, Coll. Bibliothèque Léon Duguit, 1999. Voir à ce propos J.-P. Chazal, *Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique*, in *RIEJ*, n° 65, 2010, pp. 85 s. La controverse renvoyant notamment à l'approche différente de Hauriou, qui influencé par le positivisme de Comte, reconnaît l'individualité objective du groupe et élabore la théorie de l'*institution* pour saisir le phénomène juridique du « collectif » qui ne peut pas se réduire au contrat consacrant dès lors l'idéalisme positiviste juridique en établissant la distinction entre la réalité sociale de la « personnalité morale » et la réalité juridique de la « personnalité juridique ». Hauriou précise ainsi que « La personnalité juridique n'est qu'un masque (*persona*) posé sur la personnalité morale, masque dont la principale utilité est d'immobiliser, dans l'attitude de l'acteur juridique, la physionomie morale de l'homme qui, dans la réalité, est trop mobile, changeante et diverse pour servir de sujet à des droits subjectifs essentiellement stables. » : voir M. Hauriou, *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*, in *RTD civ.*, 1923, p. 124.

²³⁸⁶ Il ne s'agirait pas de l'opinion doxologique de Platon, puisqu'ici l'opinion dénoncé par Duguit serait en réalité le présupposé métaphysique d'une philosophie réaliste. L'objectivisme de Duguit étant un idéalisme doxologique, loi de la majorité, et donc opinion rationalisé. Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, op. cit., p. 83.

Dès lors, la dignité, ainsi regardée, pourrait respecter ses propres composantes distinctives : elle se définirait elle-même par référence à ses droits fondamentaux. Le législateur harmoniserait, autour d'un communément admis, rendu par les travaux de recherche des comités d'éthique, communément admissible. La dignité se stratifierait en composantes hypostatiques, positives et totalisantes préfigurant la souffrance. Elle répondrait à des exigences de résultats ; exigences de droit positif, y compris celui des contrats en matière médicale. L'élaboration conjointe d'une science médicale et d'une science juridique ne pourrait plus se faire sans que le *droit* ne définisse *les devoirs-être possibles* des acteurs que sont le patient et les praticiens.

1201.- C'est en se remettant à l'élaboration d'une relation *intuitu personae* basée sur le rapport strictement conjoint et individuel, et non pas relationnel, entre médecin et patient, que les garanties proposées s'éloigneraient d'un essentiel relevant d'une lecture ontologique de la *personne* en état de fin de vie. Ainsi pouvons nous comprendre **l'élaboration d'un droit non plus uniquement ni administratif, ni civil de la santé du mourant, mais bien plus une gestion administrative de la mort formulée par le droit public sanitaire du Code de la santé publique. Ici, droit administratif et droit civil s'effaceraient apparemment, et présupposeraient l'existence d'un sous-jacent politique opérant un engagement de type moral. Les influences de la loi seraient polymorphes, inter-disciplinaire et proviendraient de l'expression de groupes de pensée. Les comités d'éthiques, inféodés au CCNE élaboreraient ainsi une éthique normative, nominaliste.** C'est au moyen de la revendication à respecter l'autonomie absolue de la volonté du mourant que le législateur de 2005 a reconnu les travaux préparatoires des avis du CCNE, de la HAS ou encore de l'ancienne ANAES, s'inspirant d'une *bioéthique* essentiellement anglo-saxonne²³⁸⁷. Il en irait de même de la jurisprudence du Conseil d'Etat accordant une valeur réglementaire limitée aux recommandations de la HAS²³⁸⁸.

1202.- L'ensemble de ces conceptions suggère que ce qui actualise la personne, à savoir sa volonté, soit identiquement relativisée, au regard de la méfiance désormais acquise quant à sa subjectivité.

²³⁸⁷ Notons que l'essentiel des bibliographies émanant des différents rapports et avis est d'origine étrangère, la doctrine française s'en inspirant largement. La prise en charge de la douleur notamment, est abondamment inspirée d'une littérature médicale anglo-saxonne, s'inspirant de principes théoriques et philosophiques d'un libéralisme empiriste, inspirée par les théories de Locke ou encore Bentham.

²³⁸⁸ Voir CE. 27 avril 2011, JCP A, n° 42, note M.-L. Moquet-Anger, *Brevet de juridicité et et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé (HAS)*, 17 octobre 2011, p. 2321.

Chapitre.V. Les droits présumés de l' « incapable » mourant à la lumière des notions de volonté et de conscience

Risque d'émergence de la condition potestative

1203.- Demander et accepter d'être soigné correspondrait à l'actualisation juridique du désir le plus absolu « de ne pas mourir », rendu effectif par la manifestation de ce souhait profond, faisant coexister la personne et ce qui la fait être, au travers d'un acte déclaratif de volonté²³⁸⁹. Cet acte de volition, constitutif des critères de juridicité du droit du contrat hospitalier de soins, supposerait la présentification de l'émission, puis de la réception des consentements mutuels. Toutefois l'effectivité de ceux-ci ne saurait être comprise qu'en distinguant volonté exprimée et volonté rapportée, faisant émerger, par hypothèse une convention nulle, car conclue sous condition non pas authentiquement synallagmatique *ab origine*, mais indiquant des indices de potestativité (**Section.I.**). En apparence, le seul consentement du patient semble requis, exprimant et scellant contractuellement sa volonté, compte tenu de la *quasi* impossibilité pour le praticien de refuser de prendre en charge le « présumé mourant ». Pourtant, cette apparence ne pourrait résister à l'omnipotence du discours médical qui, au-delà des exigences de nature juridiques constitutives du contrat de soins, se ferait élément normatif de la convention ; celle-ci se révélant être dès lors sous condition potestative, dans la tentative de *re-dignification* du mourant (**Section.II.**). Les fondements de la condition potestative, bien que sous-jacents à l'ensemble du dispositif légal *attribuable* à la personne mourante, se situerait dans les incohérences d'une politique publique de rationalisation de la santé, dont le médecin userait discrétionnairement (**Section.III.**).

²³⁸⁹ Il s'agirait de ce qui fait la *personne* selon J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit.

Section.I. Volonté exprimée et consciente contre volonté rapportée : la volonté au *double visage* à l'épreuve de la condition potestative.

1204.- La notion de volonté est à la base du système contractuel²³⁹⁰. Ainsi doit-on différencier la volonté interne, sous entendu la plus intime, de celle déclarée à savoir celle qui apparaîtra aux yeux du co-contractant. En effet, la déclaration de volonté ne vaut que pour l'information. Ici, la manifestation de la volonté est basée, premièrement, sur l'aspect réceptice de son contenu. A partir de ce point de vue, la volonté est ici fondamentale en ce sens qu'elle conduit à l'expression de la dignité de la *personne*. Cette dernière est présumée capable, au nom de la liberté de protection de son statut de patient. Le critère semble donc nécessairement applicable aux patients spécifiques que sont le malade et *a fortiori* le mourant, qui n'est autre qu'un malade en sursis de mort. Ainsi, la manifestation de la volonté réceptice est celle qui aura en l'espèce le médecin traitant pour légataire.

1205.- Par principe, le consentement doit être réputé libre et éclairé, et peut être retiré à tout moment. Ainsi, afin de manifester sa volonté la plus intime, qui peut parfois se trouver en porte à faux quant à celle déclarée, pouvant dès lors engendrer un cas de responsabilité pour erreur sur la substance ou encore erreur obstacle²³⁹¹, le mourant prend les décisions concernant sa santé, avec le professionnel de santé récipiendaire de volonté, et compte tenu des informations et préconisations fournies²³⁹². Le médecin doit, *a priori*, respecter la volonté de la personne, lorsque celle-ci a pu être exprimée, et hors des cas d'urgence déjà vus²³⁹³, mais également postérieurement à l'exercice de son obligation d'information. S'il se doit de tenter de persuader et dès lors d'atteindre la volonté la plus intime du mourant, ce devrait être dans le but unique de le protéger, ce qui en réalité semblerait être plutôt relatif à un pouvoir arbitraire (**Paragraphe.III.**). L'exigence de conditionnalité des conjectures médicales applicables au contrat de soins suffirait à objectiver la **conscience** du mourant, telle que les progrès scientifiques et la jurisprudence du Conseil d'Etat la considère (**Paragraphe.II.**). De telles hypothèses seraient parfaitement fondées dès lors que l'on poserait celle qui les précède en réalité dans l'ordre théorique. Il s'agirait de questionner les bases d'une relation

²³⁹⁰ Voir en ce sens M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTDC, 1995, pp. 573 s.

²³⁹¹ ART. 1110 al. 1 du Code civil. Il pourrait s'agir de l'erreur sur une qualité substantielle de la chose, constituant un élément essentiel du contrat.

²³⁹² Art. L. 1110-4 du Code de la santé publique.

²³⁹³ Critère déjà vu dans les critères constitutifs du contrat de soins hospitalier, et confirmé par le juge civil ; C. cass. 1^{ère} civ. 7 octobre 1998, préc.

conventionnelle fondée, en définitive, sur un seul caractère unilatéral, et dont la détermination de l'obligation principale n'appartiendrait qu'aux seuls médecin et établissement public de santé, ce qui pourrait, dans une certaine mesure, en faire apparaître le caractère potestatif de sa condition originelle suscitant le soin (**Paragraphe.I**).

Paragraphe.I. La difficile et injuste hypothèse de la condition potestative

1206.- Il a déjà été précisé que, conformément au respect de *l'esprit de l'article 1135 du Code civil*, le contrat hospitalier de soins engage le patient et le praticien, en réalité l'établissement de soins bien sûr, dans une relation synallagmatique, en apparence tout au moins dira-t-on. Car en effet, **les obligations engageant cette union conventionnelle, et par suite, donc, les conséquences possibles en terme de responsabilité, semblent peser avant tout sur le médecin, tant le patient, incapable présumé, apparaît être l'unique écopant des effets du contrat. De cette ostensible unilatéralité pourrait émerger, en réalité, sans toutefois qu'il soit encore possible de conclure au-delà d'une telle hypothèse, une rupture d'avec le principe d'égalité, dont les conditions fondatrices seraient alors potestatives, fonction du pouvoir discrétionnaire du médecin agissant sous la responsabilité de l'établissement public de santé.** Car, si les évolutions les plus récentes ont démontré la volonté marquée du législateur de déresponsabiliser les praticiens, les conséquences en termes d'obligations, les renforçant en apparence, pour en faire en réalité autant de cahiers des charges tentant de prévenir le médecin de l'acte fautif, exposeraient le mourant à une réelle dépossession de son droit à déterminer, en co-décision, les conditions d'exécution de celles-ci. C'est en opposant des recours devant les juridictions civiles et administratives, la première étant encore ici la plus protectrice des droits personnels et libertés, que le mourant pourrait faire ressortir, même superficiellement, des atteintes lorsque par exemple les insuffisances dans la délivrance de l'information, ouvrant à une responsabilité délictuelle²³⁹⁴, ne seraient que la face visible de justifications plus profondes, relatives aux conditions mêmes de la convention qui l'unit à l'établissement de santé, et ce n'est sans doute pas un hasard, certainement car cette dernière ne serait plus jugée suffisamment protectrice.

²³⁹⁴ Il y aurait dans les jurisprudences récentes de la Cour de cassation, évoquées supra, des indices de résistances disions-nous contre la déresponsabilisation de ceux-ci, en sortant du champ contractuel.

1207.- En effet, bien que le contrat soit hospitalier, et que donc en réalité prédomine une relation entre l'établissement public de santé, personne morale, et le mourant, usager de service public, nous l'avons dit, de toute évidence il persiste une forme de relation de personnes, un rapport *intuitu personae*. C'est en prenant notre hypothèse sous cet angle, qu'elle pourrait apparaître plus distinctement (B.). Ainsi, partant de là, notons que lorsque le médecin qui s'acquitte de sa tâche, agit pour le compte de l'établissement et ainsi, est susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier (dès lors qu'il pourra commettre une faute par exemple), dans le cadre de l'exercice normal de son activité, c'est en vertu d'obligations toutes à la fois légales, réglementaires, etc ; voilà qui est acquis. Ce qui semble apparaître ici est bien plus conséquent et tient à la nature même de la volonté produisant l'obligation. C'est en se transposant dans ce domaine que la question révélerait l'hypothèse d'une condition entâchant la convention, qui ainsi pourrait la rendre relativement nulle, substantiellement, car, en toute mesure, écartant le lien de droit unissant les parties, au profit d'une exigence intentionnellement potestative ; toutefois cette hypothèse ne saurait résister à sa critique, justifiée sur fond d'ordre public, critique qu'il conviendra de critiquer à son tour (A.).

A. La condition potestative à l'épreuve des obligations d'ordre public en matière de santé

1208.- La condition doit être comprise comme la clause qui fait dépendre, soit l'exécution, soit la fin d'un engagement, d'un événement futur et incertain. En matière contractuelle, elle suppose un rapport synallagmatique, dans la mesure où les cocontractants s'engagent à la respecter réciproquement. La volonté, à la source de cette condition, dont nous supposons qu'elle puisse être attentatoire au rapport de réciprocité, serait combinée, c'est-à-dire toute à la fois celle du médecin et de l'établissement de santé, souvent concordante, ou tout au moins couverte par la solidarité de corps existant au sein d'une structure hospitalière.

1209.- Ainsi, par principe²³⁹⁵, si celui qui s'oblige, le fait sous condition potestative, la convention doit être considérée comme nulle²³⁹⁶ ; en revanche elle ne pourrait l'être si la

²³⁹⁵ Art. 1170 du Code civil.

²³⁹⁶ Art. 1174 du Code civil.

condition pesait sur celui envers qui sera accompli l'engagement²³⁹⁷. La nullité ne serait toutefois ici que relative, dans la mesure où « la permanence des soins » incombant au médecin est une obligation à la fois réglementaire et légale²³⁹⁸, et reposant en ce sens sur une mission de service public de santé, fondée sur une question d'ordre public, à valeur fondamentale.

1210.- Il est en effet « de l'essence des contrats qu'il y ait un lien de droit, *vinculum juris*. »²³⁹⁹ ; et ici, il s'agirait de l'obligation de soins. En effet, le receveur ne saurait être un simple figurant de l'obligation, ne recevant que dans le but de servir l'intérêt de celui qui s'oblige, et être donc privé d'effets de droit dans l'exécution ou dans la fin d'engagement de la convention. Autrement dit, le mourant ne saurait être le seul objet du médecin, dans la mesure alors où sa présence ne serait qu'un prétexte à l'obligation. Précisons qu'**une condition est dite potestative** lorsque, dans un acte dont l'obligation principale a un caractère unilatéral, n'émanant que d'une seule volonté, le promettant ne reçoit rien de réellement bénéficiaire, le contrat apparaissant dès lors sans cause²⁴⁰⁰. Il en serait ainsi d'un contrat où celui qui s'oblige le ferait uniquement dans son intérêt, ayant imposé l'obligation, sans que celui qui reçoit n'ait réellement d'intérêt à recevoir quoi que ce soit, ne le sachant pas nécessairement, et par effet rétroactif à l'émission de son consentement, portant donc atteinte aux obligations conventionnelles essentielles²⁴⁰¹. En quelque sorte, la condition potestative ne saurait apparaître que postérieurement à la mise en effet de l'obligation sans cause, dans la mesure où elle contrevient à l'incertitude, en tant que condition extérieure, dont est, par principe, entachée la relation contractuelle²⁴⁰². En quelque sorte, il y aurait potestativité à compter du moment où, celui qui s'oblige, obligerait par là même la réalisation de la condition. Il pourrait en être ainsi du médecin qui s'engagerait à prodiguer un soin, sans rien recevoir de la part du mourant, c'est-à-dire sans réellement prendre en considération ce qui rend l'obligation juridique, à savoir le consentement. En ne recevant que superficiellement le consentement du mourant, l'obligation ne serait qu'artificielle et pourrait être considérée sans

²³⁹⁷ Nous ne retiendrons pas ici la distinction opérée entre condition simplement potestative, et purement potestative, dans la mesure où cela dépasserait largement le cadre de notre étude. Il ne s'agit en effet que d'une hypothèse, dont la caducité est donc présumée dans l'argument contraire dont nous ne contestons pas l'existence, *a priori*.

²³⁹⁸ Art. R. 4127-77 du Code de la santé publique.

²³⁹⁹ J.-M. Boileux, F. F. Poncelet, L. Bastiné, *Commentaire sur le code civil*, Société belges de Librairie, Bruxelles, 1838, p. 45.

²⁴⁰⁰ *Ibid.*

²⁴⁰¹ Voir en ce sens N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2008, p. 386.

²⁴⁰² *Ibid.*, p. 387.

cause. La question de l'obligation d'information devrait alors refaire surface, attendu que le consentement du mourant dépend de la validité de sa délivrance. **Or, c'est précisément en « truquant » les termes de l'information qu'il serait le plus possible d'imposer des conditions potestatives. Il en serait ainsi d'une situation paraissant tout à fait classique, où le médecin proposerait un traitement de façon binaire, à l'occasion de la délivrance d'un diagnostic. Le mourant n'aurait d'autre choix que de consentir à l'un ou l'autre, sans pouvoir recourir à un troisième terme qui lui semblerait plus judicieux, sauf à devoir rechercher une option de droit alternative, telle que le refus, ce qui dans son cas peut être impossible compte tenu de l'imminence que celui-ci suggère. De plus, l'encadrement légal d'une *autre solution* que celle proposée permettrait une fois de plus au médecin de se justifier de la délivrance d'une information supplémentaire, qu'il pourrait assortir à nouveau d'une conditionnalité de nature potestative.**

1211.- Malgré tout, conscient de la dangerosité de devoir reconnaître l'existence d'un tel pouvoir « discrétionnaire », pouvant ainsi caractériser l'inexistence totale à relative d'une quelconque autonomie chez le mourant, nous ne saurions résister à l'anticipation de la critique de cette hypothèse alors jugée téméraire. En effet, la raison d'ordre public, précédemment indiquée comme pouvant justifier de la seule relativité de la dite convention, permettrait à elle seule de rendre caduque une telle hypothèse. Il est bien évidemment logique de suspendre l'authenticité de l'autonomie de la volonté du mourant à des conditions relevant de l'ordre public lorsque celui-ci pourrait s'exposer à préjudicier sa propre dignité, ou encore celle d'autrui par la même occasion. C'est la logique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de protection de la dignité humaine, se fondant alors sur l'ordre public²⁴⁰³. D'ailleurs, en ce sens, comprenons comme logique que l'on ne parle plus de condition potestative en matière de droit administratif dans la mesure où, le pouvoir *quasi* arbitraire de la puissance publique se justifie par l'obligation de maintenir l'ordre public, en employant, toute proportion gardée, des conditions dites en ce sens discrétionnaires, en vue de justifier d'une bonne administration²⁴⁰⁴. C'est en entrant dans le champ des droits individuels que se justifierait donc la dignité eu égard au pouvoir de police exercé par un représentant de l'exécutif, garantissant la société d'atteintes à l'ordre public, et justifiant ainsi de sa

²⁴⁰³ Voir en ce sens CE. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, préc.

²⁴⁰⁴ Voir R. Bousta, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2010, pp. 428 s.

« justiciabilité »²⁴⁰⁵. Toutefois, c'est en dépassant cette critique, et en puisant à la source des droits privés civils de la *personne* que nous parviendrions à rendre effective l'hypothèse de la nullité, non pas en effets, mais *a priori*, d'une telle condition.

B. Une hypothèse possiblement effective sur le fondement de la relation *intuitu personae*

1212.- La persistance d'une relation *intuitu personae*, entre médecin et mourant, s'éloignant donc de l'ordre purement administratif de l'exécution du contrat hospitalier de soins, pourrait faire apparaître une toute autre source de la condition potestative, et surtout la persistance d'un *droit premier* résidant en la dignité de la *personne*. Car il conviendrait bien ici de réintroduire un tel langage. Considérant que la personne morale n'a pas de réelle emprise sur le médecin, qui demeure libre d'exercer son art tel qu'il l'entend, les mesures obligeantes, que celui-ci prendrait, caractérisées par l'unilatéralité de l'intention les désignant dès leur origine, serviraient en réalité son seul intérêt avant de servir celui de l'ordre public. Preuve en est que certes il aurait la volonté de poursuivre sa mission, et mettrait en ce sens tout en œuvre afin de le faire sur l'autel de l'obligation de soins²⁴⁰⁶, pourtant, c'est en invoquant une forme de paternalisme, déguisé derrière une connaissance certaine des données acquises de sa science, qu'il parviendrait à imposer les conditions d'exécution de l'engagement, dont il est, toute proportion gardée, le principal débiteur, bien qu'il représente l'établissement public de santé à cette occasion et que donc ne saurait être écartée une possible responsabilité administrative. C'est en se fondant sur l'idée du maintien de l'ordre public, dont il n'est pas directement garant, mais accessoirement, son pouvoir n'étant pas assimilable à la fonction régaliennne de police, qu'il justifierait d'une poursuite non plus du seul soin, mais de celui-ci sur le fondement bien *martelé* de la dignité, en s'appuyant sur une conception désormais classique de celle-ci, permettant à une autorité publique d'intervenir dans le champ de l'individualité de la personne dès lors que celle-ci pourrait être incapable de saisir la *bonne dignité communément admise*. Car, de celle-ci, il ne s'agirait que d'une approche réduite à sa seule apparence humanisée, idéalisée, dont on ne méconnaît plus désormais l'improbable capacité à rendre effectifs les *droits premiers* de la *personne* lorsqu'elle est considérée en état de

²⁴⁰⁵ Voir CE, *Dignité humaine et juge administratif*, 27 novembre 2009, préc.

²⁴⁰⁶ Avant tout sur le fondement de l'art. R. 4127-77 du Code de la santé publique.

faiblesse *a priori*²⁴⁰⁷. La volonté de cette dernière serait donc non pas niée directement, mais reléguée derrière sa vulnérabilité, celle-ci la rendant impropre à traduire la réalité de sa dignité. Et c'est en se fondant sur sa seule volonté bien intentionnée, au fondement de l'élaboration de la relation contractuelle *de facto*, sous-jacente à celle du contrat hospitalier de soins, que le médecin parviendrait à imposer un ensemble de conditions dont le mourant serait objet passif dans leur respect, et rétroactivement à l'expression de son consentement, celui-ci ne correspondant pas réellement à celles-là. Autrement dit, le mourant consentirait effectivement, mais en réalité ne saurait jamais réellement à quoi, l'information étant dès lors systématiquement entachée d'une **carence dolosive**, comme nous le suggérons précédemment, notamment quant aux effets juridiques naissant de la production de l'acte médical, mais également, et désormais cela semble parfaitement avéré, quant aux objets mêmes, de nature médicale, en raison de la partialité du choix les concernant. Il conviendrait, afin de saisir l'essence même de pareil engagement, dès lors, de rechercher les volontés des cocontractants, plus que de s'attacher aux termes mêmes, apparents, de la convention. Car, si la potestativité de la convention, véritable « colloque singulier », ne s'imposait pas d'elle-même, c'est en regardant le traitement réservé à la notion de volonté, comme nous y invite l'article 1175 du Code civil, qu'il serait alors possible de connaître la réelle intention des parties.

1213.- C'est effectivement dans la volonté que semble résider la clé de ce qui pourra faire en sorte que l'on considère, ou non, la convention comme étant nulle, car sous condition potestative. Ainsi devrait être nulle une convention dont les termes ne tiendraient qu'à la volonté unique du débiteur, attendu que ceux-ci seraient déclaratifs d'une volonté entachée de la seule intention de donner, et non de recevoir. **Il pourrait en être ainsi du médecin qui imposerait d'agir de telle ou telle manière, en disant, comme préalablement valable, sans arbitrage par tiers²⁴⁰⁸, les conditions de ses actions futures, n'attendant rien de la volonté du mourant ; ou bien même pire encore, en les dissimulant derrière d'autres termes, en apparence reposant sur des obligations légales. Ce serait d'ailleurs parfaitement illustré par le cas où le médecin accomplirait son obligation de soins, sous couvert, en réalité, de se protéger d'une éventuelle sanction, en invoquant le respect de la règle de droit, mais, en définitive, en faisant primer les données acquises de la science.**

²⁴⁰⁷ Cette idée pourrait servir de critique à la jurisprudence Commune de Morsang-sur-Orge, où le nanisme de la personne concernée avait été jugée comme un état *a priori* faible, et dont la vulnérabilité ne pouvait occasionner qu'un commerce indigne de la personne humaine.

²⁴⁰⁸ Voir en ce sens N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, op. cit., p. 387.

La seule obligation du mourant serait dès lors de consentir aux thérapeutiques que le médecin désire engager. Pourtant celle-ci ne serait pas réellement obligeante puisqu'elle se fonderait sur aucune cause principale. Voilà pourquoi, en réalité, le patient ne s'oblige pas auprès du praticien en consentant à être soigné, puisque c'est ce dernier seul qui s'oblige. Et il ne s'agirait, en apparence, que de se fonder sur l'obligation de soins, alors qu'en réalité le seul fondement de la poursuite d'un intérêt unilatéral justifierait que le médecin ne recherche qu'à se protéger d'une quelconque raison responsable, justifiant dès lors son attitude.

1214.- C'est toute la relation médicale hospitalière qui de ce fait semble apparaître entachée d'une multitude de conditions potestatives, ayant, dans une certaine mesure, pour principale conséquence de systématiquement vicier le consentement du mourant. Et si cette hypothèse remet partiellement à totalement en question la validité de la convention, retenons que l'établissement pour le compte duquel agit le médecin est parfaitement assimilable à nos observations à l'encontre de celui qui s'oblige lorsqu'il est praticien, considérant que le présupposé unilatéraliste, emportant les conséquences pré cités, serait d'autant plus réel dans le cadre d'une convention conclue, imperceptiblement, oserions-nous le rappeler, avec la puissance étatique, bénéficiant d'une forme de présomption de bonne foi quant à l'exercice d'un pouvoir régalien. Or, si de tout engagement reposant sur un droit de type administratif, pourrait être sans peine suggérée l'existence légitime de l'unilatéralité, rendant caduque la suggestion potestative, rappelons-le sur le fondement de l'ordre public, toutefois il pourrait en être tout autrement dans la relation de soins, dans la mesure où celui qui s'oblige, l'établissement public de santé par l'intercession de son commettant médecin, y consent en ne faisant reposer les conditions de l'obligation que sur sa propre volonté, optant dès lors pour les conditions légales de son choix, entretenant ainsi l'illusion de l'autonomie de la volonté du mourant, puisque celles-ci y prétendent pourtant. C'est en lui faisant croire à l'authenticité du respect de son consentement²⁴⁰⁹, en s'appuyant sur des options légales, là où en réalité celui-ci ne saurait résister aux injonctions à agir pour le bien de sa dignité, et si ce n'est pas la sienne, celle plus culpabilisante encore de la société, que, le plus souvent, l'obligé dissimulerait l'omnipotence médicale qui l'emporterait toujours en définitive.

1215.- Rien ne serait plus aisé en partant, nous l'avons dit, du principe selon lequel la faiblesse du mourant permet de justifier que, pour lui, soit écarté sa réelle autonomie au profit

²⁴⁰⁹ *Ibid*, p. 389.

d'une bien plus guidée. Et c'est en entrant dans le domaine de l'insaisissable, siège de la subjectivité à l'origine même de la vulnérabilité, que législateur et juges parviendraient à définitivement justifier d'une atteinte à la *liberté* de la personne, lorsqu'il s'agirait de *définir* ce qu'est la conscience.

Paragraphe.II. La notion de conscience en question dans le temps du

« mourir »

Le cas de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les expériences en état de

« mort dite cérébrale »

1216.- Afin de comprendre les raisons profondes de l'élaboration d'une législation conduisant à inféoder le mourant à une volonté extérieure, il convient de comprendre la conception même de la notion de volonté lorsqu'elle vise le mourant. De la notion de volonté, il s'agirait avant tout de saisir ce qui lui permet d'être, de s'actualiser par la perception de son environnement ; il en serait ainsi de la **conscience**. Entendue comme étant un des **critères** déterminant la **mort**, elle est assimilée à l'activité cérébrale. Sa **relativité** trouverait donc, en matière de fin de vie, à poser d'emblée des problèmes de nature juridique. Sa **conceptualisation**, d'abord par le Conseil d'Etat, puis reprise par le législateur, permet de faire apparaître des principes théoriques déduisant de l'état de mort cérébrale, dont il est supposé qu'elle implique l'absence de conscience, une assimilation à la mort, effective.

1217.- Le Conseil d'Etat a fait œuvre d'une jurisprudence parfaitement novatrice en la matière, dès 1991²⁴¹⁰. En effet, il ressort des considérations du juge administratif une approche totalement en avance sur les dispositions depuis consacrées par le législateur²⁴¹¹, et notamment indirectement dans la loi du 22 avril 2005²⁴¹² inaugurant l'autorisation légale de

²⁴¹⁰ Voir deux arrêts : CE. 4 octobre 1991, 4/ 1 SSR, n° 100064, et CE. 4 octobre 1991, 4/1 SSR, n° 103045, *Milhaud*, note J.-P. Théron, *AJDA* 1992, pp. 233 s. ; mais aussi, CE. Ass. 2 juillet 1993, *Milhaud*, Rec. Lebon, p. 194, concl. Kessler, p. 201.

²⁴¹¹ La mort cérébrale est réglementairement formulée pour la première fois dans le décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996, préc., et légalement formulée pour la première fois dans la loi du 9 août 2004 préc., et reprise à l'intitulé de l'article L. L. 1121-14 du Code de la santé publique.

²⁴¹² Voir A. Cheynet de Beaupré, *La loi sur la fin de vie, D.*, Point de vue, n° 3, 2005, pp. 164-165 au sujet de la proposition de loi n° 1882 du 30 novembre 2004 relative aux droits des malades en fin de vie ; l'auteur rappelle que le point central de ce qui va devenir la loi Léonetti du 22 avril 2005 est la distinction entre patient en fin de vie conscient ou inconscient, et celui qui ne l'est pas ; cet état est déterminant quant aux possibilités de refuser

reconnaître comme prématurément « morte » la personne en état de mort cérébrale²⁴¹³. Faisant reposer la faute du praticien sur le seul critère déontologique²⁴¹⁴, pour « manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur », le juge du Conseil d'Etat suggère de manière *quasi* oraculaire l'éviction de la faute consacrée dans l'ordre légal à la loi de 2004²⁴¹⁵ intégrant le dispositif légal relatif aux expérimentations²⁴¹⁶ sur les personnes considérées comme *mortes*²⁴¹⁷, considérant qu'en état d'incapacité définitive de conscience²⁴¹⁸, les raisons de santé publique²⁴¹⁹ pourraient justifier d'une telle atteinte²⁴²⁰. Il s'agirait d'un dépassement des catégories juridiques²⁴²¹, ni droit privé, ni droit public, ni droit disciplinaire ne pouvant suffire à répondre uniformément et distinctement les uns des autres aux exigences qu'imposeraient les critères de la conscience (A.). C'est en ce sens que le corps médical s'est seul saisi de la notion dans l'interprétation nécessaire à ses prises de décisions (B.), le Conseil d'Etat justifiant celles-ci en opérant un dépassement du cadre classique des dispositions définissant les limites entre la vie et la mort (C.). Dès lors, les médecins ont pu se retrouver en position de *créer du droit*, ou tout au moins d'interpréter les circonstances de faits comme le ferait un juriste (D.).

un traitement, notamment lorsque la pathologie d'un patient semble incurable, mais que son pronostic vital n'est pas engagé, sauf à cesser tout traitement.

²⁴¹³ Si la loi de 2005 ne définit pas le critère de mort cérébrale, elle le confirmerait. En effet la loi de 2005 a introduit l'obligation d'une mesure d'appréciation de l'état de santé de la personne mourante, jusqu'à ce que celui-ci justifie l'abandon de toute obstination thérapeutique déraisonnable. Ceci semble faire écho bien évidemment à l'ancienne situation issue du décret d 2 décembre 1996 préc.

²⁴¹⁴ La sanction du praticien repose sur des manquements au code de l'honneur au sens de l'article 14 de la loi du 20 juillet 1988. Loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie.

²⁴¹⁵ Loi du 9 août 2004 préc.

²⁴¹⁶ Voir notamment J.-P. Duprat ss.dir., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Coll. Droit économique, Publi. Sorbonne, 2002.

²⁴¹⁷ Voir en ce sens M.-H. Parizeau, *Le concept éthique de consentement à l'expérimentation humaine : entre l'utilitarisme et la morale kantienne*, in *Les Fondements de la bioéthique*, De Boeck, Bruxelles, 1992, pp. 169-195.

²⁴¹⁸ En 1991 la distinction entre mort cérébrale et état végétatif chronique était inopérante.

²⁴¹⁹ C'est par décret d'abord que la cause commune fut introduite comme justifiant de reconnaître l'état végétatif chronique : décret du 2 décembre 1996, préc., ; puis la circulaire n° 96-733 du 4 décembre 1996, **relative au constat de mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus, de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques** défini par le décret préc., BO ministère du Travail et des Affaires sociales, de l'Aménagement du Territoire, de la Ville et de l'Intégration n° 96/52.

²⁴²⁰ Il pourrait s'agir d'un « abus de dépendance scientifique » : C. Labrusse-Riou, *Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale sur des sujets humains ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 359.

²⁴²¹ Voir C. Labrusse-Riou, *L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne*, Droits, Biologie, personne et droit, PUF, 1991, n° 13, pp. 19 s.

A. La conscience²⁴²², polysème désignant l'aptitude subjective²⁴²³ à percevoir le monde²⁴²⁴

1218.- Impliquant nécessairement des perspectives philosophiques, notons d'emblée que juridiquement, la notion de conscience a occasionné un débat au commencement de la jurisprudence relative à l'indemnisation du préjudice du patient en état végétatif chronique, au début des années 1980. Il existait d'un côté les partisans « subjectivistes », faisant de la conscience une condition de l'indemnisation et excluant donc le mourant en état végétatif de l'existence d'un *pretium doloris*²⁴²⁵. D'un autre côté, les partisans « objectivistes » qui n'exigeaient aucune conscience²⁴²⁶. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont unifié depuis leurs jurisprudences respectives sur le deuxième critère²⁴²⁷.

1219.- Or si l'indice de la mort cérébrale se différencie, semble-t-il, aisément sur un plan médical de l'état dit végétatif chronique, la distinction apparaît plus complexe sur un plan juridique, dans la mesure où la mort ne peut être que le passage d'un état à un autre²⁴²⁸. Le critère le plus exigeant dans la détermination du prononcé de la mort demeurerait le critère le moins rationnel, la conscience. Toutefois, le décret du 2 décembre 1996 semble constituer un écho évident à la jurisprudence Milhaud en garantissant l'assimilation entre les morts, ou tout au moins celle cérébrale et celle juridique, dans le cas unique du prélèvement d'organes²⁴²⁹.

²⁴²² Du latin *cum sciencia*, ou *avec la science*, la conscience signifierait une pensée ancrée dans le monde réel, suggérant une aptitude à percevoir la chose, intuitionnellement, puis immédiatement engagée dans un premier mouvement de rationalisation destiné à l'actualiser.

²⁴²³ La subjectivité permettrait de conserver un présupposé de nature réaliste faisant reposer la conscience sur un sous-jacent de nature métaphysique, une essence qui serait conscience universelle au sens d'une Isis déesse-mère, « Nourrice », « Réceptacle, le support de toute naissance » chez Platon : Platon, *Timée*, op. cit., 49a, 50d, 51a.

²⁴²⁴ Notons sans entrer trop en détails que la notion de conscience semble être indistinctement présent à travers l'ensemble des traditions ésotériques du monde. Toutefois, son emploi moderne prendrait racine dans la théorisation de Locke ; voir en ce sens, pour un premier emploi de la conscience, J. Locke, *Essais sur l'entendement humain*, Vrin, éd. Broché, 2003., essais auxquels Leibniz donna une réponse dans son dialogue entre Théophile et Philatète, ou *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, que Locke n'eut pas le temps de connaître.

²⁴²⁵ Voir notamment CA de Versailles, 30 juin 1987, préc., ou encore la position longtemps maintenue de la jurisprudence administrative, CE 23 avril 1997, *Consorts Alix*, préc.

²⁴²⁶ Voir CA de Bordeaux, 18 avril 1991, préc.

²⁴²⁷ Voir CE 24 novembre 2004, préc. ; C. cass. crim., 4 janvier 1994, *JCP* 1995, IV, 862.

²⁴²⁸ Notons que si l'état végétatif chronique était assimilé par le juge civil à la mort, il ne pourrait réparer le préjudice subi par une personne jugée dans cet état. Or, la Haute Cour en a jugé autrement, s'accordant sur l'appréciation en matière administrative ; voir : C. cass. civ. 2^{ème} 22 février 1995, *RTD civ.* 1995, note Jourdain ; *JCP* 1996. 22570, note Dagorne-Labbe ; *D.* 1996- 69, note Chartier ; *Gaz. Pal.* 1996 20/21-3-1996, note Evade. ; ainsi que CAA de Nantes, 2^{ème} ch. 10 février 1994, *Rec. Cons d'Et.* 847 ; *AJDA* 1994. 802.

²⁴²⁹ Voir les précisions faites par le décret n° 2005-949 du 2 août 2005, **relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique.**

1220.- La conscience opposerait le plus de résistances ontologiques à l'explicitation de son effectivité dans l'ordre normatif, et permettrait ainsi l'identification du critère juridique distinctif et spécifique, exorbitant des critères du langage strictement médical, présupposant dès lors à l'expression de la volonté ; sans conscience, il ne peut y avoir de volonté et donc de consentement. C'est de celui-ci dont il serait considéré comme l'élément fondant la persistance de la dignité, lorsque la personne est en état de mort imminente, en fin de vie²⁴³⁰. Identifiée aujourd'hui par les moyens d'investigation par résonance magnétique, scanner et autres électroencéphalogrammes de plus en plus précis dans l'exploration des activités liées à celles du cerveau²⁴³¹, la conscience est parfaitement rationalisée²⁴³². Ainsi devons nous comprendre par là le contexte *technologico-médical* dans lequel la détermination de la notion de conscience se situe contemporanément.

1221.- La frontière entre le médical et le juridique serait imperceptible, et la relation d'un monde à l'autre ne révélerait qu'apparemment la relation de dépendance de l'un à l'autre, faisant présumer pencher la balance du côté de la logique médicale. Car, juridiquement la conscience est un des critères du prononcé de la mort, lorsque la personne est en « arrêt cardiaque et respiratoire persistant », aux termes de l'article R. 1232-1 du Code de la santé publique²⁴³³. C'est ainsi qu'en 1991, avec *vingt ans d'avance* sur les conclusions contemporaines, la *conscience rationalisée* n'en était qu'à ses balbutiements, et, donner une définition médicale de la conscience relevait alors de l'expression d'une activité encéphalique seule, sans que l'on ne puisse supposer que l'activité de conscience, alors synonyme de vie,

²⁴³⁰ Voir A.-M. Duguet, *Le respect de la dignité à l'hôpital*, in *JIB*, ESKA, vol n° 21, avril 2010, pp. 93-101.

L'auteur entend rappeler, exemples à l'appui au combien le critère du consentement est relatif à l'exigence de dignité et qu'il fait désormais parti des plans de formation des personnels soignants. Voir L. Cimar, *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, préc., pp. 99-105

²⁴³¹ Voir en ce sens *Etat végétatif et état de conscience minimal : Travaux de recherches récents*, Steven Laureys Coma Science Group, Centre de Recherche du Cyclotron et Service de Neurologie, Univ. De Liège, Conférence de Berlin 4 et 5 juin 2009, www.comascience.org.

²⁴³² A la suite de Locke, c'est tout le mouvement de l'empirisme de Hume qui continua de parfaire la rationalisation technico-scientifique des notions subjectives manifestant l'existence, et perceptible par l'expérimentation. Il s'oppose en ce sens à l'innéité de Leibniz, et introduit la méthode expérimentale aux phénomènes mentaux inspirant toute la philosophie phénoménologique du milieu du XXème siècle jusqu'à nos jours. Ainsi Hume considère que « toutes nos idées simples, à leur première apparition, dérivent d'impressions simples, qui leur correspondent et qu'elles représentent exactement » : D. Hume, *L'entendement, (Traité de la nature humaine)*, Trad. Ph. Saltel, GF-Flammarion, 1999, I, I, 1., considérant dès lors que la conscience n'est qu'une perception, et ne reposerait donc sur aucune essence pré existante, rejetant donc toute philosophie regardant l'esprit humain dans une perspective théologico-métaphysique.

²⁴³³ Notons que la conscience n'apparaît pas être défini, et que lorsque le Code de la santé publique y fait à nouveau référence, à vingt et une reprise au total, c'est le plus souvent pour faire appel à une conscience présumée, celle déontologiquement fondée des praticiens agissant en « conscience et sans discrimination », comme par exemple dans l'article L. 1132-13 du Code de la santé publique.

ne puisse être identifiée autrement que dans l'activité du cerveau au-delà de ce que l'on voyait²⁴³⁴.

B. Le corps médical en tant qu'unique interprète

1222.- Le corps médical, en partie tout au moins, considérait alors que la personne en état de mort cérébrale était en état dit végétatif²⁴³⁵, et devait être considérée comme morte²⁴³⁶, en raison du fait que sa vie ne pouvait être considérée uniquement en tant qu'artificielle, puisque maintenue par un ensemble d'outils de nature mécanique, et donc extérieur à l'activité spontanée de l'être²⁴³⁷. Dans ce contexte, un médecin de l'hôpital d'Amiens avait pris la décision de pratiquer des expérimentations sur une personne qu'il considéra alors comme suffisamment « morte » attendu qu'elle ne répondait plus, à raison de son appréciation, aux critères de la vie²⁴³⁸.

1223.- Médicalement, le médecin s'est donné l'autorisation d'anticiper le prononcé de la mort juridique de la personne²⁴³⁹, et a ainsi pratiqué des expérimentations sur un corps qu'il considérait indépendamment de toute vie. Or rappelons, tout d'abord, que la loi alors en vigueur reposait déjà sur le droit constitutionnellement reconnu de l'inviolabilité du corps humain²⁴⁴⁰, ainsi que de son indisponibilité²⁴⁴¹, et ce qu'il soit vivant ou mort²⁴⁴² ; et dans

²⁴³⁴ Les recherches effectuées en neurosciences contemporaines vont toutes encore dans le sens d'une activité identifiable sur un plan physique : voir *Etat végétatif et état de conscience minimal : Travaux de recherches récents*, op. cit. Notons que ceci ne préjuge en rien d'une possibilité métaphysique sous-jacente que la recherche empirique « ne pourrait trouver » puisqu'elle lui préexisterait, serait déjà présente en toute recherche.

²⁴³⁵ Si les arrêts Milhaud de 1991, et 1993 préc. portent visiblement principalement sur la question de l'expérimentation, retenons avant tout le critère en question, critère déterminant quant aux conséquences en matière d'expérimentation. Cette dernière question, d'autant plus qu'elle a été résolue depuis par la loi du 9 août 2004 préc., ne nous semble être que seconde en pratique ; celle de la conscience, en tant que fondement des présupposés relatifs à la personne mourante semble fondamentalement première. Ainsi, le juge du Conseil d'état identifie la personne désignée ayant fait l'objet d'une expérimentation, comme étant alors en « état végétatif chronique ». Voir pour un préalable, décret du 2 décembre 1996, préc.

²⁴³⁶ Elle n'aurait pu déontologiquement justifier une quelconque expérimentation.

²⁴³⁷ L'Encyclopédie Larousse définit l'état végétatif chronique comme l'état dans lequel est la personne dont la vie est maintenue par une « nutrition artificielle et des soins infirmiers » prolongeant la « la survie du malade jusqu'à ce que survienne généralement une complication fatale (infection, embolie) ».

²⁴³⁸ Le juge du Conseil d'Etat rappelle que le médecin exerce souverainement son art, aux termes des articles 9, 18 et 19 du Code de déontologie médicale. Le médecin aurait donc estimé voir un intérêt thérapeutique favorable au patient, interprétant les termes des articles 18 et 19.

²⁴³⁹ Quand bien même cette mort juridique eut été fictionnelle, et uniquement dans la mesure où elle aurait pu rendre possible des pratiques expérimentales au sens de l'article 18 du Code de déontologie médicale alors seule référence envisageable à cette époque.

²⁴⁴⁰ Au commencement il s'agit de l'inviolabilité de la loi Weil de 1975, ainsi que celle des différents avis du CCNE rendus au sujet de l'embryon, considérant ce dernier comme un être humain potentiel. Puis le principe

cette dernière hypothèse les seuls cas d'opposition au principe dépendent de l'expression du consentement éclairé du mort avant toute intervention possible²⁴⁴³. Le médecin avait en l'espèce pris une décision dépassant le cadre légal, et ne se fondant que sur le cadre déontologique²⁴⁴⁴. A supposer que le patient ait exprimé son consentement quant à la possibilité de faire l'objet de cas d'études dans le cadre d'expérimentations médicales, là encore le cadre est strict. Il s'agira de rappeler que les expérimentations menées sur des morts se doivent de respecter l'intégrité ainsi que la dignité du mort, quand bien même la personne aurait consentie à de telles pratiques. Le *cadavre* se doit d'être respecté au même titre que le vivant.

1224.- Là encore *le droit du plus juste* se fonderait sur un devoir d'intérêt public, une cause première relativement à l'être avant, et après son état de sujet de droit, en tant qu'être en devenir, et être ayant existé²⁴⁴⁵. Il s'agirait ici encore de garantir les règles sous-jacentes à l'*être*, au-delà du seul droit positif. Ce dernier ne saurait suffire à garantir une liberté absolue, se limitant à la seule dialectique co-existentielle d'une liberté de chacun avec la liberté de tous, vue chez Kant et Kelsen²⁴⁴⁶.

C. Dépassement du cadre classique du droit et audace *biomédicale*

1225.- L'arrêt du Conseil d'Etat fait preuve ici d'un dépassement du cadre interprétatif classique du droit à la vie, ainsi que du droit à la dignité qui en dépend. En effet la Cour suprême administrative rappela que sur un plan déontologique, dont les fautes commises par le médecin sont en tant que relevant du droit administratif résolues en cassation par le Conseil

est reconnu comme principe à valeur constitutionnelle dans la décision du Conseil relative à la loi du 29 juillet 1994, introduisant l'article 16-1 al. 2 du Code civil.

²⁴⁴¹ Il s'agirait d'une propriété de soi, au sens lockéen, transposant le régime de la propriété des choses *property on* à la propriété de soi-même, *property in*. Voir P.-A. Miquel, *Respect et inviolabilité du corps humain*, in *Corps et sacré*, Noesis, n° 12, 2007, pp. 239-263.

²⁴⁴² Les principes pré cités sont applicables indistinctement attendu que le corps est considéré distinctement de la notion de personne.

²⁴⁴³ Déjà en 1991 cette condition était requise suggérant l'obligation d'information du malade, à l'article 7 du Code de déontologie médicale.

²⁴⁴⁴ Il ne subira une sanction d'un mois de suspension de l'exercice de son art.

²⁴⁴⁵ Sur les conditions juridiques de garantie du droit avant la naissance et après la mort, nous renvoyons aux travaux de X. Labbée, *op. cit.*

²⁴⁴⁶ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, ainsi que E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Trad. A. Renaut, GF-Flammarion, 1994, (*deuxième partie la doctrine du droit*).

d'Etat²⁴⁴⁷, le médecin avait commis la faute de ne point avertir qui que ce soit au sein du service et de procéder seul à de telles pratiques²⁴⁴⁸. Et c'est bien sur la pratique que la question de droit, au-delà de la question déontologique réside. Car le Conseil d'Etat va non seulement justifier l'expérimentation, mais plus encore valider au non de celle-ci l'état de mort juridique de la *personne*.

1226.- En effet, procédant par un raisonnement analogique des situations et de l'interprétation du droit envisageable à celles-ci, le juge du Conseil d'Etat entendit justifier de faire de la vie végétative une *mort préconstituée*. En tant que considérée comme état irréversible, l'état végétatif est dit alors de celle que l'on désigne comme mort cérébrale. Et celle-ci est caractérisée par la réunion des quatre critères de détermination de la mort, par l'anéantissement des critères de vie spontanée sur un plan médical. Or, si elle est problématique, et a occasionné que l'affaire soit portée à la connaissance du juge du Conseil d'Etat, c'est en raison de l'anticipation pratique et théorique qu'aurait opérée le médecin, interprétant, à l'aune de ses connaissances, un état médical en l'assimilant à celui de la mort définitive prononcée par constat de décès, et dont les effets principaux sont de nature juridique.

1227.- Une telle question fut résolue par le juge qui considéra que **dès lors que la conscience est abolie, et que les critères de la vie organique le sont également, le médecin peut légitimement considérer la personne en état de mort, et ce même avant de prononcer celle-ci**²⁴⁴⁹. Ceci pourrait avoir pour conséquence de permettre au corps médical de se réserver une période de latence entre le constat d'un tel état de mort par anticipation de son prononcé, et l'information faite à la famille sur les possibilités pouvant suivre cet état, ce pour quoi nous n'entrerons pas plus en détails pour le moment.

1228.- Nous pensons alors qu'ici, en retenant le principe classique du passage strict d'un état à un autre, la mort n'est **pas effective**, mais **spéculative**, à *effets* de nature juridique. **En élargissant les critères de la mort, en reconnaissant la possibilité d'introduire des états intermédiaires, le juge ouvre la porte aux excès interprétatifs du corps médical.** Le seul

²⁴⁴⁷ Le juge du Conseil d'Etat le rappelle à ce propos.

²⁴⁴⁸ N'ayant pas non plus recherché l'avis de la famille.

²⁴⁴⁹ Rappelant que le médecin n'avait pas recherché l'avis de la famille, le juge sous entend que ceux-ci auraient pu légitimer une pratique de nature à recouvrir l'intérêt thérapeutique de l'article 19 du Code déontologie, justifié par le seul fait de pouvoir donner une chance de prolonger la vie.

critère de la conscience pourrait permettre de jongler avec les conclusions médicales et leurs conséquences de nature juridiques. C'est ici que le droit fondamental de l'être à *être* jusqu'au bout, serait dépassé dans l'interprétation du juge, celui-ci considérant désormais que l'état de mort cérébrale équivaut à l'état de mort effective, et peut avoir pour conséquence la protection de celui qui, en tant que praticien, considérerait une telle largesse comme une exigence quant au prononcé de la mort.

D. La *juridicisation* de la fonction de médecin

1229.- Le médecin se fait alors *juriste*, puisque c'est lui qui détermine la mort, l'appréciant eu égard à l'interprétation de la notion de conscience. Cette affirmation ne poserait *a priori* aucun problème dans la mesure où l'on ne pourrait exiger la présence d'un gardien de la loi chaque fois qu'une décision d'un médecin serait prise. Là où le problème vient à surgir, c'est lorsque le juge, garant de la protection de la *personne*, avant et après la vie juridique positive, justifie des pratiques médicales, interprétant les principes de droits sous-jacents au droit positif qui détermine la vie.

1230.- Car vivre demeure avant tout un mystère. Nul ne sait, ni ne peut affirmer d'où il vient, tout comme nul ne sait ni ne peut affirmer où il va. Cela en revient à respecter l'inconnaissable, et à commencer par l'expression d'une conscience, notion rattachant la vie à un transcendant, à un *être premier*, commun à tous et en cela recouvrant les critères de l'universalité, et s'incarnant dans chacun, singulièrement ; prenant les formes déterminées par la règle transcendante à l'*être, première* à celui-ci, et qui quant à elle ne connaît de déterminisme *premier* accessible à l'homme. La conscience est en cela inaccessible avec certitude quant aux différentes manifestations qu'elle peut présenter ou encore se garder de manifester à la vue, qu'elle soit élémentaire, à l'œil nu, ou au plus précis des appareillages technologico-médicaux. **Présumer du contraire de l'hypothèse de la vie, en anticipant la mort, ce serait anéantir le droit essentiel du maintien des conditions du respect du droit à la vie, justifiant dès lors les prétentions de certains à créer un véritable droit à la mort.**

1231.- Il s'agirait donc ici de dénoncer une forme d'arbitraire médical, justifié par le juge du Conseil d'Etat, et préconisant l'intervention de la raison humaine empiriste dans l'agencement de l'ordre des choses qui la dépassent. Et de c'est de cela que pourrait dépendre la possibilité

de conditionner unilatéralement la détermination de l'ensemble de l'obligation de soins. Car, à considérer la mort comme rationnalisable au moyen de données empiriques, celles-ci ne peuvent appartenir qu'à la seule volonté du corps médical. Il en vient à reconnaître que le consentement du mourant ne peut être libre, mais plutôt authentiquement soumis à de telles exigences puisque de la mort à l'état de vulnérabilité, le pas a été franchi en reconnaissant que l'état de mort cérébrale y est assimilable ; un pas en conduisant un autre, de la mort cérébrale à l'état d'extrême faiblesse, l'assimilation permettant de justifier d'une incapacitation, il serait alors admis de faire primer la seule volonté du médecin à déterminer ce qui est bon pour le mourant. Cette justification est désormais reconnue par la loi qui entend assimiler mort cérébrale et mort effective, reconnaissant l'abolition de la conscience de l'être²⁴⁵⁰.

Paragraphe.III. La place de l'arbitraire médical comme garantie du bien être du malade

1232.- *A priori*, l'arbitraire²⁴⁵¹ s'oppose radicalement à l'autonomie de la volonté²⁴⁵² de telle sorte que la *personne* reste maître et possesseur de son existence, indépendamment de tout déterminisme extérieur, si ce n'est *celui qui rend libre*²⁴⁵³. Et c'est ce que le législateur a

²⁴⁵⁰ La mort cérébrale est le critère médico-légal du décès selon l'OMS. Il s'agit de l'absence totale d'activité cérébrale, et est assimilée dès lors à l'absence totale de conscience. La première définition date de 1968, et émane d'autorités américaines ; voir Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *A definition of irreversible coma: report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, JAMA, 1968 ; 205:337-340. Celles-ci ont pris le pouvoir en matière de définitions empiristes de la personne ; voir en ce sens l'exemple de l'autonomie de la volonté dont la conscience est à la base, D. Calahan, *When Self-Determination Runs Amok*, Hastings Center Report, March April 1992.

²⁴⁵¹ L'arbitraire est l'application de la subjectivité d'une personne détenant du pouvoir aux dépens d'une autre qui en est démunie. C'est le pouvoir autoritaire dans son application. L'arbitraire est la mise en pratique de l'absolutisme, de l'injustice ou de la tyrannie.

²⁴⁵² L'Autonomie de la volonté signifie, *stricto sensu*, que la volonté se donne à elle-même sa loi. Dans la philosophie morale kantienne, où la volonté libre, au sens transcendantal, se donne à elle-même la loi morale, principe objectif, comme maxime de son action, c'est-à-dire comme principe subjectif de sa volonté. Il s'agit nullement de la volonté opposable en droit, Kant distinguant clairement la personne morale de celle juridique. En droit, les différentes théories de philosophie morales ont directement influé sur la théorie de l'autonomie de la volonté qui constitue le fondement du contrat. Voir en ce sens, pour une étude portant sur l'autonomie de la volonté, G. Guyet, *Le concept d'autonomie dans les obligations privées : aspects techniques et philosophiques*, Thèse, Univ. Bordeaux IV, 2012.

²⁴⁵³ Cette approche est celle de la théorisation du droit chez Kant qui estime que le droit n'érige pas la personne en sujet moral, mais uniquement en sujet de droit. En ce sens, la personnalité juridique se distingue clairement de la personnalité morale et ainsi le sujet de droit ne se trouve pas obligé par lui-même de respecter les lois. La norme juridique ne pouvant dès lors prendre la forme d'un impératif, d'une obligation externe, elle devient une contrainte externe, mais qui se justifie dans sa capacité à rendre libre, à obliger à être libre. Cette distinction est particulièrement propre à décrire le droit français, civil en premier, au fondement du système juridique dans sa totalité, au-delà de la *summa divisio* droit privé droit public, Kelsen rappelant que la coexistence des deux ne

entendu consacrer par deux fois dans le début des années 2000²⁴⁵⁴, en autonomisant le patient identifié comme co-décideur de sa santé d'une part, et d'autre part en affermissant sa souveraineté de *responsable de son devenir*, lorsqu'il peut refuser l'immixtion du paternalisme médical dans le champ de l'expression de son consentement. Le second mouvement illustrerait parfaitement la valorisation du premier, considérant qu'il entend pérenniser l'autonomie de la volonté de la personne jusque dans ces derniers instants, lorsque le statut le plus favorable à sa sauvegarde serait celui de mourant. Et en ce sens, la loi du 22 avril 2005 aurait fait office de révolution²⁴⁵⁵ dans la mesure où elle a introduit la possibilité de refuser un traitement ou de faire interrompre celui-ci. C'est la possibilité de regarder le refus comme consentement inversé²⁴⁵⁶. Néanmoins le refus est explicitement formulé comme appartenant une fois de plus à la seule appréciation du médecin, sur le fondement d'un droit réglementaire²⁴⁵⁷. Il s'agirait donc de ne pas ignorer la face théorique cachée, préservant la permanence du paternalisme du médecin qui avant la décision, au cours de la délivrance de l'information, pendant l'acte, puis après l'acte ou lorsque le patient refuse, demeure le seul à proposer ou imposer les **conditions** d'exercice des obligations de santé et par voie de conséquence, du droit s'y rapportant. Il en va ainsi lorsque le médecin doit tenter de persuader le mourant se fondant sur la nécessité des soins (**A.**), avilissant celui-ci à un simple rôle de personnage de sa maladie (**B.**), notamment lorsqu'une telle situation aboutirait au fait de passer outre le refus de soins exprimé (**C.**). La loi de 2005 ne servirait pas dès lors à rendre plus libre le mourant, conditionnant en réalité sa volonté car ayant objectiver et objectivisé sa conscience (**D.**).

peut être assurée que par la subsumption du droit privé en droit public, les fondements du second reposant sur ceux du premier. Voir en ce sens E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, op. cit., *Première partie : Eléments métaphysique de la doctrine du droit*, op. cit. pp. 41-49.

²⁴⁵⁴ Il est bien évidemment fait ici référence aux lois du 4 mars et 30 décembre 2002 ainsi qu'à la loi du 22 avril 2005.

²⁴⁵⁵ En ce sens, la plupart des personnels soignants suffisamment au fait de la loi se satisfont d'un dispositif qui leur permet de se décharger de quelques causes de responsabilité si ce n'est déontologique, tout au moins pénales. Voir en ce sens C. Bolze-de-Bazelaire, *La loi du 22 avril 2005 sur les droits des malades en fin de vie : Connaissance des médecins généralistes, implications pour leurs pratiques et modes d'information*, thèse de médecine, Univ. Joseph Fourier faculté de médecine de Grenoble, 6 février 2009.

²⁴⁵⁶ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique qui prévoit tout de même le choix d'interrompre un traitement en retirant son consentement ; ce qui signifie au surplus qu'une personne ayant refusé un traitement pourrait toujours revenir sur son choix également.

²⁴⁵⁷ A l'art. R. 4127-36 du Code de la santé publique.

A. Persuader, ou tenter la conscience culpabilisée du mourant contre l'abandon ou l'acharnement

1233.- Persuader correspond ici à l'objectif de l'acceptation de soins réputés indispensables, lorsque la personne tendrait à décider de refuser ou interrompre un traitement. Il s'agit du prolongement du devoir d'information du mourant refusant ou décidant d'interrompre un traitement²⁴⁵⁸.

1234.- La protection par la persuasion participerait du devoir d'information attendu qu'elle tendrait à garantir la personne d'un risque direct de mise en danger de sa vie. Pourtant cette information à laquelle le mourant peut refuser de prendre part, ne peut intervenir qu'au cas légalement prévu, et rappelé à l'article L.1111-2 du Code de la santé publique. Il s'agit de prévenir le malade de son ignorance quant à la nécessité de protocoles médicaux lui permettant de poursuivre artificiellement sa vie²⁴⁵⁹. C'est la raison pour laquelle le législateur a introduit cette formulation tout à fait représentative de l'esprit de la loi de 2005, qui prévoit qu'une fois la personne mourante dûment informée, c'est en conscience que le médecin pourra mettre en place un traitement dont les effets secondaires, non recherchés, pourront être d'abrèger la vie²⁴⁶⁰. Il s'agirait alors pour le médecin de conjuguer le refus de traitement, ou encore le vœu d'interrompre un traitement, avec la mise en place d'un autre type de traitement, celui palliatif qui demeure tout de même un traitement, ici poussé au paroxysme de sa possibilité puisque légitimant l'euthanasie dite passive. La question de l'*acharnement thérapeutique* semblerait s'être reformulée lorsque la mort demeurerait toujours particulièrement médicalisée pour ne pas être considérée comme *non accompagnée*. Or, mourir est choquant dans un monde où cela devient l'échec d'une thérapeutique, et non plus la fin ordinaire d'un cycle.

1235.- La mort du patient peut rapidement devenir étrange si les proches s'étonnent de sa soudaineté, dans ce contexte où le médecin doit *a priori* être le plus prudent en diffusant une information la plus large possible²⁴⁶¹. Celle-ci pourrait être fautive, directement par

²⁴⁵⁸ Art. R. 4127-36 du Code de la santé publique.

²⁴⁵⁹ C'est en ce sens que l'article L. 1110-5 al. 1 et al. 2 du Code de la santé publique s'associe parfaitement au dispositif relatif à au refus de traitement lorsque le médecin doit lui-même refuser toute obstination déraisonnable.

²⁴⁶⁰ Art. L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique.

²⁴⁶¹ La famille et avant elle, la personne de confiance peuvent être informées de l'imminence d'un pronostic vital engagé là même où le mourant pourrait en être préservé ; art. L.

abstention, ou indirectement par omission. Contractuelle, elle fait courir un risque sur la responsabilité du médecin, dépassant le seul cadre déontologique, disciplinaire, et il est nécessaire que la manifestation de la volonté des co-contractants soit aussi éclairée que n'aura pu l'être l'information. Il s'agit en effet, lorsque le médecin tente de persuader le mourant, de la manifestation du consentement de ce dernier à l'éventail des actes qui lui ont été proposés.

1236.- Car, il est impossible d'envisager dans un autre sens, que le médecin soit conduit à consentir à un acte proposé par le mourant, contrevenant ou non aux règles de déontologie et autres règles légales²⁴⁶². Les conditions d'exercice de la médecine sont donc conditionnées à la loi ; et la loi est conditionnée aux règles de la médecine. La volonté du patient prend une apparente unilatéralité dans sa manifestation, car elle devrait être la réalité de ce qu'il veut. Pourtant, il ne serait considéré qu'en tant que récepteur *subjectif*, donc imparfait, bien qu'objectivement informé des conditions thérapeutiques. **Alors même que l'apparence légale en fait un citoyen de sa santé, les défauts de la démocratie prendraient corps, et le mourant serait en quelque sorte résigné, se retrouvant inféodé aux éléments relevant de son statut de malade. Il pourrait se voir refuser une requête ne contrevenant en rien aux dispositions légales, réglementaires et disciplinaire, sur le seul fondement selon lequel c'est au médecin de proposer, et donc de disposer de la décision en dernier ressort. Voilà la condition potestative ressurgir.**

1237.- Sa volonté serait celle qui se manifeste dans les éléments axiologiquement ordonnés, ceux-la même qui ont contribué à élaborer l'information obligatoire. La nomenclature unilatéraliste, **potestative**, se poursuivrait et s'affirmerait dans les cas d'urgence où, quoiqu'il en soit, et quelque puisse avoir été l'expression de la volonté du mourant, le médecin procèdera nécessairement à des actes visant à préserver la vie²⁴⁶³, si précaire fût-elle. En effet, dans la mesure où le médecin ne pourrait joindre la personne de confiance dont nous rappelons que la parole n'a aucune valeur exécutoire, il se retrouverait seul à prendre les

²⁴⁶² Le risque de la résignation peut aller jusqu'à la requête d'une euthanasie de détresse. Cette hypothèse particulièrement grave moralement, est possible en Hollande. Il ne s'agirait pas ici d'une responsabilité morale au sens kantien, puisqu'en apparence la loi *juridique* ne suffirait qu'à permettre au requérant d'obtenir ce qui le rend libre dans l'accomplissement de sa liberté la plus générale, la jouissance de l'autonomie de sa volonté. En réalité il s'agirait du droit le plus moralisateur qui soit, imposant la règle morale de tous les libéralismes, d'une conscience expérience comme vue chez Locke qui préfigurerait la psychologie contemporaine. Locke considèrerait que la conscience est une réflexion sur soi, une connaissance des mécanismes de l'intériorité et non un seul rapport à soi comme dans le *cogito* cartésien.

²⁴⁶³ Le professeur Mémeteau décrit un « état de nécessité né du conflit entre deux devoirs également impérieux du sacerdoce médical » ; G. Mémeteau, *Petites Affiches*, 23 avril 1999, n° 81, p. 10.

dispositions qu'il jugerait nécessaire. Ainsi dans le cas de l'urgence, ou de l'impossibilité de contacter cette personne de confiance, ou tout autre « proche » du mourant, le médecin ne serait plus obligé de rechercher le consentement aux actes, sous entendu non plus le consentement antérieurement exprimé par le patient, y compris celui des directives anticipées²⁴⁶⁴. Il envisage les actes *en conscience* et agit dans l'intérêt du patient qu'il estime être le plus judicieux²⁴⁶⁵. Il effectue les actes médicaux que la situation exige, au regard de la nécessité qu'il s'est imposé d'agir, tentant de culpabiliser sans le faire explicitement le mourant, jusqu'à ce que ce dernier soit convaincu que ce que lui dit le médecin est forment la meilleure solution pour lui, contre toute intuition.

B. Médecin actif et mourant passif

1238.- Le mourant, personnage de sa propre souffrance identifiée à elle seule comme une maladie, se retrouverait éloigné de sa volonté première, dont il ne pourrait plus éclairer l'essence qu'en manifestant les effets collatéraux relevés ; ceux-ci sont nommés et normés par la science médicale. Il se retrouverait être une fiction juridique soumise à la codification issue des approches quantitativistes de son *être* résumé à son seul état physique²⁴⁶⁶. Sa volonté devient celle de son corps en souffrance, corps qu'écoute un mental refroidi par la peur. **Être d'accord avec le médecin, ce serait être en accord avec un avis dominant, une volonté acharnée de bien faire son métier.** Alors, le désir de bien agir animant le médecin, volonté elle-même inféodée au risque de voir des cas de responsabilité émerger dans

²⁴⁶⁴ R. 4127-36 du Code de la santé publique. Ici il devient évident que le médecin est le premier destinataire de la loi de 2005.

²⁴⁶⁵ Il s'agit de l'obligation de probité déontologique, obligation de conscience que le médecin peut exprimer par le refus de pratiquer un acte permettant de poursuivre une vie de souffrance artificielle. Cette obligation incombe également aux établissements de santé et a fait l'objet de prise de position par **l'église catholique**, au sujet du droit premier à la vie, au moyen d'une encyclique de Jean-Paul II ; celui-ci estimait que cette *clause de conscience* doit en ce cas, pouvoir être une cause d'exonération de responsabilité ; voir J.-P. II, *Evangelium Vitae*, août 1993. Cette obligation de conscience se retrouve également dans l'esprit de **l'islam**, le médecin étant dépositaire de l'obligation d'individualiser la souffrance ; il doit la soulager, mais ne peut accéder à une quelconque demande en suicide comme il est mentionné dans le Coran, *sourate LXXIV, versets 11 à 23 et 38*.

Le judaïsme impose la même exigence que celle de l'islam et du christianisme, refusant d'échapper à la prise en charge de la douleur, mais refusant aussi que le médecin n'agisse qu'en fonction de ses devoirs légaux ; il se doit d'agir sur la souffrance, au regard de ce que lui dit le mourant, et non pas de ce que lui indique une quelconque tentative de quantification, car il ne peut en aucune manière agir sur lui en précipitant la mort comme l'indique le Choulhan 'Arouch, *Yoré Déah*, 339. I. Voir en ce sens une approche succincte de la position des monothéismes sur la souffrance : F. Dreifuss-Netter, *Malades fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit., pp. 53- 56.

²⁴⁶⁶ Le mourant est bien souvent une statistique qui en bonne conscience traite du nombre de cas pris en charge, des moyens mis en œuvre, des modalités à améliorer, dans une forme d'obligation de résultats économiques. Voir en ce sens la thèse de médecine de C. Bloze- de Bazelaire préc., et qui est composée pour plus de la moitié de son corps d'études de satisfactions et de statistiques sur la mort et l'accompagnement des mourants.

l'accomplissement d'actes médicaux, deviendrait le sous-jacent de la volonté du patient, dont l'apparente unilatéralité se dissoudrait dès lors dans l'ignorance persistante. C'est celle-ci qui justifierait l'unilatéralité.

1239.- Le médecin aurait plus facilement tendance à passer outre le refus de soins lorsque celui-ci aurait pour conséquence de mettre en jeu le pronostic vital. Ce serait à lui de dire quand est-ce qu'il est possible de refuser, en invoquant donc tout de même le respect de ce droit. N'étant pas parvenu à persuader, il passerait en force. Cette position n'est pas celle recommandée par l'article R. 4127-36 du Code de la santé publique dans le cas où le mourant est en état d'exprimer sa volonté, car en effet le médecin doit, en apparence le prendre à nouveau à témoin en lui suggérant une autre alternative, réintégrant la délivrance d'une nouvelle information. Toutefois il serait fréquent de considérer que le mourant est trop faible et ignorant pour connaître de ce qu'il y a de meilleur pour lui ; cette position en reviendrait à considérer que le mourant n'est plus totalement capable. **Or, l'expression du consentement qui est une modalité de l'expression de la volonté est une des caractéristiques majeures de la capacité.** Ceci en reviendrait à considérer qu'il serait parfaitement aisé pour un médecin ayant peur de mal agir, d'accéder plus facilement, à sa solution ; réanimation, ou placement sous alimentation artificielle, ou sous traitement de surdosage d'antalgiques neutralisant une douleur, plutôt que de prendre le risque de suivre les dires d'une personne présumée incapable, ou tout au moins insuffisamment capable pour savoir comment refuser, ou comment être soignée.

1240.- Il s'agirait également pour lui de se prémunir d'une action des ayants droit qui agiraient sur le fondement d'une atteinte fautive à la dignité du mourant, ayant pu entraîner précipitamment la mort de celui-ci. Une telle position paraît pourtant contredire l'esprit de la loi de 2005 qui avait pour objectif non seulement de consacrer l'autonomisation du malade, position échaffaudée par la loi du 4 mars 2002, mais au surplus de la prolonger dans la possibilité de faciliter la « belle mort » de l'euthanasie passive déguisée dans le refus de toute obstination thérapeutique déraisonnable. Or cette dernière n'appartient également qu'au seul médecin qui semble-t-il, décidément, est le seul aussi à connaître la « belle mort »²⁴⁶⁷.

²⁴⁶⁷ La formulation seule du code de la santé publique suffirait à affirmer que c'est au médecin que la loi de 2005 s'adresse : « Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. » : art. L. 1110-5 al. 1 ; Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne

C. L'obligation négative de soins

1241.- Passer outre le refus de soins est ainsi admis malgré, et en même temps sur le fondement des prétentions de la loi de 2005²⁴⁶⁸. Cette opposition hiérarchique entre le principe de l'autonomie du consentement et celui qui oblige le médecin à soigner et le cas échéant à sauver la vie du malade existait déjà bien avant toute légifération sur le droit du médecin à soutenir sa thérapeutique, lorsque le patient ne semble pas réellement convaincu de sa nécessité²⁴⁶⁹.

1242.- Jusqu'en 2001, le médecin pouvait juger²⁴⁷⁰ de la nécessité²⁴⁷¹ d'intervenir alors même que le refus-consentement avait clairement été exprimé par un mourant, en raison de la mise en jeu directe, dans l'urgence²⁴⁷², de son pronostic vital²⁴⁷³. Cette obligation négative de faire, que la loi de 2005 va consacrer dans le refus de toute obstination déraisonnable²⁴⁷⁴, pourrait être interprétée comme le prolongement du droit pour le médecin de s'opposer au refus de soins. Il en serait ainsi lorsque le médecin préfère préserver la vie contre le refus du mourant de voir toute nouvelle tentative de réanimation. En ce sens, les dispositions de la loi du 4 mars 2002 semblaient pouvoir déjà mettre un terme à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

1243.- Pourtant le juge du Conseil ne semble pas avoir suivi sa propre jurisprudence de 2001²⁴⁷⁵, certainement car en réalité il attendait que le législateur n'intervienne sur le sujet difficile de l'expression de la volonté, et non pas du consentement²⁴⁷⁶, pour prendre une

pas être entrepris. Dans ce cas, **le médecin** sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. » art. L. 1110-5 al. 2.

²⁴⁶⁸ Le refus de toute obstination thérapeutique s'éteindrait dans le cas de l'urgence face à l'imminence d'un pronostic vital remis en cause. La mort aurait plutôt tout intérêt à venir sans prévenir !

²⁴⁶⁹ Voir CE. 26 octobre 2001, *Mme Senanayaké*, *Droit et Patrimoine* n° 101, février 2002 ; *JCP ed E*, n° 6, p. 302, II, 10025, préc.

²⁴⁷⁰ Notons qu'avant la loi du 4 mars 2002, le médecin était déjà soumis à l'obligation de respecter la volonté du patient sur le seul fondement de l'article 40 du Code de déontologie médicale reposant sur l'adage *primum non nocere* à la base du serment d'Hippocrate.

²⁴⁷¹ Le professeur Mémeteau décrit un « état de nécessité né du conflit entre deux devoirs également impérieux du sacrodoce médical ». *Petites Affiches*, 23 avril 1999, préc., note sous arrêt *Senanayaké*.

²⁴⁷² CAA de Paris, 9 juin 1998, *Mme Senanayake*, préc.,

²⁴⁷³ *Ibid.*

²⁴⁷⁴ Art.L. 1110-5 du Code de la santé publique.

²⁴⁷⁵ Conseil d'Etat, par son arrêt du 16 Août 2002, *Feuillatey*, préc. *Gaz. Pal.* 2002, p. 1345 ; *D, IR*, 2002, n° 33, p. 2582 ; *Droit et Patrimoine*, n° 110, décembre 2002, p. 84, préc.

²⁴⁷⁶ Voir M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, op. cit.

position plus ferme²⁴⁷⁷. Dès lors, l'obligation négative d'outrepasser le refus de soins serait une obligation objectivement entendue et incombant au seul médecin. Elle serait le fruit d'un idéalisme subjectiviste et empiriste, niant les cadres éthiques sous-jacent de l'être singulier, ceux-ci pesant en réalité comme *fondements théoriques premiers* du droit. Autrement dit, c'est en dénonçant la subjectivité du mourant comme étant un subjectivisme, c'est-à-dire le déchainement de ses passions en dehors de toute raison, que le législateur et le juge justifierait de mettre à l'écart ce type d'appréciation pour l'inféoder à celle relevant d'un objectivisme. **Le mourant, en proie à ses peurs et angoisses n'aurait d'autre possibilité, afin de faire respecter, mais aussi de respecter lui-même la loi, que de se conformer à l'interprétation préjugée plus judicieuse du médecin.**

1244.- Or, contre cet idéalisme niant toute spécificité de la capacité entendue comme possibilité de comprendre et non possibilité d'agir, et afin de protéger le mourant de tout archétype sociologique, anthropologique, statistique, *etc*, il s'agirait non plus de rechercher une autonomie de la volonté hiérarchisée au regard de l'obligation d'agir ou de réserve du médecin, mais en réalité de percevoir l'intérêt supérieur du mourant à disposer des mesures qui le protègent, non comme une *contrainte* mais comme une clef : l'autonomie effective ne serait en réalité qu'une facette de la dignité, qui, dans son approche communicationnelle, rendrait compte de la liberté singulière de l'être à disposer de son devoir-être d'*être*. **Et en ce sens rien ne s'oppose à rendre effective l'application de la loi de 2005.**

D. Conditions extérieures et négation de la *liberté*

1245.- La loi actuelle ne rendrait pas plus libre ou autonome le mourant (1). Bien au contraire les détails de la loi l'inféoderaient encore plus à des conditions extérieures (2).

²⁴⁷⁷ La solution de l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 octobre 2001, préc., fut jugée « minimaliste en ce sens qu'elle évite tout risque d'impérialisme médical ou d'acharnement thérapeutique ». J.-J. Frion, *Respect de la volonté du malade et obligation de soins du médecin*, Revue Droit de la famille 2002, JP p.31.

1. Effectivité des acquis de la loi sur les fondements de l'idéalisme de la conscience

1246.- Certes, les normes légales, prenant la forme de conditions externes chez Kant, seraient vouées à rendre libre²⁴⁷⁸. Il s'agit même du *fondement de la métaphysique des mœurs*. Celle-ci est rapportée comme étant la base même de la théorie kantienne, lorsqu'il s'approche du langage des sources de la *doctrine du droit*²⁴⁷⁹. Toutefois, ayant scindé la personnalité en deux facettes qui devront s'ignorer en pratique, celle **morale** et celle **juridique**, Kant entend, sans le dire explicitement, moraliser la seconde, cette dernière ne pouvant *a priori* connaître objectivement la première²⁴⁸⁰. **Le juridique ne pouvant rendre compte effectivement et singulièrement du métaphysique**, il s'agirait pour Kant de préserver le métaphysique qu'il ne nie pas, en assurant une réponse de raison pratique, objective, par un cadre juridique contraignant, répondant à des **obligations qui rendraient libre**. Poursuivant sa recherche de la liberté dans sa *Critique de la raison pratique*, Kant entend affermir sa position en rappelant que si l'intelligible est réel, il n'appartient pas à l'ordre de la connaissance, et qu'en ce sens une raison pratique ne doit être fondé que sur le seul critère *noétique*, s'appuyant sur des *principes*²⁴⁸¹.

1247.- Une telle approche semblerait reconnaître l'existence du *continent de l'inconscient* de Leibniz²⁴⁸², toutefois elle ne lui accorderait aucun crédit dans le processus de l'élaboration normative, comme vue chez Descartes²⁴⁸³, considérant son absence de certitudes pratiques constitutif d'un obstacle majeur à l'émergence des données objectives permettant de porter la connaissance. Ces résultats ne pourraient être collectés que par l'expérience, dans l'expérimentation chez Locke²⁴⁸⁴, au regard de la supériorité de la scientificité²⁴⁸⁵ pragmatique. Elle seule peut « rendre la raison subjectivement pratique »²⁴⁸⁶. Ce serait sur ces fondements théoriques et philosophiques que les normes de droit auraient le pouvoir de

²⁴⁷⁸ Voir en ce sens E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., pp. 87 s., sur la bonne volonté comme fondement de la morale.

²⁴⁷⁹ E. Kant, E. Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, op. cit., pp. 80 s.

²⁴⁸⁰ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., pp. 169 s., sur les fondements de l'autonomie de la volonté.

²⁴⁸¹ E. Kant, *Critique de la raison pratique*, op. cit., pp. 19 s.

²⁴⁸² G. W. Leibniz, op. cit., pp. 61 s., sur les perceptions, et son approche notamment de la théorie de la réminiscence, parfaitement platonicienne.

²⁴⁸³ Voir notamment J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., pp. 78 s.

²⁴⁸⁴ Voir J. Locke, *Essais sur l'entendement humain*, op. cit.

²⁴⁸⁵ Ainsi Kant critique-t-il le degré de scientificité de la métaphysique entendue au moyen d'une raison pure ; voir E. Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science*, Vrin, 1993, pp. 130 s.

²⁴⁸⁶ E. Kant, *Critique de la raison pratique*, op. cit., p. 161.

s’immiscer dans le jugement le plus profond de la *personne*, préjugant de son incapacité, car celle-ci ne serait que le reflet logique d’un monde idéal, reconnu nécessaire comme primat de la raison, mais objet de foi et non de connaissance²⁴⁸⁷. **En ce sens, la conscience fait elle aussi l’objet d’une contrition objective, afin de rentrer dans le cadre juridique conditionnel du consentement, contre ses excès la conduisant sur des chemins relevant de l’ordre moral.**

2. Révéler la conscience

1248.- Néanmoins, en sommant la personne d’agir sur des fondements dogmatiques et empiriques, la loi ne peut lui permettre tout au mieux de correspondre qu’à des *infra structures* physiques de son existence²⁴⁸⁸. Il serait du devoir-être du patient de croire aux **conditions** révélées par un médecin qui accomplit sa mission conformément à sa fonction d’agent fonctionnaire de service public.

1249.- C’est la notion d’*union* qui singularise l’expression de la volonté solidaire de deux individus. Elle se justifierait ici dans les nomenclatures pré constituées de la loi, car contractuellement élaborées autour des **conditions** médicales faisant preuves d’une intention libre. Or, considéré selon un principe de réalité faisant primer l’*être* sur le devoir-être, le respect de la manifestation de la volonté passerait par la sauvegarde, *a priori*, de la capacité du patient à auto-déterminer son degré de volonté.

1250.- Le mourant ferait donc assez souvent face au mensonge que la loi du 4 mars 2002 a reconnu comme possible au nom de la sauvegarde de sa dignité²⁴⁸⁹, mensonge **altruiste** par omission, certes, mais néanmoins contraire à la lettre et l’esprit du même législateur ayant rendu obligatoire le devoir d’information du médecin. Ainsi, et contrairement à la nécessité d’adapter la vérité²⁴⁹⁰, les médecins sont régulièrement protégés par les juridictions administratives lorsqu’ils ont outrepassé les refus de soins exprimés par des patients²⁴⁹¹, sur le

²⁴⁸⁷ *Ibid*, pp. 150 s.

²⁴⁸⁸ En ce sens, la loi serait d’inspiration théorique marxiste, voyant l’ordre physique comme des micro-structures justifiant une macro-structure politique. Voir notamment K. Marx,

²⁴⁸⁹ Art. L.

²⁴⁹⁰ Voir C. cass. 1^{ère} civ. 21 février 1961, préc., l’information devant alors être **simple, intelligible, approximative et loyale.**

²⁴⁹¹ Voir en ce sens TA de Lille, 25 août 2002, 02-3138 ; CE, 16 août 2002, préc.

fondement de l'omission du critère technico-médical qui perdrait plus la raison du mourant qu'il ne la guiderait. Le risque d'incrimination semble si grand que, par la combinaison du refus de porter secours conjugué à la présomption d'incapacité dont sont frappés les mourants, le juge préférerait faire *pencher la balance* au profit de la nécessité de sauvegarder la vie plutôt que de risquer de devoir démontrer qu'il convenait pour tous les acteurs d'accepter la mort²⁴⁹². L'appréciation des juges serait proportionnée à la nécessité de porter secours eu égard à l'expression de la volonté du mourant, celle-ci semblant être seconde, puisque l'expression d'un seul individu face à l'intérêt dominant, général et majoritaire de toute une société, de préserver la vie²⁴⁹³.

1251.- La loi créerait à elle seule une carence quant au respect de la liberté absolue relevant de l'intérêt le plus supérieur de la *personne*, en tant que liberté individuelle à pouvoir décider de son sort. Une fois les règles de l'autonomie de la volonté *idéalement* respectées, il ne deviendrait plus possible de contredire une décision. ***Le consentement serait effectif***, et dès lors il serait impossible de revenir dessus, ce que suggère la condition potestative, dans la rétroactivité de son effet.

1252.- Pourtant, faire reculer la mort lorsque celle-ci se présente d'une part, et que d'autre part le mourant y consent, serait à proprement parler l'expression d'un arbitraire médical, guidé par les seuls intérêts juridiques liés à des questions de risques de responsabilité²⁴⁹⁴, et non plus inspirés par les **principes éthiques et juridiques auxquels souscrit l'aspirant médecin lors de la prestation de serment**²⁴⁹⁵. Accompagner le mourant en dignifiant sa

²⁴⁹² Toutefois, le délit de non assistance à personne en péril ne pourrait être retenu lorsque la thérapeutique adéquate n'a pu être appliquée « en raison du refus obstiné et même agressif du malade » : C. cass. crim. 3 janvier 1973, *D.* 1975 p. 591, note Levasseur, préc., et cette raison, présupposant de la pleine capacité de la personne, est confirmée que les motifs soient médicaux, religieux ou philosophiques C. cass. crim. 30 octobre 1974, *D.* 1975 p. 178, note Savatier. **La jurisprudence *Sénanayaké* ne saurait être transposée semble-t-il en matière pénale, ce qui semble évident, puisque le premier devoir du médecin serait d'obéir à la matière déontologique et administrative.**

²⁴⁹³ Ce critère de la majorité se retrouve d'ailleurs chez Locke dans sa conception du politique, et semble être fondateur de toutes les politiques libérales et démocratiques contemporaines ; voir J. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 2003, pp. 175 s. C'est aussi sur ce critère doxologique et donc artificiel que Platon entend dénoncer l'injustice de la liberté totale inhérente à toute démocratie ; voir Platon, *La République*, op. cit.

²⁴⁹⁴ Notons en ce sens que l'art. 36 du Code de déontologie médicale prévoit que l'obligation de convaincre le patient non seulement de la pertinence mais plus encore de la nécessité de l'administration d'un soin préconstitue une preuve afin de se protéger pénalement. Une telle règle est reprise à l'art. L 1111-4 du Code de la santé publique.

²⁴⁹⁵ Notons en ce sens la règle du code de déontologie médicale, reprenant les engagements pris par le médecin lors de sa prestation de serment sur le serment d'Hippocrate : art. 1, al 4 et 5 du Code de déontologie médicale : « Parmi les nombreux codes en vigueur dans notre droit- code civil, code pénal, code de la santé publique, code du travail, code des assurances, code de la route, etc., - le code de déontologie médicale occupe

souffrance ne pourrait pas réellement sortir celui-ci de son désespoir, ne lui offrant que des solutions closes puisque reposant sur des artefacts *bioéthiques*.

Section.II. Accompagner le mourant, ou, tenter de *dignifier* la mort

1253.- L'effet recherché dans la délivrance d'une information²⁴⁹⁶ pourrait être représenté dans la métaphore du recueil de l'accusé de réception d'un courrier envoyé en recommandé ; gage de sécurité juridique pour l'expéditeur, il le protège quant à sa responsabilité du fait de l'importance de l'information fournie. Le récipiendaire quant à lui rassure l'émetteur, et prouve avoir bien pris connaissance du contenu du document par l'apposition de sa signature. Pourtant, dans le cadre d'une procédure de nature judiciaire, lorsque le profane du droit reçoit une information concernant la future expulsion de son domicile, nul n'est à même d'assurer avec certitude la réception consciente et intellectuelle suffisante de cette information. Il semblerait dès lors que la seule diffusion de l'information compte en la matière, ayant pour but de garantir une protection des parties dans une démarche qui se veut pédagogique lorsqu'elle concerne l'état du malade et la thérapeutique envisagée. Rien ne permet de présumer que malade a réellement compris le contenu de l'information, et seule l'absence de diffusion, ou les erreurs dans la diffusion de celle-ci ne peuvent être opposables au médecin. Quand bien même la loi et le juge exigent que l'information soit claire et intelligible, le caractère particulièrement hypothétique de la compréhension réelle de son contenu, suffirait à permettre aux professionnels de santé de justifier d'atteintes, considérant le mourant comme *a priori* incapable jusqu'à preuve du contraire, au nom d'une volonté apparente de protéger la *personne* des ses propres égarements (**Paragraphe.I**). Il en serait ainsi de la *dignification*, comprenons l'accession à une démarche rationalisante, faisant disparaître tout écart subjectif relevant de l'élément émotionnel de l'être, écartant dès lors, pour les mêmes raisons, l'admission de l'effectivité des paroles décisives du mourant dans le refus de l'obstination déraisonnable (**Paragraphe.II**). Il s'agirait donc de la négation d'un authentique droit subjectif à la dignité, par effet d'objectivisation sous la forme de la *dignification*. C'est en ce

une place particulière.(al. 4) Il a une portée obligatoire puisqu'il revêt la forme d'un décret signé du premier ministre. Ses prescriptions ne sont pas de simples recommandations, mais des règles de droit qui s'imposent à ceux qui y sont assujettis et que les tribunaux sont tenus de faire respecter. (al. 5). »

²⁴⁹⁶ Obligation d'information régulièrement réaffirmée au nom de l'obligation d'humanisme préexistant à l'obligation légale de la loi de 2002 ; voir C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, préc., et confirmation dans C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, préc.

sens que la place dédiée aux personnes présumées proches, impliquées émotionnellement, et donc intérieures à la situation, devrait être d'autant plus grande en réponse à l'abandon des mourants (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. L'impossibilité altruistique de faire cesser un traitement

1254.- Accepter le soin implique *a contrario* de pouvoir désormais le refuser. Une telle hypothèse contraire au devoir de soigner en toute éventualité semble néanmoins plus difficile à faire valoir effectivement que spéculativement. L'idéalisation des **conditions** d'accompagnements permettant le refus, ou le laisser mourir (**A.**) serait en réalité contre indiqué au regard de l'incertitude qu'engendrerait la possibilité de sa décision pouvant intervenir à n'importe quel moment (**B.**).

A. La promesse de « belle mort » définitivement contrariée

1255.- Dans le prolongement du texte de la loi de 2002 accordant au malade un statut de citoyen de sa santé, c'est la loi de 2005 qui en consacre le mourant. Le législateur lui a spécifiquement attribué la possibilité de faire interrompre « tout traitement » auquel il aurait au préalable consenti²⁴⁹⁷. Ce droit de rétractation dans l'administration des soins serait donc un droit pouvant s'appliquer totalement. Pourtant, le même article L. 1111-4 du Code de la santé publique s'est vu ajouter quatre phrases semblant jeter le trouble sur la réalité effective de la cessation de tout traitement.

1256.- Ainsi, il est précisé que, dans le cas où le malade persisterait dans son opposition à recevoir un traitement, réitérant « sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci [étant] inscrite dans son dossier médical », le médecin sauvegarderait sa dignité et assurerait « la qualité de sa fin de vie, en dispensant les soins de l'article L. 1110-10 »²⁴⁹⁸. La fin de tout traitement serait donc suivie de la mise en place d'un nouveau type de traitement, un protocole d'accompagnement, nécessairement médicamenteux, les soins palliatifs ne pouvant

²⁴⁹⁷ « Tout traitement vient en remplacement de « un traitement » à la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

²⁴⁹⁸ Art. L. 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique.

être envisagés autrement que dans cette perspective. La confusion théorique semblerait se confirmer lorsqu'il s'agit d'observer qu'en réalité le droit du mourant est une *obligation de faire* incombant au professionnel de santé médecin, obligation assortie de conditions, et dont le mourant se retrouve donc ne plus pouvoir jouir réellement, comme droit premier, au regard de ces mêmes conditions.

1257.- Herméneutiquement, l'obligation devrait être de résultat : le mourant devrait pouvoir accéder effectivement à l'interruption totale de tout traitement, au moment où il le veut, attendu que c'est en ces termes que le législateur a entendu permettre cette euthanasie passive. Pourtant, c'est une obligation de moyens qui pèserait sur le médecin, considérant que le seul résultat raisonnablement possible serait celui du soulagement de la souffrance²⁴⁹⁹. Bien que l'exigence en la matière ait connu une réelle progression compte tenu des évolutions de la médecine dans l'utilisation des produits anti douleur, il ne s'agirait que de permettre au mourant de se retrouver dans un état d'entre deux, entre la vie et la mort, en sommeil, *entre eros et thanatos*, le temps que le corps médical décide quand est-ce qu'il est réellement possible de procéder à la cessation de tout traitement.

1258.- Cette obligation ne peut en réalité résulter que de l'impossibilité de continuer le traitement²⁵⁰⁰, et non du vœu du mourant de voir cesser le traitement. En effet, celui-ci doit réitérer sa demande, ce qui laisse un temps suffisant pour les professionnels de santé afin de tenter de persuader le mourant de poursuivre ou entreprendre un traitement, curatif²⁵⁰¹, ou bien encore de décider eux-mêmes d'encadrer la requête du mourant. De plus le médecin en échec thérapeutique pourrait toujours « faire appel à un autre membre du corps médical »²⁵⁰², ce qui non seulement pourrait avoir un effet dissuasif sur la décision du mourant, mais au surplus laisserait encore s'écouler un délai entre la première requête du mourant, et l'effectivité de l'application de celle-ci. **Ainsi, à l'impossibilité du traitement curatif succéderait l'obligation du traitement palliatif, donnant l'illusion d'accéder au vœu du**

²⁴⁹⁹ L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique renvoyant à l'article L. 1110-10 du même code en cas d'échec thérapeutique.

²⁵⁰⁰ Au visa du dernier alinéa de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

²⁵⁰¹ Avant d'avouer l'échec de toute thérapeutique et ainsi se retrouver confronté à l'inéluctable, le médecin devrait tenter de persuader le mourant récalcitrant, y compris contre sa volonté de voir interrompre un traitement pourtant entrepris en accord avec son consentement : l'article L. 1111-4 oblige le médecin à persuader quand l'article L. 1110-10 l'autorise à cesser tout traitement. Ce qui signifie au demeurant que l'article L. 1110-10 implique bien la mise en place de traitement, contrairement aux dispositions de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique suggérant le contraire en y renvoyant.

²⁵⁰² Art. L. 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique.

mourant de voir cesser un traitement, tout en permettant, en réalité, au médecin de garder le contrôle sur les protocoles médicaux. Le code de la santé publique précise d'ailleurs que c'est le médecin qui décide puisque c'est lui qui « sauvegarde la dignité du mourant »²⁵⁰³, c'est lui encore qui « constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne »²⁵⁰⁴ lorsqu'il décide d'appliquer « un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie »²⁵⁰⁵, et c'est encore lui qui, lorsque le mourant est hors d'état d'exprimer sa volonté « peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale »²⁵⁰⁶.

1259.- Pour autant que la loi de 2005 autorise le mourant²⁵⁰⁷ à retirer son consentement quant à l'exécution d'une des obligations de la partie médicale, et ainsi faire valoir sa volonté dans la relation conventionnelle, il ne pourrait s'agir en réalité que d'une obligation sous **condition potestative** attendu qu'en contrepartie, le mourant ne serait aucunement obligé, soumis à une volonté unilatéralement décisionnaire, *ab origine*. Dès lors, alors même qu'il estimerait que sa situation suffit à rendre nécessaire l'application de son vœu de la cessation de tout traitement comme principe d'exécution du droit au respect de sa dignité, cette dernière appartiendrait encore à l'appréciation du médecin, puisque c'est lui qui est en charge de la sauvegarder, le mourant apparaissant ici passif, voir même exclu.

1260.- Contre tout idéalisme psycho-anthropologiste²⁵⁰⁸, justifiant n'importe quelle **condition potestative** interdisant la jouissance directe d'un *droit premier*²⁵⁰⁹, comprenons que c'est en dehors de toute relation contractuelle que l'appréciation du droit à la dignité de la

²⁵⁰³ Cette formulation étant rappelée aux articles L. 1110-10, L. 1111-4 et L. 1111-13 du Code de la santé publique, introduite par la loi du 22 avril 2005.

²⁵⁰⁴ Art. L. 1110-5 du Code de la santé publique.

²⁵⁰⁵ *Ibid.*

²⁵⁰⁶ Art. L. 1111-13 du Code de la santé publique.

²⁵⁰⁷ Lui directement ou sur consultation de la personne de confiance qui le représente le cas échéant, ou encore la famille ou, à défaut, un des proches, comme précisé notamment à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dans le respect de la procédure collégiale.

²⁵⁰⁸ La fin de vie étant principalement traitée sous ses aspects à la fois comportementaux et sociaux, au regard des troubles qu'elle occasionne.

²⁵⁰⁹ Voir G. Mémeteau, *Vie biologique et personnalité juridique*, in *Journées Savatier*, PUF, 1994, p. 33 : le professeur Mémeteau estime que si les lois destinées à garantir la dignité devaient fixer des limites aux progrès scientifiques, en réalité elles auraient un effet pervers car « sous prétexte de protéger la personne [elles la] livrent au pouvoir biomédical ». Voir en ce sens également C. Labrusse-Riou, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, in *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 90., notamment sur l'impossibilité de la loi à se positionner quand à la disponibilité de la personne sur son corps en particulier.

personne-mourante devrait se situer, car pré-existant à la *personne* elle-même. Les modalités d'exécution du droit de retrait du consentement, conformes à l'exécution de la loi de 2005, seraient même rendues possibles à la lumière du seul droit commun de rétractation du droit des obligations, entendue comme « une faculté exorbitante reconnue, par faveur, à une personne, dans certains cas déterminés de revenir sur le consentement qu'elle avait donné, ou sur le refus qu'elle avait opposé, sans engager sa responsabilité »²⁵¹⁰. Il s'agirait donc du simple droit du mourant à ne plus consentir à l'exécution d'une obligation.

B. La loi de 2005, malgré tout au bénéfice du mourant

1261.- A propos de la maxime *lex specialia generalibus derogant*, le doyen Carbonnier justifiait que « la loi spéciale est la plus énergique, étant la mieux définie »²⁵¹¹. L'interruption de soins pourrait en ce sens survenir à n'importe quel moment comme le rappelle la loi de 2005 faisant écho au simple droit commun, que l'on soit dans une phase de pourparlers ou encore en cours d'exécution. C'est en ce sens, sans de trop généraliser, qu'en l'espèce, le principe selon lequel *le droit spécial déroge au droit général*²⁵¹² serait inopérant attendu que ceux-ci ne se contrediraient pas. **Cela signifie que la personne mourante peut interrompre quelque thérapeutique que ce soit, sans qu'elle n'ait à justifier de sa rétractation, et à quelque moment que ce soit eu égard à sa possibilité de disposer de son corps, et plus encore quant à la sauvegarde de sa dignité, que l'obligation de soins atteint nécessairement**²⁵¹³. Au-delà et avant le droit spécial de la loi de 2005, il existe un droit absolu et universel ; sans oublier que la loi de 2005 a été validée par le Conseil constitutionnel, celui-ci la reconnaissant conforme au principe de sauvegarde de la dignité.

²⁵¹⁰ Voir en ce sens G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit. Notons que différentes théories s'opposent en droit français. Pour une partie de la doctrine, inspirée des théories allemande de la *punktation*, ce droit de rétractation toucherait à la formation du contrat : il correspondrait à une formation successive du contrat, point par point : voir en ce sens P. Godé, *RTD civ.*, obs., 1978, n° 438. L'engagement contractuel ne deviendrait parfait qu'à l'expiration du délai de rétractation. D'autres auteurs considèrent au contraire que le contrat serait définitivement formé dès l'échange des consentements et que l'existence du délai suspendrait seulement l'exécution des obligations, et plus particulièrement celles du consommateur. D'autres auteurs y voient l'exercice d'une faculté légale de dédit, qui ne serait traditionnellement admise qu'en matière de vente. Voir en ce sens pour une synthèse, V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, *Rec. D.* 1997, chron., p. 28.

²⁵¹¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27^{ème} édition, 2002, p. 208, n° 107.

²⁵¹² Voir par exemple C. cass. com. 28 janvier 1992, n°187, *P. Perrino*, *RJF* avril 1992, n° 569, où il est jugé que « la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale ».

²⁵¹³ Le soin étant reconnu comme une atteinte à l'intégrité et à la dignité de la personne.

1262.- L'obligation de recevoir un soin n'aurait pas de moindre portée par opposition à l'obligation de l'administrer. Par hypothèse, le droit du malade se devrait même de prévaloir sur l'avis médical, bien que nous l'ayons vu, l'arbitraire médical semblerait y opposer une forte résistance. Car en effet, en se fondant sur la volonté première du patient, récipiendaire de l'obligation de soin, ce dernier ne serait que la conséquence seconde de la cause seconde qu'est la maladie. En réalité, la cause première serait l'état de la *personne*, et la conséquence première qui en découle en serait le devoir de sa prise en charge. Or cette dernière ne devrait pas être comprise comme la mise sous tutelle de la personne, par déclaration anticipée d'incapacité.

1263.- Pourtant, l'obligation de porter secours, au moyen de l'administration de soins, aurait tendance à anéantir, *a priori*, l'expression du consentement du malade à recevoir les dits soins. Et si le consentement est bien réel, car émanant de la personne, considérons qu'il est restreint quant à la totalité des possibles, par le seul fait que, antérieurement il a été conditionné extérieurement à la volonté de celle-ci. Dès lors, le retrait de consentement, qui revient en définitive à l'expression de celui-ci sous une autre forme, en est par voie de conséquence tout aussi restreint. Il susciterait alors une certaine méfiance à son égard, fondée à la fois, en surface, sur une question de responsabilité pouvant naître de l'obligation, incombant au personnel soignant et résultant de la dite rétractation, de ne *plus* faire; mais aussi, et plus en profondeur, sur la présomption d'incapacité qui pèse sur le mourant, *a fortiori* lorsque sa décision trouve sa cause dans son état de santé jugé irréversible, et ayant pour conséquence prévisible la survenue imminente de sa mort.

1264.- Une telle question pèserait bien évidemment sur les épaules de la personne de confiance dès lors que le mourant n'est plus en état de d'exprimer sa volonté, et a pourtant émis avant cela le souhait de voir interrompre un traitement à partir du moment où celui-ci serait jugé superficiel et acharné, compte tenu du résultat escomptable. **Il s'agirait alors de supposer que le mourant puisse bénéficier du refus de toute obstination déraisonnable, ce qui serait tout au plus une dignification, en tant que démarche allant de l'extérieur vers l'intérieur, conditionnant la manifestation de sa volonté .**

Paragraphe.II. De l'acharnement thérapeutique à l'obstination déraisonnable

L'entreprise de *dignification* de la mort

1265.- La loi du 22 avril 2005 aurait fait apparaître la consécration de nouveaux droits comme en particulier celui permettant la possibilité de faire cesser un traitement, contre toute résistance du corps médical à vouloir imposer l'aspect thérapeutique curatif sur le soin thérapeutique palliatif. Or, estimant le dispositif légal insuffisant, et certainement face aux pressions de tous ordres quant à l'euthanasie, le législateur, escortant les nouvelles modalités d'accompagnement à la mort conclues par la commission de travail Leonetti, ainsi que les conclusions du CCNE²⁵¹⁴, a entendu introduire les premières dispositions pro-euthanasie, permettant de sauvegarder la dignité du mourant sous la forme d'une *dignification*.

1266.- Si l'acharnement thérapeutique signifiait qu'en abandonnant toute thérapeutique curative, le corps médical devait tout simplement alléger ses soins par la conjonction d'un traitement curatif à un traitement palliatif²⁵¹⁵, désormais, le refus de toute obstination **déraisonnable** implique qu'il serait possible de purement et simplement cesser à l'inverse tout traitement, de toute nature. Cette condition semble extrêmement difficile à mettre en pratique, *a fortiori* sur la seule initiative du mourant, et dans le respect stricte de celle-ci. C'est la raison pour laquelle elle fait l'objet d'un contrôle renforcé, toutefois toujours rigoureusement médical.

1267.- La lutte contre la souffrance étant une priorité, et une obligation contre laquelle nul ne saurait contester l'efficacité, plutôt que de l'abandonner, le législateur a fait en sorte de l'associer à la cessation de toute obstination déraisonnable au sein du même article L. 1110-5 du Code de la santé publique. C'est en ce sens même que les soins palliatifs peuvent justifier de la fin de vie, devenant cause indirectement apparente de la mort de celui qui souffre, et pour lequel aucun traitement ne semblait pouvoir soulager la

²⁵¹⁴ CCNE, Avis n° 63, préc.

²⁵¹⁵ Voir pour une introduction à la réflexion sur l'acharnement thérapeutique, J.-L. Baudouin et D. Blondeau, *Ethiques de la fin de vie, acharnement thérapeutique, euthanasie, soins palliatifs*, Les voies du Droit, Ellipses, 1993.

souffrance²⁵¹⁶. Ici, la notion de conscience serait d'autant plus présente et déterminante dans l'appréciation de l'applicabilité des dispositions légales dans la mesure où, comme vu précédemment, la plupart du temps, lorsque le mourant est inconscient, les personnels soignants se préservent de toute faute contre la vie, contre le droit à la vie, en tentant de maintenir artificiellement la vie lorsqu'il y a urgence.

1268.- Cette disposition de maintien, bien que temporaire, se justifierait au nom de la nécessité de la mise en place de la procédure collégiale de décision de cessation de traitement ou non, et ainsi du basculement vers le droit à objectiver la fin de vie et le refus de toute obstination déraisonnable. Ici, celle-ci serait donc extérieure à la volonté du mourant, incapable d'exprimer s'il consent ou non. Ici l'entreprise idéaliste de *dignification* « se justifierait » par la passivité du mourant.

1269.- Toute autre serait la situation du mourant conscient et capable de discernement afin de prendre une position au sein de la procédure collégiale de décision de cessation de traitement curatif, et ainsi de requérir une euthanasie passive, par l'administration d'une dose létale ayant pour but apparent de le soulager, mais pour conséquence en réalité, et pour objectif premier, d'abrégé la vie. Les soins palliatifs se justifieraient désormais au nom de l'accompagnement à la mort comme l'accompagnement lui-même, jusqu'à l'acte euthanasique. Et c'est là certainement que l'intention de dignifier la mort répondrait le mieux à son exigence idéaliste.

1270.- Car, si au premier plan analytique, il est évident, et là droit et médecine s'accordent, qu'il est impossible d'accéder immédiatement à l'exécution de la demande, en revanche, et là droit et médecine se disjoignent, c'est en reconnaissant un droit à mourir dignement sur l'autel d'un droit à la mort (à se donner ou à recevoir la mort), que l'entreprise de *dignification* consacre la possibilité donnée à des personnels et des institutions de **s'autoriser** à accomplir l'irréparable. Elle les exonère de responsabilité, parce-que la loi les y autorise, et surtout parce qu'en faisant suite à la demande du mourant, c'est eux qui imposent les conditions de l'exécution de l'obligation, rompant alors avec le caractère synallagmtique de l'engagement. Ce serait alors l'essence même de la *dignification*, démarche vouée à créer une dignité qui s'imposerait à la volonté du mourant, pour lui en définir les conditions objectives de réalisation. C'est la raison pour laquelle, tout débat portant sur l'accompagnement à la mort,

²⁵¹⁶ Art. L. 1110-5 al. 5 du Code de la santé publique.

dont les soins palliatifs seraient la modalité première de *dignification*, sont systématiquement mis dans la perspective de la question de l'euthanasie qui semble par là justifiée comme participant du respect de la volonté autonomisée du mourant.

1271.- Conformément au droit de la santé publique, le médecin qui procéderait à un tel acte ne saurait donc désormais voir sa responsabilité pénale mise en jeu, à moins que les ayants droit du défunt estiment que celui-ci a abusé de son droit. C'est en ce sens que les proches du mourant demeurent encore les *gardiens* des droits du mourant qui, conscient ou inconscient, continue à être le parent pauvre de la dignité, cause seconde de son respect, derrière les droits de ceux qui pratiquent la médecine.

1272.- Le rôle de l'entourage deviendrait alors primordial. Ici l'entourage doit être entendu au sens de famille étendue aux proches, en dehors des liens de filiation juridique, tout comme la notion de personne de confiance l'y autorise. **C'est en ce sens que la famille deviendrait le défenseur des intérêts du mourant, le médiateur présumé moins incapable, garant de ce que le patient est en dehors de l'hôpital, en dehors de tout déterminisme sociologique.**

Paragraphe.III.

Le rôle de l'entourage familial et des *proches* du mourant

Lien avec le médical, mais aussi avec le réel transcendant l'hospitalier

1273.- C'est dans un arrêt Chantal Nobel, qui semble à quelques égards oublié, que la Cour d'appel de Paris²⁵¹⁷ affirma que la vie privée du malade se devait d'être garantie jusque dans la chambre qui l'accueille, car en effet, cette chambre est à considérer comme son domicile. Ainsi, toute intrusion sans au préalable avoir demandé l'autorisation d'y pénétrer constitue une violation de la vie privée du patient au même titre qu'une violation de la propriété privée de la personne bien portante. Et si la personne trouve avant tout à s'exprimer juridiquement dans le droit de la famille, c'est à celle-ci que les droits de la personne devraient être en priorité accordés quant à l'accès au mourant, à sa protection d'un environnement parfois hostile, car parfaitement hermétique au monde qui lui est extérieur. En ce sens la *famille*, la

²⁵¹⁷ Voir CA de Paris, 17 mars 1986, *Assistance publique de Paris / P. et autres, Ch. Nobel*, in *Gaz. Pal.* 3 juillet 1986, préc.

plus étendue, serait le meilleur témoin afin d'assumer le lien communicationnel pouvant être à l'occasion rompu entre le monde hospitalier et le mourant qui s'y trouve. Toutefois, le risque de l'abandon familial ferait peser un autre risque, lié à la complicité de dignification-négation de la personne, à laquelle se livreraient de concert, famille et personnels médicaux.

1274.- C'est en raison des insuffisances relevées en pratiques que la circulaire du 19 février 2002²⁵¹⁸ relative à l'organisation des soins palliatifs et de l'accompagnement, en application de la loi du 9 juin 1999, prévoit un paragraphe spécifique à l'accompagnement des familles en soins palliatifs. C'est en suivant les directives de la circulaire de 2000 que le législateur a précisé par le texte de la loi de 2005 que les soins palliatifs sont destinés à soulager le malade-mourant, mais aussi à « soutenir l'entourage ». C'est en ce sens qu'à titre d'exemple, les services de soins palliatifs sont généralement ouverts 24/24 aux visites des familles. Notons enfin qu'en prolongement des droits accordés à la famille, certaines dispositions du Code de la santé publique sont propres à permettre à la famille de sortir de l'établissement de soins jugés traumatisant, droit reconnu en priorité au mourant, mais toutefois exceptionnellement accordé²⁵¹⁹. Partant des conditions légales du respect de la vie privée du mourant (A.), le législateur a précisé les modalités du respect de la dignité du mourant quant à sa vie privée (B.). L'échec de la dignification du mourant serait pourtant bien réel dans l'atteinte à l'intimité de celui-ci (C.).

A. Conditions légales de *dignification* de la vie privée

1275.- Si en pratique la chambre des malades ne semble absolument pas être un sanctuaire inviolable, c'est bien par la banalisation de la violation de la vie privée. Elle se justifierait tout simplement par la continuité de soins, celle-ci prenant la forme de la gestion administrative des services de soins. Toutefois, en théorie, il n'est pas aussi aisé de pénétrer la chambre du malade, dans la mesure où celle-ci est non seulement son domicile, mais au surplus sa dernière demeure dans le cas du mourant. En ce sens l'autorisation d'y entrer doit être requise bien évidemment auprès du malade, toutefois, les chefs d'établissements ont en quelque sorte

²⁵¹⁸ Circulaire n° 2002-98 du 19 février 2002, *relative à l'organisation des soins palliatifs et de l'accompagnement*.

²⁵¹⁹ Voir en ce sens l'art. R 1112-63 du Code de la santé publique quant au droit pour le mourant de sortir de sa propre initiative ou encore de celle de sa famille afin de mourir à domicile.

un pouvoir de pré-garantir des atteintes relevant de la violation du domicile privé²⁵²⁰. La famille a ici en revanche une place privilégiée, car sa présence est favorisée lorsqu'il s'agit d'accompagner à la mort.

1276.- La notion de famille, et extensivement de proches, était, par sa présence, prépondérante dans les derniers instants de la vie, avant même la cristallisation d'un *ami préféré* dans la notion de *personne de confiance* de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²⁵²¹. Le refus de visite opposé à un membre de la famille est donc considéré comme pouvant occasionner une cause de responsabilité de l'établissement, conformément à une jurisprudence constante en matière administrative²⁵²². La notion de proches est étendue à celle de tiers intervenants considérant que les ministres du culte sont également prévus dans le cadre de dispositions légales et réglementaires²⁵²³, en vue de permettre aux malades et mourants peut-être plus encore, de pouvoir recevoir le soulagement que suggère une activité spirituelle plus intense, en la présence de personnes dont le rôle est d'assurer l'éveil à des états de conscience supérieur.

1277.- Le chef d'établissement doit en la matière assurer une parfaite neutralité œcuménique et laïque en ne favorisant aucune religion sur une autre, et d'autre part en prévenant toute atteinte du fait de la religion ou encore contre la religion²⁵²⁴. Notons que certains tiers intervenants sont privilégiés, notamment dans le contexte de la mort. Il pourrait s'agir d'abord du notaire. Celui-ci a également reçu des dispositions dérogatoires lui permettant un accès

²⁵²⁰ Ainsi, le droit de visites des patients fait l'objet de dispositions arrêtées par le directeur de l'établissement, sur avis des chefs de service concernés, conformément aux dispositions de l'article R. 1112-47 du Code de la santé publique.

²⁵²¹ Les références sont nombreuses. Notons : les articles R. 1112-47 et R. 1112-48 du Code de la santé publique ; art. 371-4 du Code civil ; art. D. 387 du Code pénal ; loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et leurs conditions d'hospitalisation ; circulaire n° 83-24 du 1^{er} août 1983, *relative à l'hospitalisation des enfants* ; circulaire n° 688 du 23 novembre 1998, *relative au régime de visite des enfants hospitalisés en pédiatrie* ; Charte de l'enfant hospitalisé adoptée en 1988 ; et enfin circulaire n° 2006-90 du 2 mars 2006, *relative à la Charte de la personne hospitalisée*, préc.

²⁵²² Voir TA de Versailles, 12 mars 1998, *M. Seidel c/ Centre hospitalier de Perray-Vaucluse.*, au sujet d'un patient hospitalisé pour des troubles mentaux.

²⁵²³ Art. R. 1112-46 du Code de la santé publique et avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989. Notons enfin que les chefs d'établissements organisent relativement librement les visites des ministres du culte dans la mesure où cela relève des dispositions de l'article R. 1112-47 du Code de la santé publique, renvoyant au règlement intérieur.

²⁵²⁴ Voir en ce sens l'Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, *Avis port du foulard islamique*. Rappelons le contexte, déjà, de *re-laïcisation* de la République, depuis 1989 et l'avis favorable à une interprétation au cas par cas des chefs d'établissements, jusqu'à la commission Stasi de 2003 ayant conduit à la stigmatisation du port de tout signes religieux ostensible de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. L'article 8 de la Charte du patient hospitalisé rappelle les dispositions légales en vigueur.

spécial puisque ne nécessitant aucune demande préalable d'autorisation auprès du chef d'établissement lorsqu'il est directement appelé par le patient²⁵²⁵. Il en serait également des bénévoles²⁵²⁶, qui ont une place privilégiée dans le contexte de la mort, leurs interventions étant spécifiquement encadrées aux termes des articles L. 1111-11 et annexe 11-1 du Code de la santé publique. Si de tous ceux-ci l'on peut présumer des intentions bienveillantes à l'encontre du mourant, constituant le noyau dur des proches de celui-ci en tout cas agissant pour ses intérêts, le chef d'établissement se devrait, afin de garantir la dignité du mourant dans la jouissance de sa vie privée, d'écarter les intrusions malsaines. Il s'agirait des journalistes, friands de chairs nécrosées. Leur statut est privilégié, mais en sens inverse des précédents, attendu que leur accès est *a priori* strictement contrôlé et limité²⁵²⁷. Toutefois la complicité de certains personnels soignants leur rend la tâche plus aisée, et les cas d'intrusions ont pu donner lieu à des décisions de justices²⁵²⁸.

1278.- Rendant compte du souci manifesté de préserver la vie privée du mourant, l'ensemble des dispositions légales considérées soulèvent toutefois des difficultés pratiques, car, d'une part, la dignité est mise à mal par la situation même où elle doit se trouver, et, d'autre part, car elle est la cible de son objectivisation, lorsqu'il s'agit notamment de garantir l'intimité du mourant.

B. Dignité et secret de l'intimité dans la situation de détresse

La possible complicité de la famille

1279.- L'affirmation de la dignité du malade dans sa chambre, garantie de la vie privée semble *quasi* tautologique de la part du juge tant on ne saurait oublier qu'un malade est une *personne*, et dès lors que le droit commun se doit d'être garanti dans son application également lorsque la personne est mourante, ce qui *a priori* n'affecte en rien sa personnalité

²⁵²⁵ Circulaire 2006-90 du 2 mars 2006, préc. Portant la Charte du patient hospitalisé, ainsi qu'antérieurement déjà la Lettre circulaire n° 1034/DH9C du 14 octobre 1983.

²⁵²⁶ Circulaire n° 661 du 4 mars 1975, *relative au bénévolat dans les établissements d'hospitalisation publics*, modifiée par la circulaire n° 2004-471 du 4 octobre 2004, *relative à la convention définissant les conditions d'intervention des associations de bénévoles dans les établissements de santé et comportant une convention type*, et art. L. 1112-5 du Code de la santé publique.

²⁵²⁷ Voir circulaire du 9 septembre 1963, préc. Le chef d'établissement est chargé d'être particulièrement vigilant en la matière. Toutefois la tâche paraît irrationnelle dans le cadre de structures hospitalières dépassant les mesures humaines, comme dans les CHU.

²⁵²⁸ Voir notamment l'affaire *Nobel* préc.

juridique jusqu'à preuve d'une incapacité juridiquement décidée. Ainsi, l'obligation précisée quant aux différents intervenants extérieurs serait étendue à toute personne appartenant au personnel médical, mais également toute personne en relation extensive avec l'établissement tels que les visiteurs et autres fournisseurs qui ne sauraient prétexter leur rôle purement commercial pour tenter une intrusion dans le sein même d'une chambre où le malade serait mourant inconscient²⁵²⁹. Les difficultés à faire respecter la vie privée du mourant sont grandes. Et il serait totalement illusoire de vouloir considérer toutes les hypothèses possibles d'atteintes à la vie privée de la personne. Toutefois, en retenant le rôle des personnes *quasi*-extérieures à la relation médicale, il serait possible de faire apparaître de manière plus évidente les facultés de ceux-ci à accompagner la sauvegarde du mourant, jusqu'à participer à la violation de celle-ci.

1280.- Ainsi s'imposeraient les questions de la garantie de l'intimité de la personne dans le cadre de la pratique de son culte²⁵³⁰, ou encore plus techniquement la question de la vie privée, se prolongeant en l'espèce lorsque l'on regarde la délicate et évolutive question du domaine du secret médical. Celui-ci est un élément intrinsèque à la vie privée du malade²⁵³¹ propre à déterminer la qualité de patient de la personne. La préservation de l'intimité de la personne malade pourrait largement dépendre des décisions des professionnels de santé dans le cadre du partage d'information entre professionnels²⁵³². Une telle démarche se veut être source de garantie médicale en vue de permettre à la personne d'optimiser ses chances de recevoir les meilleurs soins en vue de sa guérison. Lorsque le patient est déclaré mourant, que les informations s'imposent comme vitales, alors la levée du secret médical pose le lourd problème de la violation de son intimité, celle médicale en tout cas. Ainsi l'article 1110-4 alinéa 5 du Code de la santé publique précise que la levée du secret médical peut être prononcée en décision interne à l'établissement de santé, en dehors de toute décision de justice, en vue d'informer la famille lorsque le malade ne peut exprimer son consentement. Mais aussi lorsque l'équipe médicale relève une présomption d'intérêt à révéler le dit secret,

²⁵²⁹ Art. R. 1112-47 du Code de la santé publique. Ici encore la compétence du chef d'établissement paraît parfaitement hypothétique, un médecin pouvant toujours organiser une visite à caractère commerciale à l'occasion de *sa tournée des visites de mourants*, sans que personne ne puisse s'en apercevoir.

²⁵³⁰ Il s'agit du champ classique de la conjugaison du droit de la personne à disposer de son espace comme domicile privé, au regard du droit au respect du principe de laïcité au sein de l'établissement public de santé.

²⁵³¹ Art. 226-13 du Code pénal et art. L. 1111-8 du Code de la santé publique. Rappelons que la réparation liée au préjudice né de la levée du secret médical peut se fonder sur le seul droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil.

²⁵³² Art. 1110-4 du Code de la santé publique et R. 1110-1 et R. 1110-2 du Code de la santé publique pour les transmissions par voie électronique. Voir en ce sens M. Brémond et M. Fieschi, *Le partage d'informations dans le système de santé*, in *Les Tribunes de la santé*, n° 21, Presses de Sciences Po, avril 2008, pp. 79-85.

lorsqu'il en va de l'intérêt de la famille à connaître l'imminence du diagnostique. L'absence d'opposition du malade vaudrait acceptation, *a fortiori* quand celui-ci n'aurait pu exprimer son vœu antérieurement²⁵³³. Ici, la famille n'est plus réellement protectrice du mourant, rendue complice du mensonge du pronostic vital. L'intimité du mourant lui est donc possiblement violable, non seulement sur le fondement de la levée du secret professionnel, mais au surplus sur le fondement de la nécessité de faire participer la famille. **L'idée de la famille protectrice serait ici entendue de celle complice du corps médical dans la poursuite de son obligation de soins, complice dans sa démarche de *dignification*, légitimant l'émergence des conditions unilatérales ; c'est par la majorité que la condition s'imposerait le mieux, en retenant des causes jugées intrinsèques à la maladie.**

1281.- En dehors de toute question de capacité juridique, l'évidence de la détresse occasionnant un trouble pourrait être la cause d'une perte de lucidité quant à l'expression du consentement requis. Notons que le législateur de 2002 qui a voulu dédramatiser la situation du malade en en faisant un usager d'un service de santé, a abaissé le degré d'exigence relatif à la situation pouvant justifier la révélation du secret médical. Dès lors le critère de fatalité qui exigeait que la personne soit déclarée mourante, sous entendu de manière irréversible, est devenu un critère d'exigence de gravité. Beaucoup plus large et aléatoire, ce dernier implique qu'un malade puisse être regardé comme mourant alors même que le souffle ne lui est pas encore retiré. La condition requise par le législateur est concordante à celle du partage des informations, idées fondatrices de la démocratie sanitaire : le soutien direct au malade. Ainsi, le législateur présume que parents et proches sont les personnes les plus à même de soutenir la personne malade.

1282.- Un proche reste nécessairement proche dans la souffrance selon le législateur qui restreint ainsi le champ des possibles dans le cadre du soutien. De telles observations feraient ressurgir toute la problématique de l'accompagnement par le soutien psychologique, et peut-être plus difficile, spirituel. L'incertitude serait totale, et le champ parfaitement ouvert aujourd'hui quant à la place effective des ministres du culte, et autres intervenants religieux, garants non pas de la guérison du corps, mais dépositaires du pouvoir de soulager l'âme, par l'effet cathartique de leurs paroles, dans le respect des principes imposés par la

²⁵³³ Toutefois, les causes de l'urgence sembleraient quoi qu'il en soit être défavorables à la cause du mourant hors d'état d'exprimer sa volonté.

laïcité moderne²⁵³⁴. Celle-ci procéderait d'une lecture spécifique, résultant d'une politique publique rationalisante, celle-là qui définit la dignité sous l'angle de la *dignification*.

1283.- Or, au bout du chemin analytique, les droits du mourant seraient à l'épreuve des droits de la personne. La loi de 2005 révélerait ses incohérences en tant que politique publique de santé, caricaturant malgré tout le mourant derrière ses intentions d'en faire un personnage acteur de son devenir. C'est en regardant les droits de la personnes, droits qui la précèdent en réalité qu'il serait possible de percevoir la *dignification* imposée comme condition *annulatoire* de dignité.

Section.III. Une politique publique de rationalisation de la santé du mourant.

Les incohérences théoriques et philosophiques de la loi du 22 avril 2005 portant atteintes aux *droits premiers de la personne*

1284.- Les intentions semblent bonnes. Toutefois, lorsque le législateur entend écouter les doléances des malades, sa production serait parfois susceptible de non plus protéger ceux-ci, mais en réalité de porter atteinte à leurs *droits premiers*. Après avoir passé certaines dispositions notoires issues de la loi de 2005 au filtre analytique du langage métaphysique et éthique, appartenant au réalisme *pre et post* existentiel²⁵³⁵, le discours sous-jacent apparaîtrait, toute proportion gardée notamment compte tenu de la difficulté du sujet, parfaitement discriminant et dépendant, dans une certaine mesure, du CCNE (**Paragraphe.I.**), et révélerait l'absence relative de sollicitude à l'encontre de la *personne*, privilégiant sa mise sous *tutelle*, la loi se protégeant par elle-même, préservant ainsi plutôt les praticiens, afin de leur faciliter la pratique cynique d'*euthanasies activement passives* (**Paragraphe.II.**). C'est de cette approche consensuelle que se justifieraient donc toutes les causes de la condition potestative de *dignification* (**Paragraphe.III.**).

²⁵³⁴ Voir par exemple T. Oubrou, *La shar'ia et/dans la laïcité*, in *Laïcité*, Arch. Ph. Droit, Tome 48, 2005, pp. 157-167., sur les difficultés d'associer les exigences de la loi et celles d'une religion peut-être mal connue par le législateur.

²⁵³⁵ En réalité, toute philosophie authentiquement métaphysique ne prendrait pas la personne comme point de départ, mais plutôt le sujet qui lui est sous-jacent, et qui *ne se situerait pas*, car il pré existerait à la *personne*, et lui survivrait, ne voyant dans la mort qu'un passage que le droit devrait traduire en faisant apparaître deux états distincts. Il s'agirait de l'objectivisation dialectique.

Paragraphe.I. Consécration rationnelle du droit de *mourir*

1285.- Afin de donner une assiette économique prouvant que la prise en charge des mourants est parfaitement maîtrisée, certains acteurs tels que le CCNE ou encore l'ANAES tentent à la fois, de dégager des critères objectifs afin de guider le législateur dans sa démarche normative, mais également de contrôler les éventuelles dérives naissant d'une trop grande rationalisation de la santé. Toutefois, en réalité, rien ne saurait résister à celle-ci dans la mesure où, la plupart du temps, les interventions de ces organes *quasi* étatique auraient vocation à servir cette cause, en induisant de nouveaux critères permettant tant au législateur qu'aux praticiens, dans leur pratique quotidienne, de faire apparaître de nouvelles conditions dans l'exercice de l'accompagnement des mourants.

1286.- Le législateur serait en *conduite accompagnée*, et le CCNE tiendrait le rôle principal dans son apprentissage à maîtriser le véhicule normatif sur la voie *bioéthique*. Dans son avis *Santé éthique et argent*, le CCNE²⁵³⁶ insistait sur le manque de moyens causé par les problèmes liés à la tarification T2A, privilégiant les activités de soins au détriment des soins palliatifs. L'avis n° 108, relatif aux *Questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs*²⁵³⁷, vient quant à lui préciser le propos dix ans après l'entrée en vigueur de la loi relative aux soins palliatifs. Le comité avoue que la mise en place du système T2A, visant à rationaliser les pratiques médicales, introduisant un facteur économique à l'activité de santé, a eu pour conséquence de modifier les comportements au sein des établissements de santé. Ainsi «la rémunération à l'activité pousse à effectuer plus d'actes, ou à choisir des actes mieux rémunérés.»²⁵³⁸. Le comité avouerait, sans honte, que c'est en ce sens que « globalement, plus les séjours sont courts, plus ils sont « rentables »²⁵³⁹. Les séjours courts sont donc privilégiés par les gestionnaires dont une des missions est de rentabiliser leurs installations. La nécessité de rationaliser les pratiques de santé serait donc non seulement consacrée par la loi, mais le CCNE semblant en dénoncer les méfaits, légitimerait tout au contraire ceux-ci en préconisant une meilleure maîtrise des critères de prise en charge, c'est-à-dire une rationalisation plus détaillée encore de celle-ci.

²⁵³⁶ CCNE Avis n° 101, *Santé, éthique et argent*, 28 juin 2007.

²⁵³⁷ CCNE Avis n° 108, *Questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs*, 12 novembre 2009.

²⁵³⁸ Avis n° 108, préc.

²⁵³⁹ *Ibid.*

1287.- Cette politique des établissements publics hospitaliers, directement inspirée de celle du secteur privé, serait source de fortes pressions sur les médecins à qui sont reprochées, notamment, « des durées moyennes de séjour toujours trop longues »²⁵⁴⁰. Cependant, le comité, bien que soulevant les limites opposées à la dignité humaine, omet minutieusement de rappeler que ces stratégies des établissements hospitaliers sont bien le fait des réformes étatiques, se fondant dès lors à la fois sur ses propres conseils, mais aussi sur des causes d'ordre public entendu au nom d'une maîtrise des dépenses publiques de santé, fondée, sans que nous ne détaillons quoi que ce soit en cette matière, sur une politique *libérale*²⁵⁴¹. Ainsi, si le budget alloué par les directeurs d'établissements en Conseil d'administration²⁵⁴² n'est pas aussi conséquent que ne le prévoyait la tarification T2A, c'est en raison de la dite pression *sus* mentionnée, procédant du seul fait des politiques publiques de santé. L'ANAES jouerait son rôle de contrôleur indépendant en la matière.

1288.- Toutefois, sa dépendance au ministère de la santé ne serait pas étrangère à bon nombre de recommandations de nature à justifier les politiques publiques de santé. Comprenons que le phénomène de rationalisation juridique aurait son corollaire politique où il conviendrait, ce que nous ne ferons pas en détails, d'entendre transposer l'idéalisme positiviste dans un ordre politique²⁵⁴³. Il s'agirait d'une pensée du politique basée sur l'accroissement de la jouissance

²⁵⁴⁰ *Ibid.*

²⁵⁴¹ Rappelons en ce sens nos précédents propos sur l'introduction de gestionnaires privés dans la prise en charge des soins, alors même que ceux-ci sont toujours accomplis dans l'établissement public de santé.

²⁵⁴² C'est la loi qui oblige les établissements publics de santé à se doter d'un budget prévisionnel pour l'année. En apparence, l'accréditation est « engagée à l'initiative de l'établissement de santé », elle est en réalité obligatoire, l'article L. 6114-3 du Code de la santé publique prévoyant la planification des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens. La procédure d'accréditation est régie par les articles L. 6113-3 et R. 710-6-1 s. du Code de la santé publique. Voir en ce sens, J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, op. cit. pp. 68 s. Cette procédure est sous le contrôle de l'ANAES.

²⁵⁴³ Il s'agirait du positivisme politique prenant racine dans le nominalisme scolastique scotiste ; en effet, c'est à partir de J. Duns Scot que l'individualisme moderne se préfigure dans l'*individuation*, Duns Scot privilégiant l'expérience sensible comme mode de connaissance des choses immatérielles ; voir en ce sens les développements de J. Duns Scot dans ses *Quaestiones super libros Metaphysicorum Aristotelis (Questions sur la Métaphysique*, avant et autour de 1300), abordées chez G. Sondag, *Duns Scot : La métaphysique de la singularité*, Vrin, coll. Bibliothèque des philosophies, 2005. Repris dans le positivisme wéberien, le subjectivisme des acteurs politique devient fondateur de l'action sociale, introduisant le concept d'idéal-type ; voir en ce sens M. Weber, *Essais sur la théorie de la science moderne*, Plon, Agora-Pocket, 1992, pp. 170 s. Il s'agirait de la prétention à la neutralité axiologique pressentie chez Alexis de Tocqueville, aplanissant conceptuellement les conditions sociales, écrasant toute conditions intérieures au profit du volontarisme ; voir en ce sens A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Œuvres Complètes, Gallimard, Paris, 1951-2002. C'est pourtant chez Auguste Comte que la philosophie politique moderne est la plus radicalement représentée, celui-ci considérant que seuls les phénomènes sont connus, et encore de manière relative et non pas absolue, et qu'en ce sens il est préférable de privilégier le dernier stade, celui du positivisme afin de se défaire des incertitudes de la théologie et de la métaphysique ; voir en ce sens A. Comte, *Cours de philosophie positive*, Tome 1, éd. Hermann, 1998. C'est chez Hans Kelsen et Léon Duguit que le positivisme comtien se retrouve de

de biens matériels, en ce sens que l'allocation des budgets les plus utiles se ferait en fonction d'un critère de productivité. Ne seraient utiles en ce sens là que les malades *peu malade*, ceux dont la rentabilité serait calculée au *pro rata* de la longueur de leur séjour et de la quantité de soins attribuée par une quantité *minimum* d'intervenants. Une telle pensée serait en ce sens l'erreur de ceux qui tendent à matérialiser la société²⁵⁴⁴. La contrainte organique limiterait les débats de nature éthique à une dialectique reposant sur l'exigence de neutralité axiologique, obligeant à faire émerger une loi bicéphale, instrumentalisant les données métaphysiques en les conceptualisant anthropologiquement et sociologiquement.

1289.- C'est en ce sens que de nombreuses conditions, prenant la forme de clauses d'exécution forcée, justifiées sur le fondement d'un humanisme rationalisé, surgiraient des travaux réflexifs des CCNE et ANAES notamment, soumettant leurs *propositions de loi* à l'Etat. Au centre de toutes les préoccupations *bioéthiques* de ces organes para étatiques, liées à l'accompagnement du mourant, l'euthanasie qui, en elle-même, semble signifier peu de chose, sans être spécifiée par synonyme supplémentaire, représente désormais toutefois l'enjeu majeur d'une pensée qui aboutirait à une parfaite rationalisation de l'accompagnement à la mort, en lui donnant un terme exécutoire, une cause *dignifiante*. La condition ne serait plus exactement potestative, en apparence, dans la mesure où la volonté de consacrer l'euthanasie procéderait d'une tentation conjointe des professionnels de santé, du législateur, et de la population, d'établir une loi portant autorisation de créer une convention relative à l'exécution d'une obligation de mort, dont la dignité, en tant que droit fondamental, assurerait le *vinculum juris*.

la manière la plus évidente. Ainsi Kelsen en fonde sa théorie du normativisme et celle de l'Etat de droit ; Duguit s'en inspira pour développer sa théorie de l'Etat de service. John Rawls en reprend l'architecture fondamentale lorsqu'il élabore sa théorie de la justice, contractualiste, basée sur une éthique consensuelle, recherchant des règles de justice égalitaires, comme vue chez Tocqueville. Ces conceptions de philosophie politique justifieraient tous les totalitarismes de la violence légitime, nivelant la *personne* sous les traits du personnage acteur de Hobbes.

²⁵⁴⁴ Voir en ce sens A. Rosmini, *Philosophie de la politique*, op. cit., pp. 183 s.

Paragraphe.II. Le désir de consacrer l'euthanasie.

1290.- La loi du 22 avril 2005²⁵⁴⁵ serait le fruit d'une maturation réflexive sur la question à la fois de l'accompagnement des malades en fin de vie, mais au surplus sur la question, en apparence binaire, d'un *oui* ou *non* à l'euthanasie, et dont le passage de l'acharnement thérapeutique à l'obstination déraisonnable aurait suffi à écarter le débat. Il s'agirait tout à la fois d'une opportunité de répondre à une forme d'attente sociale *quasi* inconsciente, et de faire écho aux évolutions légales des voisins européens les plus proches, et les plus libéraux d'ailleurs (Pays-Bas, Belgique, Suisse notamment pour ne citer que les plus aboutis sur la question).

1291.- La loi suivrait donc, sans précipitation, les différents travaux et rapports remis au ministère en charge des questions de santé²⁵⁴⁶. Or ceux-ci ne seraient pas totalement étrangers aux politiques publiques portant réforme en la matière²⁵⁴⁷. La loi Léonetti a recherché une solution éthique à l'encadrement juridique de la relation médicale, entre le médecin et le malade en fin de vie. C'est en regardant l'esprit de la loi que l'on identifie trois axes théoriques permettant de faire apparaître les fondements philosophiques de cette politique de santé²⁵⁴⁸. Il s'agit, tout d'abord, de **l'interdiction de toute obstination déraisonnable, supposant la possibilité d'abandonner toute démarche curative.**

1292.- D'autre part, il s'agit **du renforcement des droits du patient, lui laissant l'initiative de faire reconnaître qu'il y aurait obstination déraisonnable à son sujet.** Enfin, il s'agit de **l'émergence d'un processus décisionnel dans les cas d'inconscience du patient et dans l'arrêt et le refus de traitement reposant sur la collégialité et la transparence des décisions, introduisant l'institutionnalisation d'un nouvel acteur, la personne de confiance,** venant, toute proportion gardée, pallier aux insuffisances de la famille traditionnelle.

²⁵⁴⁵ Complétée dans sa mise en application par les décrets n° 2006-119 (relatif aux directives anticipées), n° 2006-120 (relatif à la recherche sur les embryons et les cellules embryonnaires) et n° 2006-121 (relatif à la procédure collégiale) du 6 février 2006.

²⁵⁴⁶ Citons en ce sens : M. de Hennezel, *Fin de vie et accompagnement*, octobre 2003, préc. ; ANAES, Les Conférences de consensus, *Accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches*, janvier 2004, préc. ; et enfin, Rapport Léonetti, *L'accompagnement en fin de vie*, Tome I et II, juin 2004, préc.

²⁵⁴⁷ Ces rapports sont tous des commandes du ministère, et apparaissent toutes être sous la tutelle du dit ministère.

²⁵⁴⁸ Voir en ce sens G. Mémeteau, *La mort dans la loi. De quelques relations entre la loi du 22 avril 2005 et des règles morales premières*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques du CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

1293.- Cependant, il y aurait un malaise sous-jacent à l'ensemble de cette loi. En effet, les dispositions de la loi placent toutes la *personne*-mourante au second plan des préoccupations de la relation médicale. C'est aux obligations du médecin de s'assurer de la personne. Les distinctions artificielles qui font du mourant un « conscient ou un inconscient », « refusant ou renonçant »²⁵⁴⁹ au traitement, auraient pour conséquence de dissoudre l'obligation de soins, regardant d'abord l'intangibilité du corps, et se prolongeant dans les actes de soutien vitaux. Le médecin demeurerait seul à décider, l'initiative de l'action n'étant alors qu'une illusion pour le mourant de voir garantir *ses* droits. Son seul statut de mourant, certes consacré par la loi, serait un objet *bioéthique* l'enfermant et le privant du respect des droits attachés à la jouissance de sa personnalité juridique, en lui conférant un droit spécial dérogeant au droit général qui lui serait plus favorable. **Ainsi, du droit à la vie, il serait privé, au profit d'un droit à mourir dignement, considérant que la dignité du vivant ne correspondrait pas en tout point à celle du mourant.**

1294.- C'est dans cet esprit là, sur recommandation expresse du CCNE²⁵⁵⁰, que, afin notamment de déresponsabiliser les bonnes intentions accompagnatrices des médecins, sur un plan pénal avant tout, le législateur a succombé à la tentation de consacrer l'euthanasie passive. Pourtant, de passive, elle n'aurait que le nom. La preuve s'en trouve, pour l'exemple considéré des conditions d'exécution de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique qui, imposant notamment que la décision de ne point entreprendre d'acte à caractère thérapeutique, ou encore d'accéder à une assistance par traitement pouvant accélérer le processus mortel, dépendent toutes des **décisions finales du médecin**. La passivité serait donc celle du mourant, soumis aux conditions des médecins, puisant dans les arcanes de la loi associées aux données acquises de la science que les différentes juridictions suprêmes ont légitimé, conditions qui suffiraient à regarder la passivité apparente de l'acte, sous l'œil critique du pénaliste qui tenterait de qualifier l'*animus necandi* de celui qui, quoi qu'il en soit, a agit.

²⁵⁴⁹ S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di ronte alla fine della vita*, op. cit., p. 137.

²⁵⁵⁰ Voir Avis n° 63 préc.

Paragraphe.III. Approche critique du consensualisme de la *bioéthique* de la dignification

1295.- Les solutions éthiques de la loi de 2005 seraient le fruit de la recherche d'un consensus en matière *bioéthique*, pire encore, d'une recherche destinée à faire de l'éthique elle-même un consensus. Or cette démarche pose le problème de la rationalisation pragmatique de l'éthique, elle qui en réalité est déjà objective, avant qu'elle ne soit identifiée par qui que ce soit. Et s'il devait y avoir un premier observateur, ce qui est absurde dans un ordre métaphysique qui ne pâtit d'aucune incidence temporelle, il s'agirait du médiateur hermétique qu'est le philosophe du droit.

1296.- Car au croisement de l'esprit au sens de l'*ontos* grec, *logos* en essence, et de la règle, *axios*, au sens de la *substantia materiae* de la norme²⁵⁵¹, seul le philosophe du droit serait à même de percevoir les empreintes de l'éthique dans ces deux mondes, par l'emploi d'un langage commun à ceux-ci. Ainsi l'éthique serait par hypothèse métaphysique, ce qui en constitue un postulat non pas aporétique mais *principliel*, le *subjectif à tout le droit*, au sens du *sub jectum* des romains. C'est en ce sens que le droit n'irait pas vers l'éthique, mais **l'éthique inspirerait le droit**, plus encore le **commanderait** de telle sorte que seul le droit devrait obéir *consensuellement*, dans l'ordre contingent, à l'éthique et non l'inverse²⁵⁵².

1297.- Toute démarche consensualiste, nous l'avons vu, procède d'une volonté de niveler les termes de la relation sociale, permettant une pacification de celle-ci. Pourtant, en nivelant l'expression de ce qui relève d'un ordre *inféodable*, les droits essentiels de la personne sont eux-mêmes nivelés, et ainsi se dégage une règle communément admise, dans le cadre de laquelle doit s'intégrer la personne, sans faire appel à d'autres termes que ceux qui la conditionne, en quelque sorte, existentiellement. Il en serait ainsi d'une *bioéthique* de l'accompagnement du mourant faisant apparaître des règles communes, certes reposant sur des objets identiquement perceptibles par la personne de tous comme celle de chacun, mais dont les possibilités de manifestation sont sigulières à la personne individuelle. La perspective de la dignité suffirait à considérer cette démarche totalisante. Elle est certes perceptible car

²⁵⁵¹ Il ne s'agirait pas d'effectuer la *tabula rasa* de Locke pour retrouver un point de départ stable. Celui-ci préexiste à toute conception, et même l'idéalisme le plus nihiliste reposerait déjà sur des conceptions innées, Nietzsche lui-même ne rejetant pas ontologiquement la métaphysique, mais uniquement axiologiquement, prétendant son inutilité effective, et préfigurant une nouvelle ontologie, phénoménologique.

²⁵⁵² J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., *passim*.

commune à tous, et c'est ce qu'enseignent tout à la fois un réalisme et un idéalisme. Toutefois le second s'arrêterait aux enjeux relevant d'un ordre sociologique, ne concernant que le seul *sujet de droit*, quand le premier regarderait le sujet de droit en le percevant d'abord comme *sujet-personne*.

1298.- A l'issue de l'analyse de l'esprit de la loi de 2005, comprenons que le mourant serait donc soit un spectateur de sa propre mort, soit un figurant qui, contrairement au spectateur par hypothèse passif car extérieur à la scène, participerait occasionnellement en ce sens qu'il prendrait part aux directives, aux conseils des médecins et personnels professionnels de santé. Et cette deuxième hypothèse semblerait parfaitement convenir à ce que dit le droit du mourant. Il est citoyen de santé, et participe effectivement aux décisions qui le concerne dans la mesure où il peut encore exprimer sa volonté ; et lorsqu'il ne le peut plus, le rôle de la personne de confiance serait de continuer en quelque sorte l'expression de sa volonté en la faisant participer au processus collégial de décision.

1299.- Cependant c'est en interrogeant la place même de la personne de confiance qu'a pu émerger la place dédiée en réalité au mourant. Si la parole de la personne de confiance ne peut être décisive que dans les cas d'autorisation expresse aux recherches biomédicales, celle du mourant aurait au contraire un caractère systématiquement accessoire dans la mesure où le médecin pourrait y contrevenir en justifiant automatiquement de l'imminence de la mort. Or une telle hypothèse confirmerait l'idée d'un mourant figurant de sa mort, y participant fictivement, occasionnellement, sous l'influence compatissante des médecins et professionnels de santé, ainsi que sous l'influence d'idéologies culturelles dominantes²⁵⁵³.

1300.- De l'ensemble de ces justifications seraient tirées les conditions légales grâce auxquelles le médecin aurait donc tout le loisir de **composer son obligation de soins**, en pratique, en imposant ses conditions. Il serait d'autant plus complexe de réfuter une telle attitude qu'elle participe d'une obligation d'assurer la permanence des soins. Or, il n'y a qu'au moyen du langage positif du droit qu'il est possible de traduire l'ensemble des obligations résultant de celle-ci procédant d'une forme plus générale. Le droit du mourir devrait nécessairement y succomber, et les limites de ce positivisme nécessaire ne seraient en réalité guère que pratiques, et non théoriques.

²⁵⁵³ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 216 s.

Chapitre.VI. Le nécessaire positivisme du *droit du mourir*.

Comment évincer la potestativité sur le fondement d'un droit métaphysique et éthique ?

1301.- Le droit du mourir²⁵⁵⁴ ne pourrait exclusivement appartenir à la science de la santé, et le droit positif de la santé ne se suffirait pas à lui seul à décrire les composantes de ce champ juridique²⁵⁵⁵. Il s'agirait d'opérer une analyse profonde des droits sous-jacents au *droit du mourir*, à la protection de la *personne* dans ces ultimes instants. La *profondeur d'esprit* permettrait de comprendre que derrière ces droits, il existe des fondements, des principes qui reposent sur des présupposés théoriques de droit positif. Et **contre tout idéalisme** soutenant que le droit risque « un retour éclatant du droit naturel »²⁵⁵⁶, confondant *droit naturel* et *loi naturelle*, le **réalisme juridique** invite à reconsidérer la *personne* dans une perspective écartant toute conception naturaliste du droit.

1302.- Bien que les droits du mourant reposent sur des pratiques de nature *éthique*, faisant appel au questionnement le plus profond chez celui qui reçoit comme chez celui qui donne le soin, leur garantie nécessite une traduction dans l'ordre de la loi. Il convient d'affirmer que la mise en place d'une garantie maximale appelle la traduction des principes de nature métaphysique et éthique, de telle sorte que le praticien, sans qu'il n'ait nécessairement à être éveillé et averti des principes *premiers* les plus stables, puisse tout de même adapter sa pratique, sans systématisation aucune (**Section.I.**). Tout comme l'officier d'état civil n'a pas à être juriste pour prononcer un mariage, le médecin n'a pas à être philosophe du droit pour prendre les mesures adéquates, garantissant les droits de la personne mourante, en objectivant l'enjeu éthique plutôt qu'en l'objectivant (**Section.II.**). C'est sur le fondement de la pensée du mourant, *a priori* ignorante, que s'établirait toutes les causes d'un droit positif négateur des sources principielles de la norme qui, utilisées à bon escient, suffiraient à faire tomber toute nature potestative des conditions de soins (**Section.III.**).

²⁵⁵⁴ Par opposition au droit de mourir dans la dignité de l'ADMD qui associe ce *pseudo* droit à une requête de mort provoquée.

²⁵⁵⁵ Voir en ce sens les risques de complicité par pitié entre le corps médical et le corps juridique, soulevés chez Habermas. J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, Paris, 2002, chap. I, sur le progrès des biosciences et le développement des biotechnologies impliquant que ce qui était jusqu'ici « donné » comme nature organisme et qui pouvait éventuellement être « cultivé » se déplace désormais vers le domaine de l'intervention.

²⁵⁵⁶ C. Neirinck, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, op. cit., p. 45

Section.I.

Pratique du *droit premier* : l'actualisation des notions sous-jacentes

1303.- La tâche consistant à rendre pratique des notions sous-jacentes, et relevant d'un ordre ontologique, peut paraître si peu évidente qu'elle décourage bon nombre de ceux qui ont tenté de superposer deux approches en apparence *contraires*. Voilà pourquoi il serait peu judicieux de vouloir systématiser celle-ci, et la seule possibilité d'actualiser les notions sous-jacentes au droit du mourant, qu'il soit idéalement conceptualisé, ou ontologiquement regardé, suffira à rendre compte d'un droit premier lui pré-existant. Loin de tout idéalisme dégradant la *personne*, l'approche réaliste du droit sait qu'il est nécessaire que celui-ci soit positif afin de trouver une application pratique au vivant (**Paragraphe.I.**), et donc nécessairement à celui qui va mourir (**Paragraphe.II.**). Ainsi, l'actualisation des notions sous-jacentes aux droits de la personnalité juridique (**Paragraphe.IV.**) présuppose l'identification préalable des notions relevant d'un ordre indicible (**Paragraphe.III.**). Il s'agirait de la condition *sine qua non* à la construction du **droit positif du mourir** (**Paragraphe.V.**) afin de pouvoir systématiser un protocole sans pour autant systématiser la *personne* avec (**Paragraphe.VI.**).

Paragraphe.I. Les rapports limitatifs entretenus entre le vivant et le droit positif

1304.- Le droit positif se borne à délimiter l'apparition de la personnalité juridique à la condition *sine qua non d'abord* de naître vivant et viable²⁵⁵⁷, le contraire ne pouvant, en réalité, admettre la vie sous quelque acception que ce soit, du fait de la *non existence*, au sens juridique et phénoménologique du terme ; **puis** de mourir au sens où il est à considérer qu'une existence suffisamment élaborée puisse permettre de reconnaître la survenue d'une

²⁵⁵⁷ Voir art. 79-1 du Code civil. Voir en ce sens l'exception *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* : X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, préc., pp. 63 s. ; voir également le débat sur le refus d'admettre l'homicide involontaire de l'enfant à naître : Cour de cassation, Bulletin d'information n° 540 du 1^{er} août 2001, au sujet de l'arrêt C. cass. Ass. plen. 29 juin 2001, *Bull. plen.* n° 8, *Bull. crim.* n° 165, p. 546, *Gaz. Pal.* 85, I, concl. Sainte-Rose. ; voir enfin le débat concernant les droits de l'enfant à naître et avant même cela de l'embryon : C. Labrusse-Riou et F. Bellivier, *Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé*, in *RIDC*, février 2002, pp. 579-601 ; voir sur l'avant l'embryon, X. Labbé, *Condition juridique du corps humain : Avant la naissance et après la mort*, op. cit., pp. 16 s.

mort qui la succède²⁵⁵⁸. Ainsi une telle acception fait-elle référence à cette philosophie phénoménologique heideggerienne qui considère que l'existence serait identifiable dès lors que l'être est venu au monde, sous entendu né vivant et viable. C'est cela qui ferait de lui un être déjà prêt pour mourir²⁵⁵⁹. Cette approche serait relative et ne s'établirait dès lors que sur les fondements cliniques de l'existence, ne retenant celle-ci qu'aux seuls critères de vérification d'une vie spontanée et autonome, *a contrario* des critères de vérification de la mort²⁵⁶⁰.

1305.- Ainsi la question de l'existence ne s'attacherait-elle exclusivement qu'à une question de *corporalité*²⁵⁶¹. C'est en ce sens que se pourrait être justifié un droit positif qui garantit avant tout la manifestation physique de l'être, en retenant que la personne s'identifierait exclusivement par la réalisation de ce que l'on voit d'elle, que ce soit dans l'immédiateté de son apparence, ou encore plus en profondeur, par l'entremise de moyens technologiques performants pouvant manifester la vie neuronale par exemple. Tout ceci reste pour autant dans l'ordre physique de l'existence. Les critères de vérification de celle-ci la restreignent à une identification, au sens d'une scientificité *rationalisante* des objets. Et il en est ainsi lorsque le constat de mort doit être vérifié.

Paragraphe.II. Lorsque la mort va intervenir

1306.- C'est alors que la traduction se ferait plus aisée en ce sens qu'il n'y aurait, par hypothèse, plus aucune question existentielle à poser comme postulat du respect due à l'existence elle-même dans toutes ses composantes, ces dernières s'éteignant avec la vie elle-même.

1307.- Cela se vérifierait par le dépassement présumé objectif de la notion de conscience qui est posé en droit positif, dernier rempart pourtant à la reconnaissance d'un élément non

²⁵⁵⁸ X. Labbé, *Condition juridique du corps humain : Avant la naissance et après la mort*, op. cit., pp. 23 s.

²⁵⁵⁹ Voir en ce sens *naître et mourir* dans l'*entre-deux* présents dans le *dasein*, chez J.-P. Sartre, *L'Être et le néant*, op. cit., p. 184.

²⁵⁶⁰ La vie conditionnant l'acquisition de la personnalité juridique ne serait que le contraire théorique de la mort.

²⁵⁶¹ Voir en ce sens et en complément d'une lecture de M. Heidegger dans le texte, les travaux de C. Ciocan, *La vie et la corporalité dans Être et temps de Martin Heidegger, 1^{ère} partie : le problème de la vie. Ontologie fondamentale et biologie*. *Studia Phaenomenologica* I (2001), 1-2, pp. 61-93. Université de Bucarest.

identifiable, rationnellement²⁵⁶², de l'être. Ainsi, la conscience est une notion qui serait désormais admise comme objet reconnaissable par les moyens technologiques de notre temps, et ce en vue de garantir l'exactitude de la véracité de la mort²⁵⁶³.

1308.- Toutefois, paradoxalement les tribunaux ne retiennent plus l'effectivité de la conscience comme critère en vue d'évaluer le *pretium doloris* du mourant en état végétatif chronique²⁵⁶⁴ ce qui suggère tout de même que les juges présupposeraient encore qu'il existe une présomption d'existence métaphysique suffisante pour apprécier le plus largement les **droits de la vie**, et non le droit à la vie, limitatif et exclusif des cas de fin de vie²⁵⁶⁵. Et une telle conception se prolonge bien évidemment lorsque l'on regarde le cadavre, celui-ci n'étant plus que l'objet de l'être dépassé, tout comme l'embryon ou le fœtus ne sont point considérés encore comme l'être-personne lui-même, mais son objet, par opposition à la notion de sujet de droit opposable aux seuls êtres nés vivants et viables et, pouvant jouir des garanties propres à l'existence physique de la personnalité juridique²⁵⁶⁶.

Paragraphe.III. Identification des notions sous-jacentes

1309.- Le premier stade dans la traduction d'un principe stable et indicible, si ce n'est par la vulgarisation²⁵⁶⁷ d'un discours déjà vulgarisé²⁵⁶⁸, repose sur la délimitation précise du champ lexical fondamental. Le propos portant sur la mort de la personne humaine à l'hôpital et plus exactement sur l'accompagnement de celle-ci jusqu'à son dernier souffle, puis ensuite sur le devenir de son cadavre, le droit premier qui correspond à cette question ne pourrait être

²⁵⁶² Encore qu'ici il convient de préciser qu'une telle rationalité corresponde à ce que les philosophies *post* Descartes ont pu en faire et non une rationalité telle que celle d'un Saint Thomas d'Aquin ou encore d'un Aristote préconisant de la fonder avant tout sur le critère objectif premier de l'existence du transcendant comme élément indépassable de rationalité.

²⁵⁶³ Rappelons d'ailleurs que le critère de la conscience demeurera jusqu'au début des années 2000 un rempart à l'admissibilité du *pretium doloris* du mourant en état végétatif chronique par les juridictions administratives jusqu'à la nouvelle prise de position du Conseil d'Etat s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Voir CE, 24 novembre 2004, *M et Mme Maridet*, préc.

²⁵⁶⁴ Ce, 24 novembre 2004, préc.

²⁵⁶⁵ Le droit à la vie reposerait sur son présumé métaphysique que serait le droit de la vie.

²⁵⁶⁶ Voir X. Labbé, *ibid*, *passim*.

²⁵⁶⁷ Par la philosophie.

²⁵⁶⁸ Par le langage métaphysique et éthique qui suggère ce qu'il ne peut décrire du fait de son caractère encore matériel si loin de son objet immatériel.

à terme que subdivisé, en catégories sous-jacentes relevant d'une approche hautement métaphysicienne et délimitée par les trois temps du mourir²⁵⁶⁹.

1310.- Ainsi, l'avant mourir serait teinté de la nécessité de protéger la vie. En est-il des composantes identifiables qui *font la vie*, telles que les notions maîtresses de dignité, d'intégrité, d'identité peuvent le suggérer. Et celles-ci s'appuient sur l'existence, en tant que concept juridique, reposant sur le présupposé philosophique faisant *être* celui qui agit et pense, par l'expression des différentes actualisations de sa manifestation phénoménologique²⁵⁷⁰, par la réalisation de ses *étants*²⁵⁷¹, conduisant à une formulation normative. Ainsi lorsque le droit actualise la place du mourant dans son champ lexical et applicable, phénoménologiquement dépendant, il se doit de se fonder sur l'expression d'une existence soumise aux éléments faisant entrer toute la contingence, comme un donné réel de ce qui est possible, jusqu'à l'ultime souffle. **Cela signifie que l'existence soit ici limitativement considérée, dans ce qui existe de plus restreint dans la définition de la vie juridique de la personnalité, au sens où celle-ci est bornée aux temps de la naissance et de la mort.**

Paragraphe.IV. Premiers pas sur le chemin des droits de la personnalité du mourant

1311.- C'est en dépassant une approche phénoménologique de l'existence que les droits attachés à la personnalité juridique se justifieraient au regard de théories sous-jacentes, relevant d'un ordre ontologique ; et celles-ci devraient se justifier quant à elles, au regard d'un droit sous-jacent, unique en ce qu'il ne dépendrait pas de celui qui le saisit, de le façonner²⁵⁷². C'est en ce sens que, si le respect du mourant, qui n'est autre qu'une *personne*, nécessite de

²⁵⁶⁹ Voir à ce propos, sur *les temps du mourir*, J.-M. Trigeaud, Justice et Hégémonie, op. cit. pp. 191 s., ainsi que dans un sens moins métaphysique et juridique mais plus psychologique et philosophique, et pour autant complémentaire, V. Jankélévitch, *La mort*, op. cit., *passim*.

²⁵⁷⁰ Voir en ce sens toute la philosophie phénoménologique faisant de l'être une composition successive et corrélative de phénomènes ou actualisation substantielles.

²⁵⁷¹ Voir en ce sens le concept de *dasein* chez M. Heidegger, *Être et Temps*, Trad. F. Velin, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 1986, pp. 386 s., sur le *dasein* dès la naissance, pp. 31 s., sur les perspectives de la mort de ce « pas-encore ».

²⁵⁷² Voir notamment J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 48.

fonder le droit *subjectif* à la dignité²⁵⁷³ sur le fondement théorique des droits subjectifs, ceux-ci auraient l'essence même de la *personne* pour sous-jacent, ontologiquement préexistante.

1312.- Comprendons dès lors que le réalisme philosophique du droit ne pourrait spécifier le droit du mourant à la dignité autrement que dans un mouvement d'unification aux principes sous-jacents dont il dépend, principes à la fois théoriques et métaphysiques. Il ne s'agirait pas de s'appuyer sur quelque théorie positiviste comtienne élaborant les sources du droit en *trois états*, rejetant les deux premiers pour ne retenir que l'*état positif*. Il s'agirait plutôt de déduire la réalité d'une personne à partir de l'unité première de l'*être-personne*, soumis à l'*être*, dans l'*être*, singulièrement et non génériquement, avant de pouvoir lui appliquer des lois positives, d'abord théoriques, puis pratiques, de droit privé.

1313.- C'est dans cette perspective que s'inscrirait la **nécessité d'un droit positif**, ne niant aucune singularité, mais bien au contraire, présupposant du meilleur de l'*être-personne*. Les défaillances des effets de la loi ne pourraient être que les conséquences des difficultés de la personne à comprendre la loi, obstacle surmontable par l'*éducation*. Le médecin ne pourrait y échapper, et l'éducation à la loi serait le seul moyen de permettre d'offrir toutes les garanties de sécurité²⁵⁷⁴. Il ne s'agirait pas de prétendre à réfuter l'erreur, celle-ci participant de l'apprentissage, finalement quelques en puissent être les conséquences. Comprendons donc que le droit positif ne construit rien ; c'est lui qu'il convient de construire.

Paragraphe.V. Construire le droit positif

1314.- Le droit serait certes un « construit » dont « les hommes sont responsables »²⁵⁷⁵, toutefois, sans un principe premier, le droit ne serait que *substance sans essence*, évanescence inconsistante²⁵⁷⁶.

²⁵⁷³ Voir notamment pour une approche démontrant qu'actuellement, la dignité serait un droit essentiellement objectif, B. Mathieu, *Quelle valeur accorder à la dignité humaine ?*, in *JIB*, vol. n° 21, mars 2010, chap. 6, pp. 77-83.

²⁵⁷⁴ Voir en ce sens toute la philosophie platonicienne reposant sur l'éthique de l'éducation, l'éducation par le ressouvenir de ce qui est déjà, en soi. Notamment Platon, *Ménon*, Trad. M. Canto-Sperber, GF-Flammarion, 1991, 80d-86d.

²⁵⁷⁵ C. Neirinck, *ibid.*

²⁵⁷⁶ L'*ousia* aristotélicienne formerait une sorte de confusion entre les deux, bien que distinguant une substance première, *proté ousia*, et une succession de catégories secondes *deutera ousia* ; voir notamment Aristote, *Les Catégories, Sur l'interprétation, Organon I-II*, Trad. P. Pellegrin, M. Crubellier, C. Dalimier, GF-Flammarion,

1315.- L'ignorance du principe premier ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas²⁵⁷⁷, ni encore qu'il soit inutile²⁵⁷⁸, car de telles considérations n'affectent en rien son existence. Et l'immensité métaphysique ne serait pas non plus seulement synonyme de l'immensément vide, effrayante et angoissante comme chez Schopenhauer ou Kierkegaard, mais pourrait être tout au contraire l'immensément plein, logique, et que les limites de la raison accepteraient comme acquis, afin de se situer, et de *s'ancrer* sur ses principes visibles.

1316.- C'est dans cette perspective pratique que la raison s'autoriserait alors à fixer humblement ses constructions positives qui, reposant sur un principe premier emprunt de la plus grande stabilité qui soit, seraient dès lors *justement* fondées. Peut-être en effet, que les seules prédispositions à entretenir une relation de grande intimité à cet immensément grand et petit à la fois, pourraient justifier que seulement certaines *personnes* puissent servir d'intermédiaire guidant à l'élaboration de la loi. Le philosophe du droit en serait une manifestation, posant les bases de la nécessaire systématisation des protocoles pratiques.

Paragraphe.VI. Existence et normativité : au-delà de l'antinomie, première difficile réfutation de la potestativité

1317.- Systématiser un protocole pourrait engendrer la mort prématurée des uns, et la souffrance agonisante des autres. Laisser faire sans régulation pourrait avoir les mêmes effets. Car en réalité, autant un système atteint nécessairement ses limites lorsqu'il se confronte au réel, autant le réel qui connaît ses propres systèmes de régulation doit être saisi par les systèmes normatifs afin d'offrir une structure de référentiels à l'usage quotidien d'une société. **Comprenons en ce sens qu'il est nécessaire de structurer l'accueil et la prise en charge des mourants, sans pour autant les enfermer dans des concepts définissant *a priori* leur état. Idéalement fondés, quand ils ne suffiraient qu'au plus petit nombre, et encore là des différences pourraient persister, les protocoles ne pourraient être autre que des**

2007, chap. I, ; Aristote, *De l'Âme*, Trad. E. Barbotin, Les Belles Lettres, Paris, 1989, pp. 40-41, II, 1 ; et Aristote, *La Métaphysique*, Vrin, Paris, 1986, Livre delta, §8. Alors que chez Platon, l'*ousia* se distinguerait en tant qu'essence première et permanente de la substance qui reçoit une forme et qui est engendrée. Voir chez Platon, *Phédon*, op. cit, 65c-e, p. 215, le corps n'est qu'un intermédiaire ; ou encore Platon, *Hippias Majeur*, Trad. J.-F. Pradeau et F. Fronterotta, GF-Flammarion, 2005, 78d.

²⁵⁷⁷ Athéisme.

²⁵⁷⁸ Cartésianisme et nihilisme.

archétypes contractuels d'objectivisation d'une situation. Et il en serait ainsi du contrat hospitalier de soins qui, conclu sous *condition potestative*, constitue une protection partielle et partiale du mourant, celui-ci n'étant plus réduit qu'à sa seule dimension conceptuelle. Car en réalité, la conceptualisation est nécessaire²⁵⁷⁹, et la contractualisation n'est pas nécessairement un mal.

1318.- La systématisation d'un protocole serait pourtant réellement possible. Il s'agirait de conventions temporaires dont les termes n'appartiendraient en rien à l'ordre pré établi de la loi. Ces *contrats* prendraient naissance chaque fois que nécessaire, sans autre fondement que la confiance, dans le respect des *droits de l'homme* et avant tout de la *personne*, et s'éteindraient avec la relation médicale, sans qu'ils ne puissent être opposables à qui que ce soit d'autre que ceux qui y auraient participé. **Il n'y aurait nulle condition pré établies, si ce n'est celles qu'imposent le vivant, et dont les notions sous-jacentes présupposent qu'il soit le point de départ de la garantie des droits de la personnalité juridique, sans qu'il ne soit nécessaire d'objectiviser ses indices.** Contre une *bioéthique* stigmatisant le vivant, il s'agirait d'opposer une *bioéthique* acceptant le vivant comme la précédant.

1319.- Considérant cette perspective réaliste du droit, retenons dès lors la nécessité qu'il est indispensable pour le législateur, qui est le traducteur de l'esprit du droit, de parvenir à dépasser le *droit premier* et indicible, par un langage permettant d'objectiver le discours métaphysique et éthique à la source du vivant. Partant d'une approche philosophique allant à la rencontre de l'éthique médicale, le législateur objectiverait les incertitudes liées au mourant, dépassant la dimension subjective de l'ignorance que le malade peut avoir de ses propres souffrances et de sa propre maladie. Il s'agirait d'établir une terminologie claire, et ouvrant à une interprétation, la faisant entrer tant dans le langage médical que dans celui de la *philosophie médicale*. Les formations en soins palliatifs intégreraient alors des heures d'éveil à l'*être*, rendant effective l'existence inconditionnable de la *personne*, réfutant toute systématisation de celle-ci, ne faisant que suggérer les principes premiers en tant que structures communes pré-existantes. C'est en ce sens alors que la conditionnalité de l'accompagnement du mourant, pouvant appartenir au médecin, ne serait plus entachée de sa nature potestative, en ce sens que le médecin lui-même serait inféodé à son tour, au langage

²⁵⁷⁹ Voir Ph. le Tourneau, *Droits de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 96 s.

de philosophie du droit de la santé qui précède sa décision, à quelque niveau que ce soit de la relation de soins.

1320.- Toutefois, l'opposition résistante de la *corporalité* heideggerienne invite dès lors à ce que le langage du droit rende positive la notion *éthique* non encore traduite dans un langage identifiable. Et c'est le droit positif qui va en limiter l'expression par son approche rationalisante et dialectique, opposant ce qui est bien et bon de pratiquer en matière de fin de vie, le licite ou encore le légal, à ce qui est mauvais et/ou non recommandé de pratiquer en matière de fin de vie, l'illicite ou l'illégal. Cette identification prend la forme des contours de la responsabilité, cette dernière étant justifiée par une approche nécessairement éthique, morale, de ses fondements²⁵⁸⁰.

Section.II. L'objectivisation de la notion éthique : le plus souvent au détriment du mourant

1321.- Notons avant tout qu'il existe une différence notoire entre l'éthique et la morale et que l'une et l'autre ne nomme pas la même chose. Outre le fait remarquable de la différence de leurs étymologies²⁵⁸¹, il convient de noter schématiquement, et ce afin de ne point s'éloigner de notre sujet, que la première correspond au comportement le plus dépouillé de toute superstition ou encore pré conçu de nature philosophique religieux ou encore culturel, alors que la morale s'en trouve entachée et ainsi réside dans l'ordre social, comme étant identifiable culturellement, anthropologiquement et sociologiquement²⁵⁸². C'est sur cette différence que la traduction d'une éthique *a priori* philosophique (**Paragraphe.I.**) va la faire devenir morale

²⁵⁸⁰ Si le droit pénal n'est pas explicitement moral, il est évident que sa trame repose bien évidemment sur les conceptions morales d'une société donnée. Il s'agirait d'une morale archétypale, de type kantienne et heideggerienne, alliant impératifs éthiques et politiques et modèles types ontiques. Voir en ce sens pour une approche juridique, H. L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998., sur la règle morale et la règle de droit. ; pour une approche de philosophie du droit sur une morale étatique, J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., pp. 271 s.

²⁵⁸¹ Éthique dérive du terme grec *ethos* qui signifie littéralement disposition de l'âme, disposition psychique, habitude caractère, la science morale. Morale dérive du terme latin *moralitas* qui signifie littéralement façon appropriée d'agir, ensemble de règles propres à la conduite humaine. Ainsi peut-on comprendre et sans entrer plus en détails laissant le soin à la philosophie de préciser cette distinction qui se complète, que la première est le fondement de la seconde, l'éthique offrant une source au cadre que représente la morale dans l'ordre social.

²⁵⁸² Voir en ce sens notamment l'*Ethique* de Spinoza explicitant le caractère relatif des règles procédant de la morale. B. Spinoza, *L'Ethique*, Trad., notes et comm. R. Misrahi, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1990.

sous-jacente au droit positif, en dépouillant celui-ci de toute ontologie, et consacrant une objectivisation de l'éthique en *biodroits de l'homme* (Paragraphe.II.).

Paragraphe.I. Entre éthique et philosophie : l'intimité du langage.

1322.- L'éthique appartient a priori au langage philosophique, bien qu'en réalité cette dernière dépende en amont, et sans qu'il ne puisse y avoir de hiérarchie entre elles deux, de la matière immatérielle en son essence, mais matérialisable par la vulgarisation qu'engendre le langage, qu'est la métaphysique.

1323.- Ainsi, est *éthique* ce qui relève du juste comportement de la discipline que l'être s'impose à lui-même pour se comporter en conformité aux exigences sociales de la paix sociale. Il est communément admis désormais de prétendre que l'*éthique* est une branche principale de la philosophie morale²⁵⁸³, et qu'elle se réfléchit elle-même en se faisant objet de méta-éthique²⁵⁸⁴. Il s'agit donc d'une réflexion sur la justice et l'harmonie, et les moyens d'y parvenir. Cette matière dépend dès lors d'une conception non point sociologique du juste mais bien plus d'une conception stable, et en ce sens la philosophie de *l'idée de justice* devrait suffire à comprendre que l'*éthique* est une notion stable et uniforme, indépendamment des interprétations vulgarisantes qui en sont faites par opportunités politique et juridique²⁵⁸⁵.

1324.- Cela signifie que dès lors que l'on entendrait assujettir un comportement à raison de l'élaboration des limites de la responsabilité par une loi²⁵⁸⁶, ou quelque règle de droit que ce soit en vertu d'une approche *éthique*, le législateur se devrait de s'en référer non pas à l'idée qu'il se fait de ce qui est le plus juste, mais bien plus à l'interprétation du juste au regard de la notion d'*éthique*, prise en sa singularité, au-delà des formes culturelles et sociales qu'elle

²⁵⁸³ Voir sur ce point notre note sur l'interdépendance et la co-relativité de ces notions.

²⁵⁸⁴ Il s'agit de la partie de la philosophie morale qui analyse les concepts fondamentaux de l'éthique leurs pré-supposés épistémologiques et leur signification. Voir en ce sens A. Kremer-Marietti, *L'éthique en tant que méta-éthique*, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 3s.

²⁵⁸⁵ Il s'agirait de tout l'enjeu de la philosophie politique que Platon mène notamment dans *La République*, opposant à la *doxa*, connaissance relative et partielle, la connaissance des idées universelles et totales.

²⁵⁸⁶ Il s'agirait des fondements du droit positif, celui-ci reposant avant tout sur l'idée de la responsabilité ; réparation du dommage ou punition de l'auteur seraient les deux champs d'investigation de la responsabilité ; voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *L'homme coupable*, op. cit. ; ou encore J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Thémis, PUF, Paris, 1978, pp. 185 s.

pourrait prendre par la suite²⁵⁸⁷. Or force est de constater que l'approche vulgarisant la notion éthique correspondrait bien plus à celle de Descartes et sa nouvelle entreprise métaphysicienne, beaucoup plus individualiste et moins universalisante²⁵⁸⁸, point de départ de la *bioéthique* moderne.

1325.- Elle serait contre le caractère *spéculatif* des philosophies antiques de Platon et d'Aristote, ou encore la philosophie d'une éthique déontologique comme celle retrouvée chez Kant²⁵⁸⁹. Et lorsque le législateur examine aujourd'hui le cadre de l'éthique médicale, *bioéthique*, relativement à la question du statut du mourant ou encore relativement aux modalités de l'accompagnement de celui-ci, son point d'attache ne pourrait être que celui de la seule déontologie médicale, renvoyant la responsabilité du fait de l'exercice de la fonction médicale à l'application du code de déontologie, sous la haute bienveillance des juridictions disciplinaires qui sont sous le contrôle de celles administratives. Ainsi conviendra-t-il de s'interroger sur la question de l'objectivisation de la notion d'éthique relativement à son cadre déontologique.

Paragraphe.II. Objectivisation et *biodroits* de l'homme

1326.- Dépouillée du droit naturel présumé chez Aristote²⁵⁹⁰, l'homme de Rousseau peut établir une loi par lui-même, s'arrachant à son état de nature et instaurant une nouvelle légalité, contre celle qui, jusqu'à lors, lui était imposée sous la forme d'une loi naturelle²⁵⁹¹.

²⁵⁸⁷ Voir O. A. Ghirardi, *op. cit.*

²⁵⁸⁸ Retenons que Descartes vulgarise la notion d'éthique en son extrême limitation culturelle, ne se fondant en réalité que sur son seul champ de savoir occidental judéo-chrétien, incapable dès lors de dépasser les critères d'appartenance au groupe social identifiable qui procèderait d'une morale relevant d'un inconscient collectif identifié deux siècles plus tard par Jung bien plus que d'un universalisme métaphysique pur.

²⁵⁸⁹ Voir en ce sens le concept de déontologisme moniste qui fait dériver tous nos comportements en obligations d'agir selon un principe unique extérieur et pourtant universellement subjectif en son essence ontologique comme l'est l'impératif catégorique chez Kant.

²⁵⁹⁰ Rappelons en ce sens que Aristote fait de l'éthique le point qui distingue l'homme de l'animal faisant du premier un animal doté de raison, cette dernière lui permettant de saisir intellectuellement la contingence à laquelle il est soumis. .

²⁵⁹¹ Notons ici en complément de notre note précédente que l'Homme de Rousseau fait usage de sa raison pour se faire celui qui est maître et possesseur de la nature conformément à la philosophie de Descartes bien que critiquée par Rousseau. Ainsi l'Homme ne subit plus l'ordre naturel, le *cosmos*, il le comprend et en élabore, par la raison scientifique, des lois qui lui conviennent, au sens où il prétend connaître ce qu'il y a de meilleur pour lui.

1327.- Or, si nous recherchons au sein de la loi positive actuelle une quelconque référence à la notion *éthique*, force est de constater que le *corpus* légal serait réduit *quasi* à néant²⁵⁹². L'éthique médicale serait soumise à la voix de l'ordre social, et ne serait plus donc qu'une forme de morale juridico-politique, inféodant la pratique déontologique. Le code de la santé publique et le code de déontologie médical, *a fortiori*, ne s'adresseraient en réalité qu'aux seuls médecins.

1328.- La Charte des droits et libertés de la personne malade serait, semble-t-il, la seule référence *éthique* directe, garantie à la personne accompagnée, dans une structure médicale ou médico-sociale. Ethique car elle reposerait sur les fondements *sacrés*²⁵⁹³ de la *personne*. Elle serait en ce sens la *déclaration des droits de l'homme et du citoyen malade*, contribuant à servir la démarche de politisation des droits de l'homme, ici encore initiée par un *droit de comite*²⁵⁹⁴. Celle-ci, décomposée en douze articles, n'opèrerait qu'un rappel succinct, voir même une répétition, de ce qui est déjà contenu dans l'ensemble du droit positif au sujet du respect de la *personne*, applicable au malade, celui-ci n'étant pas théoriquement distinct de la *personne* à raison de sa maladie. Ainsi en est-il du commandement de non discrimination que l'article 1er de la DDHC place au rang des *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* ; mais également de la prise en charge, dont l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 faisait déjà état ; du droit à la protection que l'article II de la DDHC renvoie au *but de toute association politique* ; du droit de renoncer dont l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique ne semble être que l'évocation de la liberté absolue bornée à celle d'autrui, de l'article IV de la DDHC ; ou encore du droit au respect de sa dignité et son intimité²⁵⁹⁵ dont la libre communication des pensées de l'article XI de la DDHC suffirait à rendre effectif les fondements reposant sur l'existence du libre arbitre.

²⁵⁹² Ainsi retrouve-t-on la notion d'éthique dans « la charte des droits et libertés de la personne accueillie » contenue dans la loi 2002-2 rendue publique par arrêté en date du 8 septembre 2003 et mentionnée à l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles, garantissant à la personne accueillie l'usage de son pouvoir de citoyen.

²⁵⁹³ Tant la DDHC que le Préambule de la Constitution de 1946 font état du terme en vue de caractériser les droits de l'homme.

²⁵⁹⁴ Voir en ce sens la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*, portant réforme de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007, *relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme*.

²⁵⁹⁵ Voir en ce sens le texte *sus visé* : *JORF* n°234 du 9 octobre 2003 page 17250 ; texte n° 21 ; Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles.

1329.- C'est en ce sens que le législateur garant de *l'expression de la volonté générale*²⁵⁹⁶ aurait entrepris une mission de clarification des aspects de l'éthique de l'être en permettant un accès des plus aisé à une liste des composantes de celle-ci. Cette entreprise aurait pour objet l'éthique, en tant qu'objet prioritaire dans la conscience du malade qui doit pouvoir la saisir au-delà de son ignorance du principe philosophique et métaphysique sous-jacent, en dépassant le caractère subjectif et spéculatif conféré à l'éthique, tel que considérée par les philosophies modernes l'ayant encadrée dans le champ lexical et théorique de la déontologie²⁵⁹⁷.

1330.- Pourtant, le dépassement serait tel qu'il irait jusqu'à la négation de la dimension sacrée, ne la niant pas en tant que telle, mais plutôt quant à son contenu. Et c'est dans cette perspective que s'inscrirait la réécriture des droits de l'homme appliqués au mourant. Il ne s'agirait plus que d'une approche de *biodroit*, faisant des droits de l'homme des concepts sans fondement éthique, ou plutôt faisant reposer l'éthique sur une *bioscience* du vivant, objectivant les conditions de manifestation de celui-ci aux critères empiriques de la médecine. Cette approche serait même ouvertement justifiée, le droit positif rendu nécessaire en dialectisant le mourant. Ignorant à la fois de son état réduit à ses fonctions vitales, et de la réalité de ce qu'est sa dignité, la loi objectiverait son incapacité au moyen du langage du droit positif, permettant en ce sens les excès interprétatifs des praticiens établissant les conditions de relation de soins.

Section.III. L'objectivisation de l'ignorance du malade liée au caractère *a priori* subjectif de sa pensée

1331.- Il est indispensable de définir ce dont il s'agit lorsque le caractère *éthique* d'un droit positif doit être mis en exergue²⁵⁹⁸. Il en est ainsi du rôle du législateur de dire ce qu'est une chose lorsqu'il en connaît les fondements théoriques. Ces derniers n'ayant qu'un aspect

²⁵⁹⁶ Art. VI DDHC.

²⁵⁹⁷ Voir en ce sens nos notes précédentes sur les philosophies de Descartes Spinoza et Kant et leur séparation de la philosophie Antique de Platon et Aristote ayant privilégiant alors l'éthique en tant que principe premier stable et traductible par la suite dans l'ordre social par une connaissance parfaite des préconçus d'ordre naturel et divin par la loi. Voir en ce sens les travaux sur la réactualisation d'une telle science faisant vivre l'ontologie première par l'axiologisme raisonné chez Jean- Marc Trigeaud, *passim*.

²⁵⁹⁸ Bien que nous ayons admis que le caractère éthique est le sous-jacent ontologique du droit positif et qu'en ce sens celui-ci doit s'inféoder axiologiquement en la direction qu'il doit adopter afin de se conformer à l'ordre qui lui est supérieur. Et ceci se retrouve chez Kant lorsqu'il définit son impératif catégorique. Voir en ce sens E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., 2^{ème} Section, pp. 111 s.

abstrait, il se doit de les traduire, en quelque sorte, pour les rendre admissibles et compréhensibles par le plus grand nombre, ou tout au moins à ceux qui en ont besoin dans l'exercice immédiat de leur vie privée, de leur vie publique, de leur vie professionnelle. Ainsi en est-il de la norme en matière médicale, et *a fortiori* lorsque la matière concerne directement la période de la mort, qu'elle soit *ante mortem*, mort elle-même ou *post mortem*.

1332.- Sans surprise, l'incapacité présumée du mourant serait sous-jacente à tout le droit qui s'y rapporte, droit qui fait la loi, et qui fait la *convention sous condition potestative* encadrant les conditions de la mort. La vie de tout un chacun, prise singulièrement, ne saurait pourtant recevoir pareille considération sans occasionner une souffrance indicible, au-delà de la raison, là où prennent corps les émotions, au-delà des émotions. Le législateur devrait alors pouvoir répondre à l'attente inconditionnable de l'éthique (**Paragraphe.I.**) que le droit positif rendrait possible non plus en une dialectique objectiviste, mais objectivante (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. Ethique inconditionnable et non contractualisable

1333.- La vie de tout un chacun ne devrait être examinée que sous le premier rapport légal de la chose vécue, cette dernière ayant alors comme source d'analyse première une éthique intuitive. Or celle-ci, non éduquée, ne pourrait engendrer que l'expression d'un désir irraisonné et relatif, pouvant s'écarter aisément du bon comportement social et, en amont et au final, de l'éthique universelle.

1334.- En ce sens, il serait indispensable que le législateur se fasse la *bouche de l'éthique*, en tant que comportement universellement exigible, au nom d'un impératif catégorique, fondement moral de l'unité juridico-politique de l'Etat, fondateur de l'ordre juridique moral²⁵⁹⁹. Comprendons la nécessité pour le législateur de donner l'approche formulée du principe *éthique* de respect de la dignité ou encore de l'intégrité, en vue d'indiquer conjointement, et dans un langage commun, tant aux praticiens qu'au patient, la marche à suivre pour préserver l'*être* (le malade) de sa décomposition sur un plan éthique, en tant que

²⁵⁹⁹ En tant qu'il est le garant de la volonté générale puisqu'il la conditionne à l'impératif catégorique de la bonne conduite, morale. Voir en ce sens la réintroduction de *cours de morale laïque* au programme des enseignements du secondaire. Voir la lettre adressée aux personnels de l'éducation nationale par Vincent Peillon, ministre de l'éducation nationale, et George Pau-Langevin, ministre déléguée, chargée de la réussite éducative, publiée au *BO* du mardi 26 juin 2012.

personne, ne se désincarnant pas dans une succession d'appellations nominalistes de ce qu'il est au-delà de son être pur²⁶⁰⁰. Il serait donc indispensable de permettre l'objectivation de l'ignorance réelle et effective de ceux qui sont les utilisateurs et récipiendaires de l'appareil *éthique* lorsque celle-ci se fait pratique²⁶⁰¹. Ainsi le législateur devrait être, contre toute entreprise d'objectivisation, à même de concrétiser ce que l'éthique dispose, en elle-même, au sujet de l'accompagnement de la personne en fin de vie. Car en l'espèce le présupposé le plus admissible serait bien de convenir de l'ignorance subjective du patient, comme celle du médecin, rendant leur relation carencée.

Paragraphe.II. Objectivation et subjectivité ignorante

1335.- C'est de cette *objectivation* dont va dépendre l'ensemble d'une convention d'accompagnement dont nous venons de jeter les bases. Car l'accueil administratif est le point de convergence de l'émergence d'un statut pour le patient, et nous l'avons vu, celui-ci est mixte, ce qui rend d'autant plus complexe le rapport que nouent patient et médecin, du fait des différentes étiquettes qui leur sont rationnellement attribuées, celles-ci se juxtaposant selon les situations²⁶⁰².

1336.- Or ce ne serait pas là que la relation manifesterait avec le plus de détermination l'accompagnement. Une mauvaise définition du statut du malade ne devrait pas empêcher le corps médical de prendre en charge l'agonisant en tant que *personne*, avant d'être un malade à qui sont attribués des critères existentiels de prise en charge. Car à ce moment, l'instant de mort se fait pressant, son imminence oblige au dépassement effectif du caractère administratif et protocolaire de la prise en charge. Celle-ci devrait intégrer, sans *arithmétiser*, les obligations incombant notamment au personnel soignant du fait du respect de la Charte du patient, privilégiant les droits effectifs du mourant sur ceux des praticiens, au

²⁶⁰⁰ Nous voulons indiquer ici le rappel du dépassement nécessaire de toute taxinomie, car le fait de nommer la chose ne la rend pas plus réelle en ce sens que la chose précède le nom qui lui est donné en tant qu'elle est être pur au sens où avant son existence manifestée et nommée elle ne se détache en rien du tout dont elle procède et que c'est lorsqu'elle est nommée qu'elle se manifeste en tant que chose faisant partie du tout. Voir en ce sens les travaux de J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, ou encore dans le même sens dans *Droits premiers* du même auteur.

²⁶⁰¹ Ici nous suggérons le concept de *praxis* chez Aristote ; l'éthique en tant qu'idée, au sens platonicien de la chose, principe sous-jacent, se doit d'être mise en mouvement dans l'ordre effectif de l'actualisation substantielle des choses par une traduction pratique de son état premier indifférencié.

²⁶⁰² « Rationnellement attribuées » au sens kantien ; voir D. Folscheid, *La relation médecin-patient*, in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, Paris, 1997, pp. 247 s.

détriment de la hiérarchie des normes ; en apparence seulement, puisqu'en réalité, la Charte ne fait que rappeler **des droits constitutionnellement reconnus, sacrés, telle la dignité, et non la dignification**, faisant alors peser ce texte dans la balance des droits du mourant. Quelque soient l'âge du patient et les raisons de son décès approchant, aucun critère distinctif ne pourraient s'imposer, et ce conformément à tout droit s'opposant à une quelconque discrimination en la matière ; le droit devrait ici être vécu, et non un commandement extérieur et sans âme.

Conclusion de la Deuxième Partie

1337.- Les obligations incombant au médecin sont au commencement d'une relation médicale dont le contrat hospitalier de soins est la traduction juridique. Parmi l'ensemble de celles-ci, l'obligation d'information est à l'origine même de la relation de soins, dans la mesure où c'est de la validité de celle-ci que dépendra l'exécution de celle-là. Comprendons que le consentement, qui déclenchera la mise en œuvre de l'exécution de la convention, dépend de ce que le mourant aura reçu comme éléments informatifs. C'est en ce sens que celui-ci peut faire peser sur le médecin, ou encore sur l'établissement public hospitalier, dans la mesure de ce qui lui est accordé, soit des responsabilités-sanction, soit des responsabilités-indemnisation. Pourtant, le législateur, conscient des limites d'une extrême rationalisation des droits applicables, créant un fossé dans la relation de soins, a entendu déresponsabiliser les médecins, afin de satisfaire l'exigence d'indemnisation, avant tout, considérant que c'était là que le droit des patients devait se concentrer. En ce sens, la relation de soins a muté en **droit préventif de responsabilité pour les médecins, et droit indemnisateur, extra judiciaire, pour les malades**.

1338.- Le mourant n'a eu, toute proportion gardée, aucune consécration légale concrète dans le domaine de l'indemnisation, ce qui au demeurant n'est pas nécessaire attendu qu'il est un malade comme un autre en réalité ; ce que la Cour de cassation, ainsi que le Conseil d'Etat semblent garantir. Toutefois, les obligations incombant au médecin, dans l'accompagnement de la fin de vie, ont été réellement affectées par les réformes récentes ayant introduit une authentique assise légale à la pratique dépenalisée de l'euthanasie, sous une forme activement passive. En effet, le médecin peut désormais, sous le contrôle de sa seule appréciation épaulée

par la solidarité médicale, mettre en place un protocole d'accompagnement consistant à épuiser les possibilités de faire cesser, ou tout au moins de réduire la souffrance, jusqu'à devoir rendre nécessaire l'apaisement de celle-ci par l'administration d'un traitement ayant pour conséquence d'abrèger la vie. Et c'est l'absence de toute opposabilité à un tiers, dès le commencement, et jusque dans l'exécution de l'acte de soins (de la délivrance de l'information jusqu'à l'administration médicamenteuse) qui entâche la relation médicale dans son ensemble, d'une violation de la liberté réelle du mourant. L'autonomie de celui-ci est bien proclamée, apparaissant à plusieurs reprises dans le dispositif légal, cependant, son effectivité est en réalité impossible dans la mesure où, le seul acteur de la relation de soins, contre toute participation active du mourant, est bien le médecin. C'est lui qui, au commencement de la relation impose ses conditions, à l'occasion de la délivrance de l'information dont il décide des termes ; puis, dans l'accomplissement de ses actes, en opposant systématiquement sa connaissance comme constituant un ensemble quasi normatif, permettant de produire les conditions de la convention qui le lie au mourant, sous couvert du caractère administratif de celle-ci, puisque agissant pour le compte de l'établissement public de santé.

1339.- L'unilatéralité de ces conditions impose dès lors, bien qu'observée sous l'angle d'un droit public, qu'on les qualifie de potestatives, et en ce sens, mourir à l'hôpital doit être regardé comme un acte déraciné, c'est-à-dire n'appartenant plus à celui qui le vit, la personne physique en premier, mais à ceux qui le font vivre, ne la considérant plus qu'en tant que sujet de droit, usager de service public. La promesse de « belle mort » est donc non seulement viciée par le fait même de qualifier artificiellement la personne de « mourante », mais au surplus, par la désappropriation des droits civils premiers de celle-ci, au profit de raisons identifiées comme relevant de l'ordre public.

« Ne sais-tu pas que la source de toutes les misères pour l'homme ce n'est pas la mort, mais la crainte de la mort ? »²⁶⁰³

²⁶⁰³ Epictète, *Entretiens*, trad. C. Morana, et J.-M. Guyau, Poche, éd. Mille et Une Nuits, 2005.

Troisième.Partie.L'accomplissement de la mort : la *pseudo « belle mort »*

1340.- Succédant à une période plus ou moins longue d'accompagnement thérapeutique, la période dite du *mortem* fait entrer la personne dans l'identification quelque peu artificielle de *l'âge de la mort*. Conditionnée par la nécessité d'être définie²⁶⁰⁴, la mort obéit à des subdivisions en différents temps et critères de réalisation effective²⁶⁰⁵. Ainsi en sera-t-il de l'approche que le droit positif en donne²⁶⁰⁶, et confirmée par les différents tribunaux dans les cas pratiques posés, telle que la possibilité de prononcer un mariage alors que la personne est sur le point de mourir²⁶⁰⁷, ou encore d'admettre l'effectivité des droits d'exercice de la personnalité juridique de celui qui n'est pas encore mort. Ces périodes ne sont point aussi aisées à identifier à l'usage²⁶⁰⁸; *a fortiori* dès lors que la loi²⁶⁰⁹ et la jurisprudence qui la soutient, viennent introduire aux critères permettant d'admettre la mort, des interprétations faisant parfois anticiper le constat de mort sur la mort effective²⁶¹⁰. Toutefois, même le critère de mort cérébrale paraît désormais obsolète²⁶¹¹; la réunion de la mort biologique et de la mort juridique semble être un processus inéluctable²⁶¹².

²⁶⁰⁴ Voir par exemple une définition chez X. Labbé, *Mort*, in *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1046. Ou encore, *JO* du Sénat, *Définition juridique de la mort*, 15 février 1990, p. 324; enfin pour une première définition jurisprudentielle, voir Trib. de la Seine, 28 août 1889, *DP* 1892-2-533.

²⁶⁰⁵ Voir P. Demay de Goustine, *La détermination de la mort en droit positif*, *Rev. Droit sanitaire et social*, 1990, p. 595-614.

²⁶⁰⁶ Voir une approche constructiviste chez M. Iacub, *La construction de la mort en droit français*, in A.-M. Arborio, *Les objets du droit*, éd. Parenthèses, 1999, pp. 39-54.

²⁶⁰⁷ Voir par exemple sur le sujet, V. Larribau-Terneyre, *Consentement au mariage in extremis d'un malade semi-inconscient*, préc.

²⁶⁰⁸ P. Demay de Goustine, *La détermination de la mort en droit positif*, op. cit.

²⁶⁰⁹ La première référence à la mort cérébrale distincte de la mort biologique alors assimilée à l'arrêt cardiaque serait introduite par la circulaire dite Jeanneney du 24 avril 1968; c'est ensuite un décret n° 78-501 du 31 mars 1978 portant application de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, *relative aux prélèvements d'organes* qui définit les conditions du coma dépassé, invitant à considérer la mort cérébrale, sur les bases des observations du *Ad hoc Committee*.

²⁶¹⁰ Voir par exemple les conditions de mort en réanimation CA de Douai 16 janvier 1995, in *JCP. Clinical Molecular Pathology*, 1996, II, 22.717, note Y. Buffelan-Lanore.

²⁶¹¹ Voir en ce sens M. Maglio, *Le changement de la définition de mort chez Carlo Alberto Defanti*, *Mémoire de Philosophie*, Ss. dir. J.-Y. Goffi, 2009.

²⁶¹² Voir M. Iacub, *La construction de la mort en droit français*, op. cit, p. 54.

1341.- Néanmoins, le débat fait encore rage. Retenons que juridiquement les difficultés pourraient ressortir lorsque l'on nomme l'état végétatif²⁶¹³ qui, par assimilation, semble anticiper le constat de mort effective et juridique sur un état dit de mort cérébrale²⁶¹⁴, qui quand à lui est désormais assimilé à la mort²⁶¹⁵. Ainsi ce cap dépassé, et sans que l'on ne s'attarde réellement sur les débats sans fin liés à la détermination de la nature de l'instant de ce qui ne demeure qu'un passage d'un état à un autre, il conviendra de préciser ce que l'on entend par *instant de mort*, et ce que le droit autorise à faire en vue de garantir à la fois le basculement d'un état à un autre (**Titre.I.**), puis de préserver le cadavre de toute atteinte quant au respect qui lui est dû dans le passage à la mort juridique (**Titre.II.**) car il apparaît que les droits de l'accompagnement de la fin de vie se prolongent dans ce qui y succède et en constitue son aboutissement. S'il n'existe pas de droit à la mort²⁶¹⁶, cela ne signifie pas pour autant qu'il faille négliger juridiquement l'obligation de soins, contre toute systématisation politique de l'obstination déraisonnable qui abandonnerait le mourant à des distinctions artificielles entre « *suggetto cosciente o incosciente* »²⁶¹⁷ et pouvant légitimer l'arrivée semble-t-il imminente de la mauvaise mort, *pseudo* « *eu-thanatos* »²⁶¹⁸.

²⁶¹³ L'état végétatif permanent se caractérise par un état d'inconscience, à long terme dû à des lésions du cerveau. Les personnes qui souffrent d'état végétatif permanent ne répondent plus sur le plan organique c'est-à-dire physique ni sur le plan psychique, aux stimulations externes. A l'opposé ils n'ont pas besoin d'aide pour les fonctions vitales comme la respiration par exemple et le rythme cardiaque. Notons qu'ici, l'absence de conscience est assimilée à l'absence de souffrance. Voir les développements The Multi-Society Task Force on PVS, *Medical Aspects of the Persistent Vegetative State, Second of Two Parts*, New England Journal of Medicine, 1994, 330., et plus récemment, allant vers une évolution du concept en syndrome de l'éveil non répondant, voir R. Alleyne et M. Beckford, *Patients in vegetative state can think and communicate*, Telegraph, le 4 février 2010.

²⁶¹⁴ Sur l'impossibilité d'anticiper voir tout de même C. cass. 1^{ère} civ. 7 janvier 1997, JCP 1997, *Clinical Molecular Pathology*, II, 22.830, note B. Beignier.

²⁶¹⁵ Voir décret 2 décembre 1996, préc.

²⁶¹⁶ S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, op. cit., p. 135.

²⁶¹⁷ *Ibid*, p. 137

²⁶¹⁸ Voir F. Vialla, *Licence to kill ? Mon nom est Thanatos (...)* *Eu Thanatos*, Revue Droit et Santé, n° 40, pp. 175-176 ; et F. Vialla, *La mort sur ordonnance, en 192 heures chrono*, Revue Droit et Santé, n° 49, septembre 2012.

Titre.I.

Le temps de la mort : définition et approches jurisprudentielles

1342.- Traditionnellement l'arrêt visible des fonctions vitales permettait à l'approche de droit privé de se suffire à définir juridiquement la disparition de la personnalité juridique de la personne suite à son décès²⁶¹⁹, lorsqu'il s'agissait notamment de procéder à la liquidation des biens. Puis les critères de la mort sont devenus ceux définis par l'OMS, et repris par le CCNE dans son avis de 1984 : absence de respiration spontanée, absence de réflexe spontané du tronc céphalorachidien, absence de conscience, deviennent les moyens biologiques de dire s'il y a mort. Ces éléments sont désormais consacrés dans le Code de la santé publique à l'article R. 1232-1²⁶²⁰.

1343.- Pourtant, si ces éléments semblaient suffire afin de prononcer la mort d'une personne, et ainsi engager le processus de liquidation de la personnalité juridique de la personne physique, c'est en 1993²⁶²¹ que le Conseil d'Etat va opérer une précision de taille en la matière²⁶²², engageant alors une procédure de division du processus juridique de mort. Ainsi, le domaine de définition jusqu'alors réservé semble-t-il au droit privé, de la Cour de cassation le cas échéant, s'exprimant plus particulièrement quant à la sauvegarde de la dignité du cadavre ou encore de la dignité de la personne, s'ouvre désormais au droit public²⁶²³ « favorable à la montée des droits subjectifs »²⁶²⁴. Le Conseil d'Etat offrirait une nouvelle approche définitionnelle de la mort, créant par là de nouveaux principes généraux du droit

²⁶¹⁹ Voir A. Weil et F. Terré, *Introduction générale au droit*, 4^{ème} éd., Précis Dalloz, 1986, pp. 305 s., réactualisé, 8^{ème} éd., 2009.

²⁶²⁰ Issu du décret du 21 mai 2003, préc., et modifié par le décret du 2 août 2005, préc.

²⁶²¹ CE. Ass. 2 juillet 1993, *M.L c/ Milhaud*, *AJDA* 1993, p. 530, préc.

²⁶²² Rappelons que l'entreprise avait commencé deux ans plus tôt avec deux arrêts *Milhaud* en date du 4 octobre 1991 portant sur l'état végétatif chronique. Voir CE. 4 octobre 1991, *Milhaud*, préc.

²⁶²³ Voir par exemple CE. 6 janvier 2006, *Martinot*, in *AJDA* 2006. 757, note L. Burguorgue-Larsen, préc.

²⁶²⁴ E. Aubin et I. Savarit-Bourgeois, *Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire*, in *AJDA* 2009, p. 531.

applicables au domaine de la santé²⁶²⁵. Le rapport entre droit et médecine s'exposerait à la question de la dignité de la personne humaine, dans un mouvement allant de l'individu vers le collectif, du droit vers le « politique »²⁶²⁶.

1344.- Succombant aux appels de la médecine à définir la mort selon des critères empiriques, auxquels en réalité les médecins eux-même reconnaissent des limites²⁶²⁷, le droit positif (**Chapitre.I.**) serait tout de même encore soumis à l'incertitude, due aux considérations éphémères d'une mort dont les limites sont sans cesse redéfinies (**Chapitre.II.**).

²⁶²⁵ Voir en ce sens les positions de Franck Moderne parlant d'une démarche volontariste et d'une véritable « politique jurisprudentielle » : F. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA, p. 495 s. Voir également, le numéro spécial de l'AJDA, sur *Les droits fondamentaux*, juillet-août 1998 ; positions soutenues par les positions vue notamment dans, Rapport du Conseil d'Etat, *Rapport public 1998*, EDCE n° 49 ; la Documentation française, *Bioéthique et droit*, 1998, pp. 269 et s. ; mais aussi N. Questiaux, *L'éthique des sciences du vivant*, p. 323 s. et de J.-P. Cot, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, p. 367 s., in Z. Ouloumi, *Vers un nouveau principe général du droit : Le respect du « principe de précaution » ?*, in RAJF, 22 décembre 2002.

²⁶²⁶ Voir F. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, préc.

²⁶²⁷ P. Demay de Goustine, *La détermination de la mort en droit positif*, op. cit.

Chapitre.I. Une analyse médicale pour une définition de droit positif

1345.- Le savoir médical actuel désigne la mort cérébrale comme la mort légale²⁶²⁸, et cette conception de la mort a été largement adoptée par la communauté des juristes soucieux de respecter le droit applicable²⁶²⁹. Cette définition de la mort médico-légale, sous l'impulsion des travaux du professeur Hamburger²⁶³⁰, va muter en processus, reléguant l'idée de passage d'un état à un autre aux oubliettes d'une antique philosophie métaphysique²⁶³¹, que les langages religieux entretiendraient parfois avec les plus grandes maladroites²⁶³². Ainsi, l'idée développée par le professeur est celle d'un processus de démembrement de la vie. La mort médico-légale ne devrait plus être regardée comme un passage d'instantanéité, car, tout comme la vie, elle évolue²⁶³³. Cette solution est très rapidement retenue dans la doctrine par

²⁶²⁸ Voir l'approche devenue classique chez J.-L. Bernat, C. M. Culver, et B. Gert, *On the Definition and Criterion of Death*, *Annals of Internal Medicine*, 94, 1981, pp. 389-394 ; et J.-L. Bernat, *How Much of the Brain Must Die in Brain Death ?*, *Journal of Clinical Ethics*, 3, 1992, pp. 21-26.

²⁶²⁹ Voir en ce sens par exemple les positions de J. Michel, *Hibernatus, Le droit, et les de l'homme et la mort*, in *D.* 2005. 1742.

²⁶³⁰ Voir J. Hamburger, *Dictionnaire promenade*, in *L'Aventure humaine*, Flammarion, coll. Champs, Paris, 1992, pp. 48-50. : « Un homme en état de mort cérébrale est un homme que la vie a quitté ». Notons l'ambiguïté du langage puisque le terme *homme* demeure, même quand la vie l'« a quitté ». Pourtant, l'état de mort semblerait, dans le langage médical, dés-humaniser l'homme pour ne faire demeurer que le corps devenu cadavre. Or, ici, l'homme demeure quand la mort l'emporte.

²⁶³¹ La mort que Socrate décrit dans son ultime discours est celle du passage de l'état *sensible* à l'état *intelligible*, distinction caractéristique de toute la philosophie platonicienne. Voir Platon, *Phédon*, op. cit., 65e-81a, pp. 215-245., notamment. Toutefois, il serait injuste de ne retenir que cette seule dialectique, faisant de corps et âmes les objets sensibles ne retenant que douloureusement l'être dans le monde des illusions. Car, comme Socrate le suggère, c'est en *mortifiant* les actes des jouissances éphémères que l'âme se porte vers les essences éternelles pour alors trouver le plaisir de l'*idée* du monde intelligible. En ce sens, comprenons que le monde intelligible *d'après la mort*, n'est pas plus après qu'il n'y aurait un monde d'avant qui s'en distinguerait nettement. C'est souvent ce qui a pu être retenu de la philosophie de Platon, et cette distinction semble parfaitement erronée, et source de tous les malentendus du *pseudos*. Car si le langage limite les choses par son essence dichotomique, ce qu'il décrit est bien au-delà, et le monde intelligible de Platon ne saurait résister à cette dialectique. C'est en ce sens même que l'on peut faire état des rapprochements possibles entre la philosophie platonicienne et l'hermétique orphico-pythagoricienne, synchronisant les mondes de l'être et du non-être dans un devoir-être-agir de l'être à être ce qu'il est indistinctement avant et après sa manifestation en tant que *personne*. Voir en ce sens M. Ficin, *Argumentum, Corpus Hermeticum*, in *Omnia Opera*, 1576, p. 1836 et M. Ficin, *Theologia Platonica*, in *Opera omnia*, p. 1537, in Marsile Ficin, *Opera Omnia*, T. I et T. II, reprise de l'édition de 1576, éd. Miraval, 2008.

²⁶³² Les traditions ésotériques ne se situeraient désormais que bien souvent en marge des dogmes religieux dominants, ceux-ci préférant consacrer les rituels plutôt que les sources derrière les symboles. Voir en ce sens notamment R. Gélibert, *Philosophie de la croyance*, BPC, éd. Bière, Bordeaux-Paris, 2012.

²⁶³³ Chaque étape de la mort, du mourant au moribond, de l'agonisant à l'état végétatif chronique, de la mort cérébrale à la mort effective, chacune de ces étapes est réalisée lors du passage du vivant au mort. Toutefois, ce sont les temps de ces étapes qui ont conduit la science médicale à les saisir empiriquement de telle sorte qu'il est communément admis pour certains d'assimiler l'agonisant à celui qui est déjà mort, en ce sens qu'il s'agirait de respecter sa dignité en l'aidant à mourir, activement.

les juristes tel Savatier qui, dans un propos plus que jamais d'actualité, disposait qu'« il n'existe pas en droit positif de définition de la mort. La mort est un fait [...] A l'heure actuelle, le législateur se fit au témoignage d'un médecin. »²⁶³⁴. La processualisation de la mort (**Section.I.**) est par la suite *jurisprudentialisée*²⁶³⁵. Le juge administratif estime qu'il est désormais impossible de procéder à des expérimentations sur le corps humain de l'*être*-personne en dehors de la mort cérébrale, rappelant les conditions de la mort, introduisant et assimilant mort cérébrale et mort effective²⁶³⁶ alors que l'approche civiliste opposerait des résistances (**Section.II.**). Toutefois, l'unification des jurisprudences civiles et administratives aurait été légalement effectuée par l'introduction légale des critères de la mort, dépendant des expérimentations à visée thérapeutique (**Section.III.**).

Section.I. A considérer la mort comme un processus

1346.- Il est possible de prolonger la vie par les moyens techniques²⁶³⁷ mis à la disposition de l'homme²⁶³⁸. Nous pourrions d'hors et déjà interroger philosophiquement la perception *phénoménologiste* des enchaînements de la mort.

1347.- Si elle est un processus de dégradation, l'approche heideggerienne²⁶³⁹ nous conduirait à inverser le sens même de l'existence, et ainsi supposer que *la vie serait un processus de mort*. Dès l'instant, hypothétique, du commencement de la vie, cette dernière entrerait dans un processus d'évolution, puis d'involution, la conduisant inéluctablement vers la mort.

²⁶³⁴ J. Savatier, « *Et in hora mortis nostrae* », le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, in *D. chron.*, Paris, 1968, p. 90.

²⁶³⁵ CE. Ass. 2 juillet 1993, *M.L c/ Milhaud*, préc., concl. Kessler.

²⁶³⁶ Dans ses conclusions, Kessler assimile la mort cérébrale à la mort, justifiant un tel raisonnement *a contrario* dans la mesure où il rappelle que si la requête du professeur Milhaud est rejetée, c'est parce qu'il a procédé à des expérimentations sur la personne en état de mort cérébrale, et maintenue en état de survie artificielle. Et de telles pratiques sont attentatoires à la dignité du mort.

²⁶³⁷ Ces moyens suffiraient à eux seuls à faire ressortir la problématique de leur effectivité, attendu qu'ils sont à la fois « liberté » et « oppression » : voir S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, op. cit., pp. 104-110.

²⁶³⁸ Voir en ce sens les angoisses liées à la vie plus longue ; B. Pauvert, *Quel homme pour les Droits de l'homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique*, in J. Ferrand, et H. Petit, *Fondations et naissance des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 222.

²⁶³⁹ « Si tôt qu'un homme vient à la vie, dit le poète, il est tout de suite assez vieux pour mourir » chez Heidegger ; voir H. Pasqua, *Introduction à la lecture de Être et temps de M. Heidegger*, Ed. L'Age d'Homme, Lausanne, 1993, p. 111.

1348.- Il est extrêmement complexe de saisir une telle approche en droit positif où les juristes, mais également le législateur, ont déjà bien du mal à donner un point d'attache tant au commencement de la vie qu'à son terme. Les définitions sont évasives et suggèrent plus qu'elles n'affirment²⁶⁴⁰ inviolabilité et indisponibilité²⁶⁴¹. De plus, cette conception phénoménologique de la mort déchargerait de la culpabilité d'attenter à la dignité, celle-ci ne pouvant plus servir le plus souvent qu'à « masquer l'abandon de l'indisponibilité du corps humain »²⁶⁴².

1349.- Ainsi, le savoir médical semble dicter au juriste les solutions pratiques d'accompagnement dans la mort. C'est dans cette perspective que la loi pourrait garantir la dignité de la personne dans sa vie, et jusque dans la mort, telle que désormais la loi de 2005 l'a consacré²⁶⁴³, concrétisant les *pré*-visions de Savatier.

Section.II. Les contradictions des droit privé et droit public

1350.- Le droit public serait en parfaite adéquation à la loi attendu qu'il favoriserait l'interprétation des professionnels de santé tel que l'on a pu le voir dans l'arrêt précurseur, *Milhaud (Paragraphe.I)*. Toutefois, les résistances du droit privé se fonderaient sur des principes fondamentaux que le législateur ne saurait ignorer (**Paragraphe.II**).

Paragraphe.I. La conception publiciste dans la droite ligne d'une approche médicale

1351.- Considérons les conclusions Kessler comme permettant de justifier que mort cérébrale et mort soient assimilables, au nom du *beau prétexte* de la dignité, magnifiant la promesse de

²⁶⁴⁰ Voir en ce sens les nombreuses proclamations et déclarations relatives à la question de la dignité systématiquement mise en lien avec la question de la vie, et de son commencement, et de la mort, et les temps qui l'approchent. Voir B. Pauvert, *Quel homme pour les Droits de l'homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique*, op. cit., pp. 223 s.

²⁶⁴¹ Art. 16-1 du Code civil.

²⁶⁴² C. Neirinck, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, op. cit., p. 47.

²⁶⁴³ Art. L. 1110-5 al. 4 du Code de la santé publique.

*belle mort*²⁶⁴⁴. Après le décret du 2 décembre 1996, la loi de 2004²⁶⁴⁵ en fait une obligation légale en introduisant les conclusions de l'arrêt *Milhaud* à l'article L. 1121-14 du Code de la santé publique²⁶⁴⁶.

1352.- La création médico-légale offre une perspective schizophrène : assimilant mort cérébrale et mort, le législateur permet de déduire l'état de cadavre du patient. Or, le mourant serait déjà cadavre alors que la mort de la *personne* n'a pas été encore prononcée²⁶⁴⁷ et que, dans une perspective de droit purement patrimoniale, la liquidation des droits de sa personnalité juridique ne pourrait être entamée²⁶⁴⁸.

1353.- Rappelons que l'arrêt *Milhaud* concernait le cas d'un patient maintenu en survie somatique, ayant fait l'objet d'examens artériographiques ainsi qu'électroencéphalographiques démontrant son état de mort cérébrale²⁶⁴⁹. Le professeur Milhaud ayant procédé à ces examens, et considérant dès lors que ledit patient présentait toutes les caractéristiques propres à définir la mort de celui-ci, il procéda à de nouvelles expérimentations en vue de faire progresser les connaissances scientifiques et notamment celles sur l'état de *mourant/mort*. C'est le critère de l'expérimentation qui demeure l'argument majeur en faveur de l'admission de l'assimilation mort cérébrale/mort. Ainsi, le juge du Conseil d'Etat rejoint les conceptions doctrinales reposant sur les acquis de la médecine. L'accroissement du champ d'investigation médical va de paire avec l'élargissement de la zone mortelle. La jurisprudence administrative semble en ce sens assez ouverte à l'admissibilité de la subjectivité des professionnels de santé, afin de définir la mort selon leurs exigences.

²⁶⁴⁴ Voir G. Mémeteau, *Vie biologique et personnalité juridique*, op. cit., p. 90 s. ; ainsi que C. Labrusse-Riou, *La maîtrise du vivant : matière à procès*, op. cit., p. 90 s.

²⁶⁴⁵ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004, préc., à laquelle la loi du 2 août 2005 fait écho à l'article R. 1232-1 du Code de la santé publique permettant de définir les critères de la mort.

²⁶⁴⁶ Art. L. 1121-14 du Code de la santé publique : « Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur une personne décédée, en état de mort cérébrale, sans son consentement exprimé de son vivant ou par le témoignage de sa famille. ». Notons que la personne de confiance est exclue de ces dispositions.

²⁶⁴⁷ Par la production de l'acte de décès qui n'est pas le seul constat de décès suffisant pour déclarer la mort cérébrale et procéder aux prélèvements en vue d'une greffe d'organe.

²⁶⁴⁸ Art. 824 s. du Code civil. L'article 825 du Code civil précise conditionne la « masse partageable » au fait qu'il s'agisse des « biens existant à l'ouverture de la succession » du défunt. Voir B. Beignier, J.-M. Do Carmo, A. Fouquet, *Liquidations de régimes matrimoniaux et de successions*, 3e édition, Éd. Defrénois, 2010, *passim*.

²⁶⁴⁹ Voir P. Requena Meana, *A propos de la « mort cérébrale »*, Institut européen de bioéthique, 17 décembre 2009. ; voir encore Agence de la biomédecine, *Livret d'aide à la prise en charge des donneurs potentiels d'organe*, septembre 2010, pp. 3-5.

Paragraphe.II. Les hypothèses de résistances du droit privé

1354.- Selon la traditionnelle approche civiliste faisant de la mort juridique « l'évanouissement de la personnalité »²⁶⁵⁰, le respect de la personne humaine et du terme de sa vie²⁶⁵¹ ne pourrait valoir que pour la personne vivante. Cette conception est conforme en tout point à l'article 2 du code de déontologie médicale. En opérant un transfert analytique de la notion de personne physique à l'approche du Conseil d'Etat, nous pourrions aisément comprendre qu'en tant que cadavre, les termes ne peuvent plus se poser relativement à la question du respect de la vie. N'ayant plus de vie, au sens médical du terme, il n'y a plus de personne au sens juridique du terme. Nous retrouverions ici la consécration de la disparition de la « personnalité [juridique de] l'homme [qui] finit au moment où il meurt »²⁶⁵², préfigurant l'effacement de la *personne* selon les mots de Planiol : « les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien »²⁶⁵³.

1355.- Pourtant les différents cas de prolongements possibles, voir obligatoires, de la personnalité juridique de la personne physique, suffiraient à faire douter de l'extinction des effets de la personnalité juridique, et ainsi à appliquer au mourant comme au mort²⁶⁵⁴, la théorie de la demi-personnalité juridique²⁶⁵⁵. Ainsi en serait-il de ces moyens de persistance de l'existence que sont le testament, la notion d'injure attachée à la vie privée de l'article 9 du Code civil, le droit au respect de l'image, autant d'éléments légaux et jurisprudentiels²⁶⁵⁶. Ainsi, de l'indisponibilité du corps humain (A.), le législateur va tirer des conséquences confondant droit public et droit privé en introduisant la notion de moyen de droit soumise au droit déontologique (B.).

²⁶⁵⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome I, PUF, Thémis, 20^{ème} éd., Paris, 1996, n° 14.

²⁶⁵¹ Non pas de la mort en elle-même au sens du *mortuus* du professeur Trigeaud ; J.-M. Trigeaud, *Justice et Hégémonie*, op. cit., p. 205.

²⁶⁵² H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, Paris, 1898, p. 55.

²⁶⁵³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 3^{ème} éd., F. Pichon, Paris, 1904, p. 145.

²⁶⁵⁴ Nous ne faisons pas de différence encore dans la mesure où selon l'acception moderne, certains stades de l'accomplissement de la mort suffisent à déclarer le mourant mort. C'est en ce sens que nous comprendrons par la suite une distinction clairement exprimée entre le mourant et le mort, réfutant juridiquement l'admissibilité du critère de la mort cérébrale, car le considérant comme attentatoire à la personne métaphysiquement perçue.

²⁶⁵⁵ Voir notamment G. Timbal, *La condition juridique des morts*, Thèse, Toulouse, 1903, ; et R. Demogue, *La notion de sujet de droit*, in RTDC 1909.

²⁶⁵⁶ B. Beignier, *Vie privée posthume et paix des morts*, in D. 1997, juris, p. 255. ; TGI de Paris, 11 janvier 1997, *JCP G*, 1977, 18 711, note D. Ferrier ; P. Berchon, *La condition juridique des morts*, Thèse, Univ. Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, 1984.

A. Le prétexte thérapeutique tiré de l'indisponibilité du corps humain

1356.- L'indisponibilité du corps humain « vivant » ne vaut que dans la mesure où il n'y a pas de nécessité thérapeutique. Or le critère thérapeutique ne pourrait servir de prétexte à l'expérimentation²⁶⁵⁷ : ainsi, à la mort, la *personne* n'est plus, la personnalité juridique s'éteint, l'exception d'inviolabilité cesse, l'indisponibilité s'achève. Canguilhem affirme la nécessité de l'expérimentation pour le progrès scientifique. Cette vision empirique de la connaissance médicale a conduit à traduire cette conception de la nécessité du bien commun en droit, au moyen d'une éthique kantienne²⁶⁵⁸. C'est ce que l'article L. 1121-14 du Code de la santé publique énonce le plus clairement possible.

1357.- Ainsi, Kessler approuvait l'expérimentation médicale dans ses conclusions, à condition que la personne concernée ait donné son consentement de son vivant, ou encore un de ses proches, et ce conformément à la loi de 1968²⁶⁵⁹ ainsi qu'au décret d'application y faisant écho de 1978²⁶⁶⁰, dispositifs associés à la loi de 1988²⁶⁶¹ portant création de comités d'éthique en matière de recherche *biomédicale*.

1358.- Le législateur reprendra dans la loi du 2 août 2005, quasiment à l'identique, théoriquement en tout cas, l'esprit du législateur d'alors. Afin d'appuyer l'hypothèse de l'expérimentation en vue de consacrer l'affirmation de l'assimilation mort cérébrale/mort, le Conseil d'Etat précisait que l'expérimentation est l'occasion de faire valoir les arguments de la médecine. Le juge du Conseil d'Etat sous entendait alors que le droit se doit d'être inféodé aux arguments avancés par la recherche médicale et ce afin de s'approcher au mieux des connaissances empiriques médicales, tant dans ses intitulés légaux que jurisprudentiels. Il précisait, et ce afin de relativiser toute inféodation totale au médical, que les arguments médicaux ne pourraient prévaloir que dans la mesure où les arguments de droit ne seraient écartés. Il en serait ainsi de l'établissement du consentement éclairé ; celui-ci ne pourrait être

²⁶⁵⁷ Voir G. Mémeteau, *Vie biologique et personnalité juridique*, , op. cit., p. 90.

²⁶⁵⁸ Voir G. Canguilhem, *Etudes d'histoire et de philosophie des sciences*, Vrin, Paris, 1991, pp. 387-389.

²⁶⁵⁹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, *portant réforme du droit des incapables majeurs*.

²⁶⁶⁰ Décret n° 78-435 du 29 mars 1978, *relatif à l'absence et à la protection des incapables majeurs*.

²⁶⁶¹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, *relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, modifiée par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, *portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*.

écarté, sauf circonstance exceptionnelle ; l'urgence sera admise en l'espèce dans le dispositif légal qui suivra²⁶⁶².

1359.- Pour finir, alors même que l'absence de consentement apparaissait caractérisée, le Conseil d'Etat écartait l'application des articles 2, 7 et 19 du Code de déontologie médicale au motif qu'ils ne pouvaient concerner que les vivants. Dès lors le Conseil soutint la thèse selon laquelle la mort cérébrale équivaut à la mort totale, afin de ne faire reposer sa décision que sur le volet disciplinaire, et d'écarter toute faute. Ce fut le temps de la consécration prétorienne de l'avis remis par le Comité Consultatif National d'Ethique en 1988, et ayant conclu en ce sens, relativement aux expérimentations sur les sujets en état de mort cérébrale²⁶⁶³. Le comité prenait alors position en faveur d'une conception extensive de la notion afin de justifier les possibilités d'expérimentations durant cette période qui ne peut durer « que quelques jours »²⁶⁶⁴.

B. Moyen de droit et action disciplinaire

1360.- La notion de *moyen de droit* trouva une réponse en l'espèce, et ce en assimilant l'atteinte potentielle au cadavre non plus comme une pure fiction de moyen juridique, mais encore comme une simple factualité avérée. C'est ainsi que le contentieux devint disciplinaire, ne faisant état que d'une faute déontologique²⁶⁶⁵, rappelant que si le cadavre est un objet, le respect des principes déontologiques fondamentaux, relatifs au respect de la personne humaine, s'impose même après la mort du patient.

1361.- Consacrant un nouveau *principe général du droit*, en reconnaissant le prolongement des droits de la personne dans le « sujet » qu'est le cadavre, entretenant une certaine confusion quant à la conception même du mort, le Conseil d'Etat élabore le droit du respect

²⁶⁶² L'introduction de l'urgence comme cause de renoncement à la recherche du consentement sera l'objet de la loi bioéthique de 1994 portant rédaction de l'article 16-3 du Code civil.

²⁶⁶³ CCNE, Avis n° 12, *Avis sur les expérimentations médicales et scientifiques sur des sujets en état de mort cérébrale*, préc.

²⁶⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁶⁵ Ni pénale, car en parallèle de l'instance administrative, une instance pénale a été engagée pour coups et blessures volontaires. Le recours a cependant été rejeté car ce grief ne peut s'appliquer qu'aux personnes vivantes. Le magistrat a donc considéré le patient comme mort.

dû au mort compte tenu de ce que le juge estime être la traduction juridique des valeurs présentes et reconnues dans la société²⁶⁶⁶.

1362.- D'un point de vue matériel, le principe préexistait, reposant sur des conceptions de droit privé disposant qu'il n'existe pas de principe général de disponibilité du corps humain après la mort²⁶⁶⁷. Cette position était soutenue par le comité qui rappelle que « l'intérêt de la recherche scientifique est à prendre en considération, mais nous devons placer en premier le respect dû à la personne et à la dépouille mortelle, la loyauté vis-à-vis des volontés du défunt »²⁶⁶⁸. C'est en ce sens que, formellement, le principe dégagé viendrait en réalité consacrer une conception globale de la mort, une approche morale qui, comme le notait le professeur Chapus, a permis de faire de ce principe un « serviteur de la loi » et un « censeur des décrets »²⁶⁶⁹. La nécessité de qualifier une faute en fonction d'un texte s'éteint en même temps que l'atteinte à la personne, puisque cette dernière n'est plus. L'approche se contente d'une règle de droit privé faisant base légale, et l'atteinte au cadavre pourra désormais se substituer en tant que moyen disciplinaire²⁶⁷⁰.

1363.- Une telle solution, ainsi consacrée depuis par la loi, dépassant l'obligation déontologique sur les fondements du principe général du droit alors dégagé, pousse à considérer l'extinction d'une mort passage. Lorsque la mort devient un processus, et que les juristes calquent l'application du droit sur une telle conception, le libre arbitre que le patient pourrait avoir quant à la conception de sa propre mort soulèverait une nouvelle problématique.

1364.- Le droit à garantir la dignité de la personne se devrait d'aller jusqu'à permettre à une *personne* d'avoir la mort digne telle qu'elle le conçoit, y compris lorsque sa confession, ou encore sa croyance viennent contredire les arguments médicaux. Il ne s'agirait pas ici de remettre en question la jurisprudence *Sénanayaké*, dans la mesure où les circonstances ne

²⁶⁶⁶ C'est même tout l'enjeu des principes généraux du droit sur lequel repose tout l'édifice du droit administratif. Voir en ce sens CE. Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. 133 ; *D.* 1945. 110, concl. Chenot, note Soto ; *RDJ* 1944. 256, concl. Chenot, note Jèze ; *GAJA*, n° 57. ; CE. Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. 213 ; *S.* 1946. 3.1, concl. R. Odent ; *D.* 1946. 158, note G. Morange ; *EDCE* 1947. 48, concl. R. Odent.

²⁶⁶⁷ Ainsi, le droit reconnaît-il l'interdiction des diffamations et des injures contre la mémoire des morts. Il est même admis le pouvoir de la volonté humaine même après la mort, par le biais du testament.

²⁶⁶⁸ CCNE, Avis n° 12, préc.

²⁶⁶⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, op. cit., pp. 85 s.

²⁶⁷⁰ Note Kessler, pp. 205 s.

correspondaient pas à l'hypothèse d'une personne ayant connu une longue dégradation de son état de santé. Ici il s'agirait à proprement parler du respect de la vie privée, et ce à raison de la croyance, désignée sous l'intitulé de la liberté de religion, ou encore la liberté d'expression, celles-là même garantie par le droit constitutionnel²⁶⁷¹, mais également le droit communautaire²⁶⁷², et bien évidemment le droit interne légal et réglementaire²⁶⁷³. Plus *élevé* encore qu'un droit, la garantie de la croyance, qu'elle soit profane ou sacrée, en tant que source de toute dignité de la personne, est aux fondements des droits du *sujet*, et devrait en ce sens entrer dans les termes de la l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, comme pouvant justifier d'une volonté de faire cesser un traitement par exemple.

Paragraphe.III. L'unification légale sur fonds de droits de l'homme

1365.- Les juges, tant civils qu'administratifs, mais également le législateur de 2002 ont rappelé à plusieurs reprises à quel point il était essentiel de garantir la possibilité pour le malade, *a fortiori* mourant, de s'accomplir dans sa foi, sa croyance, plus largement son intimité, la mort faisant partie intégrante de l'accomplissement d'une destinée, de l'achèvement d'un destin²⁶⁷⁴.

1366.- C'est en considérant l'homme uniquement sous le rapport empirique de cellules matérialisant la vie, que le droit, assujetti à la médecine, empièterait sur le fondement même du respect de la dignité de la personne²⁶⁷⁵. **Il n'y aurait plus *personne*, mais sujet de droit uniquement saisi sous l'angle de l'homme, un homme individuellement reconnu, et sujet de droit juridique, puis collectivement appréhendé, pour en faire un sujet social.** Le

²⁶⁷¹ Par l'intégration de sa garantie au champ d'application de la vie privée et de la liberté d'expression dans l'article 1 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. .

²⁶⁷² Art. 9 CEDH : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion », suggère que la liberté de conscience doit être renvoyée à la liberté d'expression de l'article 10 pour une manifestation extériorisée de celle-ci

²⁶⁷³ Selon l'article 1^{er} de la Constitution française de du 4 octobre 1958, sur lequel repose tout le dispositif relatif au respect du principe de laïcité qui trouve des prolongements tant en matière administrative qu'en matière de droit privé, « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » Notons alors que le terme de « croyance » est préféré à celui de « religion » afin de suggérer une liberté plus large de conscience que la commission Stasi estimait être le « second pilier de la laïcité », après la neutralité de l'Etat. Voir Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, ss. Dir. B. Stasi, 11 décembre 2003, Documentation française.

²⁶⁷⁴ Voir J. Ferrand et H. Petit, *Fondations et naissances des Droits de l'homme*, op. cit., pp. 105 s.

²⁶⁷⁵ Voir G. Mémeteau, *Vie biologique et personnalité juridique*, , op. cit., p. 90.

mourant serait en ce sens déchiré entre sujet de droit et sujet politique, objet de concordances entre les principes du droit et les exigences techniques du politique²⁶⁷⁶.

1367.- L'anticipation sur le prononcé de la mort, à des fins d'intervention thérapeutique, constituerait en ce sens une caractéristique technique, d'ordre public, de la garantie du prélèvement d'organe que le droit se doit d'encadrer, afin d'en préserver les débordements patrimonialisant le corps humain. La dignité servirait d'alibi car si la personne n'est pas morte, sa personnalité juridique continue à exister au sens juridique du terme. Afin de procéder à un acte de prélèvement, il doit être reconnu que le patient, de son vivant, a donné son accord, ou qu'un de ses proches puisse l'attester. Il s'agit de la garantie de son consentement, un des éléments propres à garantir la dignité de la personne. Il doit être également reconnu que son état de mort cérébrale présente une irréversibilité, le vouant à une mort inéluctable, ce qui constituerait une atteinte naturelle à sa dignité, la mort conduisant à la fin de la dignité de la personne pour ouvrir à un nouveau régime juridique, celui de la dignité du cadavre.

1368.- Aujourd'hui encore, opérant un paradoxe interprétatif, la mort cérébrale se doit d'être distinguée, en droit, de la mort « totale ». Le cas *Milhaud*²⁶⁷⁷ constituerait une ouverture à l'extension de la zone expérimentale dans le champ du droit allant vers la mort, mais ne pourrait résumer la définition évolutive de celle-ci. Ainsi le juriste doit-il souffrir de la dualité de la mort à l'épreuve de l'unité de la dignité.

²⁶⁷⁶ Voir J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 157.

²⁶⁷⁷ CE., *Milhaud*, préc.

Chapitre.II. Considérations évanescentes sur état végétatif chronique et mort cérébrale.

1369.- Bien que les distinctions artificielles des différents temps de la mort ne puissent résister à l'unicité de la mort, leur persistance nécessite quelques éclaircissements quant à leur caducité. La mort cérébrale, ou en tout cas la destruction de l'appareil encéphalique, suffirait à désigner la mort (**Section.I.**). Toutefois, les confusions liées à l'assujettissement du droit à la science médicale (**Section.II.**) conduiraient à assimiler les frontières (**Section.III.**) ce contre quoi seul le juge pourrait être garant des droits de la personne (**Section.IV.**).

Section.I. Mort cérébrale, mort médicale

1370.- La mort cérébrale est celle qui définit l'état dans lequel se retrouve la personne dont la vie n'est plus subordonnée qu'à l'intervention extérieure d'un système d'appareillage²⁶⁷⁸, rendant possible le fonctionnement, devenu aboli, de l'ensemble des facultés innées du système parasympathique. Ainsi en est-il de la respiration, de l'activité cardio-vasculaire ainsi que de l'activité du tronc cérébral²⁶⁷⁹. Cet état est souvent considéré comme le seuil de la mort, mais aussi souvent comme le mort elle-même, le critère dit de l'absence de conscience permettant de la rendre effectivement réalisée. La conscience étant largement assimilée à l'activité cérébrale, dès lors que celle-ci est abolie, la première le serait également.

1371.- Pourtant, si l'amalgame est fait entre mort cérébrale et activité céphalique, cela n'est possible que par une approche empirique et fonctionnaliste du cerveau, et plus largement de la vie. Le droit suivrait en ce sens une conception phénoménologique et empiriste des critères de la vie, considérant que la dignité ne pourrait se situer que dans la vie du cerveau, et que dès lors que celui-ci semble détruit, alors il serait possible de ne plus considérer la personne humaine, mais par anticipation à la réalisation de la mort effective, le cadavre.

²⁶⁷⁸ Voir la position du CCNE, Avis n° 12, préc., précisant que « la mort cérébrale signifie l'arrêt irréversible de toute activité du cerveau (hémisphères et tronc cérébral). Elle correspond à une destruction de l'ensemble des cellules cérébrales. Le cerveau est mort, mais les autres organes fonctionnent parce qu'ils sont irrigués par un sang dont la teneur en oxygène et gaz carbonique est maintenue au niveau physiologique grâce à la respiration artificielle. »

²⁶⁷⁹ Art. R. 1232-1 du Code de la santé publique.

1372.- Or l'enjeu est de taille et les conséquences peuvent être irréversibles. Car il n'est pas rare de voir certaines personnes plongées en état végétatif, ou encore dans un profond coma « revenir à elles », alors qu'aucun pronostic vital ne pouvait laisser penser que la mort ne se réaliserait pas. Et sans porter notre attention sur tout un tas de propos relevant de pratiques occultes et parapsychologiques, nous devons admettre qu'il apparaît un doute raisonnable, dans la totalité des critères de la mort, dès lors même que la vie est maintenue artificiellement, tant la survie du système parasympathique de l'être semble pouvoir permettre la survie d'une autre matière exprimant la vie, une matière invisible à l'œil, tout au moins par certains appareillages ultra perfectionnés. Les conséquences immédiates de nature légale étant alors que la personne deviendrait objet de droit, les garanties dues au mort s'appliquant exclusivement.

Section.II. Le droit assujéti au médical ou l'insaisissable instant de mort

1373.- Le droit serait alors impuissant à protéger cet instant de mort non réalisé.

1374.- Autrefois assimilé à l'état végétatif, l'état de mort cérébrale n'est point la mort selon l'application stricte du droit du Code de la santé publique. Ainsi l'article R 1232-1 du Code de la santé publique en ce qu'il définit la mort, est bien distinct de l'article R 1232-2 du Code de la santé publique qui quant à lui fait état de la mort clinique. Il y aurait alors trois états relatifs de mort, et pouvant exister successivement, dans un enchaînement d'événements certainement imperceptibles le plus souvent.

1375.- Toutefois, ces distinctions auraient leur importance lorsqu'un contentieux existerait au sujet du respect des droits applicables. Le sujet en état de mort clinique n'étant pas le sujet en état végétatif, mais pouvant tout comme lui bénéficier du droit au respect de sa dignité, car il serait toujours considéré comme une personne vivante. Ainsi serait-il sujet à préjudice réparable en vertu de l'évaluation de son *pretium doloris*.

1376.- En revanche, l'état de mort cérébrale ne pourrait emporter pareille conséquence. Ainsi, et en vue de justifier d'un état à caractère irréversible, conformément au texte de loi, le

législateur a entendu restreindre le constat de mort par des examens supplémentaires²⁶⁸⁰. Or, le critère de conscience n'apparaît pas directement comme condition suffisante, au même titre que les deux autres critères relativement à l'état dit de mort clinique ; il apparaît nécessaire, pour opérer une définition effective de la mort, de s'en remettre à la définition de la mort réalisée, que l'on trouve à l'article R 1232-1 du Code de la santé publique qui précise que « si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : [ici seul le premier critère nous importe les autres étant parfaitement identifiable sans l'ombre d'un doute] Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée [...] »²⁶⁸¹.

1377.- Ainsi, la mort effective, seule, présuppose la possibilité de l'absence d'une vie par la conscience, comme critère de constat de mort, la mort clinique devant être précisée pour être admise en tant que telle, et dès lors a un statut indépendant de celui de la mort effective.

Section.III. Les assimilations des frontières de l'existence

1378.- *Les frontières de la vie* n'offrent guère de certitudes aux juristes dans la mesure où leur indétermination obligerait en réalité à couvrir les zones que le droit positif ne veut pas connaître : avant la vie, et après la vie²⁶⁸², nécessitant de prolonger les droits de la personnalité juridique dans ces périodes d'incertitude « matérialiste »²⁶⁸³. La distinction qui est opérée entre ces deux états de mort semble semer le trouble là où en réalité le droit applicable n'offre aucun doute possible. Le droit positif tranche là où son application a pu varier selon les époques quant aux frontières entre la vie et la mort²⁶⁸⁴. C'est en ce sens que

²⁶⁸⁰ Nous rapportons ici le texte de l'article afin de donner un accès facilité à un élément de droit fondamental dans la problématique qui est la notre. Article R 1232-2 du Code de la santé publique : « Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie. De plus, en complément des trois critères mentionnés à l'article R 1232-1, il est recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique: 1° Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisées avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat est immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation; 2° Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat est immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation »

²⁶⁸¹ Art. R 1232-1 du Code de la santé publique.

²⁶⁸² Voir X. Labbé, op. cit.

²⁶⁸³ Voir P. Berchon, *La condition juridique des morts*, op. cit., p. 69

²⁶⁸⁴ Voir A. Leca, *La dernière frontière : variations historiques sur la personnalité juridique des morts*, in M. Lafourcade, *La Frontière des origines à nos jours*, Actes des journées de la Société Internationale d'Histoire du droit, Bayonne, 15, 16, 17 mai 1997, Presses Univer. de Bordeaux, 1998, pp. 129-156.

des persistances de la *personne*, par delà la mort, pourraient être aujourd'hui encore admissibles, bien que le droit positif semble s'y opposer²⁶⁸⁵. Et si les recherches consacrées à ce débat devraient nécessairement intégrer les acquis de la science médicale, nul doute que la distinction mort cérébrale/ mort juridique ne pourrait résister à l'absence de fondement éthique et métaphysique permettant d'affirmer que le dernier souffle de la vie fait cesser la personnalité²⁶⁸⁶.

1379.- L'assimilation de l'une à l'autre pose un problème majeur, car elle se fonde sur le critère de conscience²⁶⁸⁷. Le Conseil d'Etat a été le premier à exiger et opposer ce critère non reconnu par la loi comme critère nécessaire et distinctif d'un état de vie à un état de mort. L'effectivité de l'avis du CCNE, relatif aux critères de la mort, semble évidente dans la mesure où les faits de l'arrêt *Milhaud* se sont déroulés en 1988, comme si, et nous prenons la responsabilité d'une telle hypothèse assez aventureuse, le Professeur Milhaud avait mis en pratique les recommandations du comité, au titre d'une expérimentation juridique. En effet, le terme même de conscience présuppose l'existence d'une problématique philosophique, face à l'exigence d'une rationalisation des critères du constat de la mort²⁶⁸⁸. Lorsqu'il est aisé de vérifier l'activité spontanée du cœur ou de la respiration, comme il est tout aussi aisé de constater si le cerveau continue à émettre des signaux d'une activité sur un plan électromagnétique, l'activité de conscience semblerait quant à elle opposer une résistance²⁶⁸⁹.

1380.- Pourtant, assimilée à l'activité motrice spontanée²⁶⁹⁰, elle s'en différencie par l'existence possible d'une activité, d'un mouvement autre que celui du corps²⁶⁹¹. Ainsi le

²⁶⁸⁵ Voir une approche qui jugerait « opportun que soit consacrée, après la mort, une survie du sujet de droit pour opposer une résistance à la dissolution inéluctable de la personnalité. » : F. Ringel et E. Putman, *Après la mort...*, in *D., chron.*, XLVII, 1991, p. 241.

²⁶⁸⁶ A. Leca, *op. cit.*, p. 132.

²⁶⁸⁷ Celui-ci n'est pas mentionné tel quel, cependant, les tests EEG sont bel et bien ceux qui permettent de déterminer le constat de mort.

²⁶⁸⁸ Entre idéalisme lockéen faisant de la conscience une perception de l'existence et réalisme leibnizien considérant la conscience comme existence elle-même.

²⁶⁸⁹ Il ne conviendrait pas pour autant d'entendre par là une survie des morts, au sens d'une vie antérieure à la mort. C'est en ce sens d'ailleurs que se serait lointainement fondé le droit opérant une nette et nécessaire distinction entre la vie et la mort ; voir en ce sens la sentence *de cura pro mortuis gerenda* chez Saint-Augustin, *La Cité de Dieu*, Œuvres II, Bibliothèque de la Pléiade, 2002, Liv. XII, chap. XIII, où il fonde la pratique du droit canon d'alors, niant la possibilité d'une communication entre les vivants et les morts.

²⁶⁹⁰ Art. R. 1232-1 du Code de la santé publique.

²⁶⁹¹ Il n'y a que peu de témoignages faisant état d'une vie spirituelle du mourant. Toutefois, celui d'un médecin prendrait une perspective toute particulière compte tenu de la position bien souvent matérialiste de la médecine. Voir en ce sens E. Dudoit, *Du savoir sur soi à la connaissance de soi, du chemin de l'expérience à celui de l'amoureux*, in SFAP, *9^{ème} congrès national*, 2003, pp. 239 s., qui parle de « l'expérience psychique et/ou spirituelle que le cancer déclenche ou enclenche par sa présence physique ».

débat sur *les états de mort* nous invite-t-il à introduire l'idée du doute raisonnable, afin de défendre la thèse selon laquelle assimiler mort effective et mort cérébrale présente le danger d'interrompre un processus de vie dont on ne connaît, en réalité, pas exactement le terme²⁶⁹², au même titre que l'on n'en connaît pas exactement le point de départ ; les deux termes étant de toute évidence désormais cernés par la *bioéthique*²⁶⁹³.

Section.IV. Le juge et le *doute raisonnable*

1381.- Lorsqu'il existerait un doute raisonnablement admissible, le juge se devrait de préserver l'espace privé du mourant de toute intrusion de la prise de décision arbitraire qui pourrait mettre un terme ou au contraire prolonger quoi que ce soit, contre la volonté exprimée ou non de celui qui se trouve être au centre d'une telle problématique²⁶⁹⁴. C'est au droit que le juge interprète, d'être le premier garde fou de tout jugement hâtif du personnel soignant qui se penserait pouvoir espérer ou désespérer de l'état de celui dont il ne voit qu'une enveloppe, et dont rien ne pourrait prouver que, si les apparences ne font pas état d'une effectivité de la vie, il n'en existerait pas pour autant une forme de persistance qui se devrait à ce titre d'être garantie et protégée, comme l'y oblige l'application stricte de l'article 16 du Code civil, relativement à la protection de la vie dès son commencement ; sous entendue jusqu'à sa fin.

1382.- Le seul code civil, et plus largement, le seul droit privé des libertés individuelles de la *personne*, permettrait en l'espèce de préserver la personne mourante de telles intrusions, le *doute raisonnable*²⁶⁹⁵ devant nécessairement être à son bénéfice, au bénéfice de ce qui lui serait le plus favorable. Il s'agirait bien évidemment de présumer de la persistance de la vie, derrière les critères de la mort cérébrale.

²⁶⁹² Voir M. Iacob, *La construction de la mort en droit français*, op. cit, p. 49.

²⁶⁹³ Voir par exemple sur le traitement des deux termes, S.-M. Barbellion, *Bioéthique du début à la fin de la vie humaine*, L'Harmattan, 2006, pp. 83 s. quant à « la fin de la vie humaine. ».

²⁶⁹⁴ Voir en ce sens nos développements sur l'expression de la volonté et du consentement admissible à l'acceptation ou au contraire au refus de soins suivis de nos développements sur la possibilité de revenir sur une déclaration d'acceptation ou de refus.

²⁶⁹⁵ Si le doute raisonnable est le fondement du droit anglo-saxon, le juge français quant à lui s'exprime selon son intime conviction. Toutefois, ici l'idée du doute reposerait sur les théories cartésiennes du doute méthodologique introduisant les aspects matérialistes de la science dans la doctrine juridique. Sur le *doute* en matière pénale, voir M.-C. Guérin, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002 vol. n° 18. ; ou encore M.-C. Guérin, *Mythe et réalité du doute en matière pénale*, in *RSC* 2002, p. 283.

1383.- C'est donc au juge de se faire le garde-fou de telles interprétations qui ne peuvent être conforme à l'esprit du droit. Le seul fait d'invoquer l'assimilation entre état de conscience et activité motrice spontanée n'est point admissible, car, si une telle double exigence est formulée en un seul et même alinéa, l'adjonction de la conjonction de coordination suffit à admettre, au nom d'une interprétation des plus littéraliste, le fait que cela ne soit pas un seul et même critère, et que la conscience est donc bien distincte de l'activité motrice spontanée²⁶⁹⁶.

1384.- Ainsi, en exigeant une interprétation un peu plus approfondie, il devient admissible de reconnaître que l'état de conscience serait une porte ouverte à l'interprétation d'exégèse rendant caduque l'aspect méthodologique du doute raisonnable cartésien. Il ne pourrait y avoir qu'une certitude : la vie ne se résumerait pas à la seule apparence matérielle, et les références médicales ne suffiraient pas à prouver le caractère suffisamment effectif de leurs conclusions, permettant d'influer en matière juridique. **C'est parce que ce qui n'est point certain ne peut être admis comme fondement de conclusions de nature juridique emportant force de chose jugée, que les juges se doivent de refuser de protéger les praticiens assimilant un statut à un autre et, eux-mêmes d'opérer de telles confusions. Le droit se serait bien trop médicalisé.**

²⁶⁹⁶ La première condition de l'article R. 1232-1 du Code de la santé publique est ainsi formulée : « Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ».

Chapitre.III. L'application *in concreto* du droit de la *personne* au mourant.

1385.- De toute évidence, le critère de la conscience ne devrait pouvoir être considéré autrement que comme une présomption *juris et de jure* de persistance de la vie²⁶⁹⁷, en ce sens que nul ne pourrait en démontrer ni le fait avéré, ni le contraire, lorsque celle-ci serait associée à la vie cérébrale du mourant. Ainsi c'est le concept de doute raisonnable, philosophiquement saisi, non reconnu en quelque sorte en tant que tel en droit français, qui devrait permettre au juge de statuer en vertu de son pouvoir absolu à exprimer son intime conviction. Il est le garant de la plus haute exigence admissible eu égard à son devoir d'encadrer les pratiques médicales, au moyen de principes juridiques que la loi exprime.

1386.- Il convient ainsi de comprendre que le juge n'est point ici seulement « la bouche de la loi »²⁶⁹⁸, mais tout au contraire celui qui serait à même de saisir les déséquilibres ayant pu rompre l'harmonie contractuelle existant entre patient et *corps* médical. Il se devrait alors de statuer non seulement sur le droit positif applicable strictement, mais au surplus, et en amont de cela, en vertu d'un *droit premier* qui reconnaît comme essentiel et indépassable le statut de personne humaine, de celui qu'il doit considérer comme le plus faible, à savoir le malade. Or cet état de faiblesse doit être examiné comme un principe d'interprétation de ses droits²⁶⁹⁹ à raison de son état de santé comme inféodé *au doute de la vie* (**Section.I.**), mais aussi et peut-être plus encore de son ignorance chronique face aux différents langages de la médecine et du droit, ce qui devrait rendre caduque toute considération strictement médicale (**Section.II.**).

²⁶⁹⁷ Les cas de présomption irréfragable sont extrêmement restreint en droit. Toutefois, en matière de droits de la personne, nous supposons qu'il serait opportun de faire primer une pareille obligation afin de préserver l'impossibilité d'en rapporter la preuve contraire ; ce qui caractérise la preuve irréfragable. Voir lexique des termes juridiques, op. cit., pp. 329 et 432.

²⁶⁹⁸ Expression traditionnellement attribuée à Montesquieu dans son *De l'esprit des lois*.

²⁶⁹⁹ Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Le droit du plus faible*, in *L'homme coupable*, op. cit. Voir également la thèse en cours réalisée sur le sujet du droit du plus faible comme principe d'interprétation du droit civil patrimonial, par Sabine Kadem-Tomc.

Section.I. Sur la base interprétative du *doute*

1387.- Le juge va fonder son intime conviction à raison de l'inexistence d'un critère positif, élément déterminant dans la prise de décision du corps médical. Il n'y aurait aucune certitude quant à l'équivalence des états de mort avec la mort effective. La majorité des actes médicaux sont pratiqués sans aucun contrôle *a priori* ni *a posteriori*, alors que reposant et étant inféodés aux droits de la santé, droit déontologique, droit administratif, eu égard au statut de sujet agent d'un service public, ainsi que droit privé au regard de la personne physique. Cela signifie que c'est au patient, ou encore à ses ayants droits de saisir les juridictions, exception faite de l'instance disciplinaire, afin de faire dire droit lorsqu'une *carence* leur est apparue avérée.

1388.- Pourtant, pour soutenir une authentique **personnification du droit du mourant**, il suffirait d'admettre que le *doute raisonnable* puisse être ici introduit au moyen de l'indisponibilité du corps humain²⁷⁰⁰, en ce sens que le corps médical ne pourrait disposer librement de celui dont l'ensemble des critères de vie ne seraient pas avérés, *a contrario* des critères de l'établissement juridique de mort. Le mourant, par anticipation sur sa mort, suivrait en ce sens les traces d'Antigone, celle-ci incarnant « l'exigence éternelle »²⁷⁰¹ reposant sur l'idée que « la dépouille de la personne conserve quelque chose de sa dignité »²⁷⁰².

1389.- Pour reconnaître la vie, le législateur exige que l'être humain soit réputé né vivant et viable ; cela constituerait la seule définition de la vie en droit positif. Le mourant, agonisant serait bien vivant, et même si le pronostic de viabilité est engagé, nul ne saurait lui porter atteinte au même titre que, nul ne saurait porter atteinte à l'être humain né vivant et dont le pronostic vital serait engagé²⁷⁰³. Cela signifie que le juge se devrait de pouvoir vérifier que la conscience est un critère que seul le malade ou encore ses ayants droit exigent. La loi le garantirait, mais, puisque seul le mourant serait à même de juger de l'opportunité de l'abandon thérapeutique, de mettre un terme à toute obstination déraisonnable, conformément à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, il ne pourrait lui appartenir qu'à lui de

²⁷⁰⁰ B. Pauvert, in J. Ferrand, et H. Petit, *Fondation et naissance des droits de l'homme*, op. cit., p. 224.

²⁷⁰¹ *Ibid.*

²⁷⁰² J. Savatier, *Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui*, in *LPA*, 14 juillet 1994, n° 149, p. 9.

²⁷⁰³ Le plus souvent, lorsqu'un enfant né et que son pronostic vital est engagé, le médecin réanimateur pratiquera une réanimation d'attente. Ce n'est qu'après observation que l'arrêt de soins pourra être proposé aux parents. Voir Sénat, Etude de législation comparée, n° 184, *Les enfants nés sans vie*, avril 2008.

définir sa conception de la conscience, à laquelle le juge devrait appliquer le meilleur raisonnement de justice.

1390.- Descartes et ses successeurs idéalistes ont assimilé le *doute raisonnable* à une certaine métaphysique méthodologique du doute. Cette métaphysique là n'est en aucun cas celle dont l'authenticité repose sur des principes stables, dont il n'est point admissible de reconnaître le caractère aléatoire.

1391.- Comprenons en ce sens que la conscience en est un aspect, à raison de son effectivité ; et c'est cette effectivité qui rend stable et certain le principe dont elle dépend. Partant de la *pré-existence* de l'*être*, principe indépassable assujettissant toute manifestation relevant de l'*être* ou encore de la chose par l'*être*, le mourant ne peut voir son statut de personne humaine dépassé par des suggestions contingentes, empruntes de doutes existentiels, et niant le degré ontologique d'existence de la personne. **Le seul fait qu'il soit considéré à raison de son état de malade, et ainsi comme un simple étant, ne pourrait nier sa conceptualisation première en tant que personne.**

1392.- Le mourant serait avant tout sujet de droit, s'appuyant objectivement sur son état de personne comme principe d'interprétation le plus élevé dans l'ordre des principes, permettant de regarder les droits de la personnalité juridique. Le juge serait soumis dès lors, non pas au principe du doute raisonnable, mais bien plus encore, à la nécessité de faire valoir ce qu'il y a de plus élevé dans les éléments permettant de protéger la personne d'elle-même ou de l'extérieur, à savoir le fait que non seulement son existence n'est point dirigée par elle-même ni autrui, mais au plus haut, que la conscience d'elle-même ne peut être certaine ni pour elle-même ni encore *a fortiori* pour qui que ce soit qui l'entoure, extérieurement et subjectivement. Car, en effet, **une telle interprétation, faisant du critère de conscience un élément observable au même titre qu'un battement de cœur, ne peut être autrement considérée que comme un idéalisme subjectiviste, privilégiant le moins évident sur le plus évident : l'incertitude de l'être sur la certitude de l'être ; l'absence de conscience présumée et invérifiable sur l'existence liée à la conscience qu'il est impossible prouver. Pourtant c'est de la conscience qui devrait primer en tout point, comme élément faisant nécessité d'admettre l'applicabilité du droit de la protection de la vie de son commencement jusqu'à sa fin, effective.**

1393.- Le caractère spéculatif de la mort ne pourrait suffire à rendre réalisable une interprétation qui mettrait la vie au second plan, à raison de l'exigence de satisfaire à l'expression d'un droit niant l'existence comme principe, ayant autorité sur son émergence et sur son application en termes d'interprétation, dans les tribunaux.

Section.II. Le droit *premier* de la *personne première*

1394.- La mort clinique et l'état végétatif ne seraient que des états intermédiaires que le droit ne pourrait reconnaître qu'en tant que tel, et non point en tant que mort effectivement réalisée. S'ils sont autant d'état de mort assimilés à la mort juridique dans le langage médical, le droit ne pourrait reconnaître être sous l'emprise d'un tel langage, et se devrait d'imposer son propre langage qui fait primer *l'être* sur la chose par *l'être*. Le droit fait primer l'existence, dans son caractère indépassable, sur les éléments contingents de sa manifestation : la *personne* sur sa maladie.

1395.- Ainsi, la mort du langage médical n'est point nécessairement celle du vocabulaire juridique, et seul ce dernier recouvre un caractère exclusivement effectif pouvant entraîner les conséquences de nature pratique s'y rattachant, en matière successorale par exemple. Le temps du constat de mort se doit donc de répondre aux seules exigences admissibles par le langage du droit lequel ne peut que traduire ce que *l'être* lui commande.

Conclusion Titre.I

1396.- La mort, en apparence est aisée à définir : il s'agit de l'état qui s'oppose à la vie. Pourtant, c'est en introduisant des considérations médicales, relativisant la mort à une multitude d'états, que celle-ci devient un processus mettant le droit à l'épreuve d'une définition stable permettant de distinguer ce qui relève de son champ, de ce qui n'en relève pas. Et l'enjeu est de taille attendu que la pratique médicale, sur laquelle la réflexion *bioéthique* a imposé de définir des conditions légales, a assimilée progressivement certains états intermédiaires à la mort elle-même. Le droit a dû suivre le médical, ce qui oppose une réelle jouissance des droits subjectifs de la personne, dans la mesure où celle-ci ne

parviendrait pas à faire correspondre critères empiriques médicaux, et critères suggestifs juridiques. C'est la raison pour laquelle le législateur a dû plier face à l'omnipotence des premiers, et ce non pas afin de les suivre pour nier la *personne*, mais pour tenter de préserver celle-ci des excès d'interprétation ignorante du corps médical.

Titre.II.

Le moment du constat d'état de mort : le basculement vers la mort juridique

1397.- Mourir à l'hôpital n'est pas seulement la disparition d'une existence, mais plus encore la sortie de l'hôpital en état de mort juridique, c'est-à-dire l'extinction de la personnalité. Seul le langage du droit pourrait opérer la distinction entre vie et mort, et ainsi entraîner la personne dans le basculement d'un statut à l'autre. Comme pour la naissance, le droit a dû se saisir de critères stricts dans l'admission de l'effectivité de la mort, et ce afin de n'en prononcer la réalisation qu'une seule fois, par opposition au langage médical²⁷⁰⁴. Pour ce faire, il existe différents cadres légaux permettant d'admettre la mort comme recevable, c'est-à-dire comme ne pouvant contrevenir à l'exigence de sa réalisation propre, indépendamment de toute intervention extérieure ; ce serait la mort naturelle (**Chapitre.I**). Elle emporterait, dans cette situation *idéale*, les conséquences de nature à dissoudre la personnalité juridique (**Chapitre.II**), ce qui n'équivaldrait pas au néant de la personne, mais plutôt le transfert d'une garantie à une autre, en raison du passage d'un statut ou état à un autre, relevant toujours de l'existence, dans le respect des droits dus aux morts (**Chapitre.III**). Le plus évident vers quoi devrait tendre tout le droit de la *personne*, en état de mourant, serait de favoriser la *mort naturelle*, permettant d'éteindre pacifiquement les effets nés de la jouissance de la personnalité juridique, tout en continuant l'application des droits de la *personne*, dans le respect dû au cadavre (**Chapitre.IV**).

²⁷⁰⁴ Rappelons le, dans le vocable médical, mort clinique et mort réelle sont distinctes, pourtant sembleraient emporter les mêmes conséquences quant aux actes admissibles relativement à ce qui est dès lors envisagé comme cadavre. Nous renvoyons sur ce point à nos développements sur la jurisprudence du Conseil d'Etat relativement au critère de conscience.

Chapitre.I.

La mort dite naturelle par opposition à la mort violente

1398.- C'est parce que les débats théoriques sur la question du statut du mourant ne se concentrent uniquement que sur l'aspect violent de la mort, comme s'il ne s'agissait que de limiter la violence de la mort (**Section.II.**), tout en légitimant quelque peu celle-ci en favorisant la mort par abstention, qu'il semblerait nécessaire de d'abord favoriser la mort dite naturelle, ce à quoi la loi de 2005 ne semble pas totalement s'opposer (**Section.I.**).

Section.I. La mort naturelle, première base de réflexion du statut du mourant.

1399.- Au plus simple, la mort devrait venir d'elle-même. Toute intervention extérieure doit être considérée comme pouvant avoir accéléré le processus naturel de mort. Et en ce sens là, nous n'entendons point revenir sur la question de l'euthanasie, quand bien même fût-elle passive.

1400.- Non. Il s'agit plus ici de l'accomplissement d'un phénomène identifiable de décomposition de la vie, par la succession et l'enchaînement d'une série de catastrophes conduisant inéluctablement à l'arrêt de celle-ci. Et sans qu'il ne soit nécessaire de chercher les indices permettant de faire apparaître les étapes de la mort, ici, la condition juridique, rendant effective cette mort, serait bien celle de l'abstention de soin²⁷⁰⁵, sans doute possible quant aux conséquences liées à son processus strictement naturel.

1401.- Nous affirmons que la mort survenue à l'hôpital pourrait être celle de la personne qui ne semblait pas offrir de résistance à quelque traitement que ce soit²⁷⁰⁶, et y ayant consenti ou non²⁷⁰⁷, s'éteindrait sans intervention supplémentaire²⁷⁰⁸. Cette mort là n'offrirait aucune

²⁷⁰⁵ Dans le respect des dispositions de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

²⁷⁰⁶ Dans le respect de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

²⁷⁰⁷ Dans le respect de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

²⁷⁰⁸ Dans le refus de toute obstination déraisonnable de l'article L. 1110-5 al. 2 du Code de la santé publique, mais contre l'alinéa 5 du même article permettant d'abrégier la vie. Voir ici P. Verspieren, *Résister au « Lobby » de*

résistance, ni juridique ni médicale, en ce sens que sa survenue serait dans l'ordre le plus admissible et tolérable des choses, pour tous. Et le dispositif légal de la loi de 2005 y est parfaitement favorable, et y coïnciderait dans la mesure où l'éducation des praticiens aurait été réalisée en amont, et en ce sens là.

1402.- Elle ne suggérerait pas que la personne ait été prise par surprise ; ni le corps médical. La mort, presque toujours prévisible, ne serait ni forcée, ni provoquée, ni tout au contraire retardée et suspendue à des protocoles ou encore des procédures de délégation de personnalité. Car dans les faits, la collégialité aurait pour effet de retarder les prises de décisions en dissolvant les causes de responsabilité d'une part, mais surtout en restreignant l'effectivité de la volonté du mourant, pourtant au centre du dispositif légal des lois de 2002 et de 2005. Il s'agirait donc de favoriser une mort dite *naturelle* en tant qu'expression du caractère indépassable du critère existentiel, contre l'application de l'alinéa 5 de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique permettant *l'exception d'euthanasie*²⁷⁰⁹. C'est par le langage du droit, qui ne peut la saisir qu'en tant que principe premier d'actualisation de la personne, que la mort serait tangiblement ontologique.

Section.II. La mort naturelle *a contrario* de la mort violente

1403.- Cette mort s'oppose à la mort violente, et ne poserait en réalité aucun problème dans l'établissement du certificat de décès²⁷¹⁰. Ce dernier se distingue du constat de décès, en ce sens que bien qu'ils soient concomitamment signés, le premier est un procès verbal²⁷¹¹ établi par le médecin²⁷¹².

1404.- Le médecin qui constate la mort se doit de systématiquement renvoyer aux dispositions de l'article R. 1232-2 du Code de la santé publique, en vue de prévoir le décès à venir. Ce n'est que lorsqu'il y a décès que le médecin se doit de s'interroger sur

l'euthanasie, in Etudes, mai 2007, pp. 581-584, au sujet de la sympathie suscitée à l'égard d'un médecin et d'un infirmière ayant euthanasié par altruisme une patiente en fin de vie.

²⁷⁰⁹ Selon l'expression du CCNE, Avis n° 63, préc.

²⁷¹⁰ L'article R. 1112-70 du Code de la santé publique renvoie à l'article L. 2223-42 du Code général des collectivités territoriales.

²⁷¹¹ Art. L. 1232-1 du Code de la santé publique.

²⁷¹² Art. L. 1232-4 du Code de la santé publique.

les causes de la mort de l'individu²⁷¹³. Comprenons en ce sens que les critères juridiques permettent une parfaite différenciation entre la mort cérébrale et la mort effective au visa de l'article R. 1232-3, en ce sens que l'alinéa 3 précise qu'il peut s'agir du « constat de la mort [...] établi pour une personne assistée par ventilation mécanique et conservant une fonction hémodynamique. » Le constat de mort ne signifie donc pas que la personne soit déclarée morte. La mort naturelle, quant à elle, a pour conséquence directe la délivrance immédiate et sans doute possible du permis d'inhumer²⁷¹⁴.

1405.- Dans le cas contraire, le médecin peut requérir une autopsie, dans le cadre d'une mort hospitalière. Celle-ci relève d'une procédure à caractère administratif qui se réalise en deux temps. Dans un premier temps le médecin, requérant une telle procédure, doit obtenir des accords et informations préalables à la pratique de l'autopsie. Il doit, en tant que clinicien, prouver que l'individu est mort. Puis il doit demander la signature du chef de service et de son adjoint, du directeur de l'hôpital, et la signature d'un des proches du défunt qui a été informé qu'on désire pratiquer l'autopsie.

1406.- A ce stade de la procédure il convient de se reporter à la réforme *bioéthique* de 1994²⁷¹⁵, ayant introduit une distinction de langage entre une autopsie médico-légale et celle qui nous importe en l'espèce intitulée « prélèvement d'organes à visée scientifique pour la recherche des causes du décès. »²⁷¹⁶. Par la suite, il s'agira soit d'une autopsie à visée scientifique pure sans recherche de cause de décès, et alors il faudra demander l'autorisation d'un proche ; soit il s'agira de l'autopsie requise pour recherche des causes du décès, et là il sera nécessaire d'informer la famille, sans pour autant lui demander l'autorisation de la pratiquer. Le législateur n'a pas prévu dans le texte s'il faut informer la famille avant ou après la pratique de l'autopsie.

1407.- Se fondant sur une déontologie humanisée, il semblerait que les médecins aient pour habitude d'informer la famille avant toute intervention, l'autopsie ayant un caractère traumatisant. Notons que l'autopsie est opposable, et qu'à ce titre elle est inscrite en forme de requête au registre national autonomisé des reçus. Elle est soumise à un délai raisonnable qui

²⁷¹³ Lorsqu'il y a un obstacle médico-légal : art. 81 du Code civil et 74 du Code de procédure pénale ; Recommandation n/R 99-3 du CE du 2 février 1999.

²⁷¹⁴ Art. R. 2213-31 du Code général des collectivités territoriales.

²⁷¹⁵ Loi dite bioéthique, loi du 29 juillet 1994, préc.

²⁷¹⁶ Expression issue de la réforme *bioéthique* de 1994, et reprise au texte de l'article L 1232-3 CSP.

une fois seulement venu à échéance, pourra être pratiquée par un clinicien quel qu'il soit²⁷¹⁷. Ce n'est qu'à partir de la réalisation de l'autopsie que le clinicien pourra alors rédiger un nouveau certificat de décès qui devra alors établir les causes du décès. Ce n'est qu'ensuite que les résultats pourront être donnés au clinicien qui pourra rédiger correctement le certificat de décès²⁷¹⁸. A partir de la production du nouveau certificat de décès, la famille va pouvoir disposer du défunt, le certificat de décès ayant pour conséquence de permettre la délivrance du permis d'inhumer.

1408.- Ainsi, dès lors que la mort constitue un événement exceptionnel, et que le clinicien en charge de constater celle-ci oppose un doute suffisant quant à son caractère naturel, il se doit de saisir la procédure administrative envisagée. Cependant, il semblerait qu'en pratique, la mort naturelle soit le plus souvent prononcée, *a fortiori* lorsque la personne défunte était malade, et que sa mort survient alors que son pronostic vital avait été engagé. Quelque puisse être la cause de la mort, cette dernière emporte les conséquences juridico-légales de dissolution de la personnalité juridique, à l'instant même de la production du certificat l'authentifiant.

²⁷¹⁷ Les prélèvements sont effectués pour des examens anatomopathologiques ultérieurs, comme le rappelle le Dr P. Fornes, *Cours au sujet de la distinction entre autopsie légale et autopsie hospitalière*, MCU/PH de médecine légale, CHU Cochin, Paris V, 4 février 2003, www.ethique.inserm.fr.

²⁷¹⁸ Notons que P. Fornes semble sceptique quant à la correction de l'original, ce qui sur le plan du droit pose un problème évident d'opposabilité du document en tant que preuve si une procédure pénale ou encore et conjointement un procédure en réparation d'un dommage devait être entamée par la famille. Ainsi P. Fornes affirme que « le problème est que la plupart des certificats de décès rédigés avant autopsie ne sont pas corrigés. Le problème ne se pose pas à l'échelon individuel car le but de cette autopsie va être d'informer les proches de la cause de décès du défunt. ». Ainsi en effet le problème se pose sur un plan administratif puisque une telle pratique relève d'un droit administratif. De plus, le Dr Fornes relève que dans un cas sur trois, les causes du décès diffèrent des causes annoncées dans le premier certificat ce qui engendre une défiance de la part de la famille pouvant conduire jusqu'au dépôt de plainte devant le procureur de la République et ainsi voir rediriger la procédure administrative vers une procédure pénale dont l'issue sera la pratique d'une nouvelle autopsie mais ici à caractère médico-légal.

Chapitre.II. La dissolution de la personnalité juridique

1409.- La personne est morte lorsque le certificat de décès est établi par le médecin dépêché pour en rendre effectif le constat sur un plan juridique. Et le médecin doit établir que « la mort est réelle et constante ». Au-delà des critères établis par le code de la santé publique, la déontologie médicale énonce une série de critères qui permettent de s'assurer de la réalité de la mort²⁷¹⁹.

1410.- C'est en ce sens que le législateur s'est réservé une période de carence de 24 heures avant de pouvoir inhumer un corps, afin de rendre effective la mort, et de se préserver de toute mort « irréelle ». Ce délai court dans les six jours suivant le constat de mort, au moyen de la délivrance du certificat de décès par le médecin compétent. **Le certificat de décès ne suffit pas en réalité, et nous allons le voir, il existe là, en quelque sorte, une persistance ou encore une continuité de la personnalité juridique du défunt, car c'est le permis d'inhumer qui rend effective la mort.**

1411.- En effet, le permis d'inhumer est l'étape qui suit la reconnaissance par le médecin, délivrant le certificat de décès, de l'existence d'une mort dite naturelle, et dès lors ne pouvant ouvrir à aucune suspicion de mort violente exigeant la réalisation d'une autopsie. Si des actes de la vie courante devaient être constatés par les ayants droits du défunt comme ayant été accomplis durant le période courant entre la mort, médicale, mais effective sur un plan juridique, et l'établissement du certificat de décès la rendant effective sur le plan juridique, l'état de mort effectif serait opposable aux créanciers éventuels. Nous pouvons ainsi prendre l'exemple d'un bien appartenant au défunt, et dont la vente ouvrirait à promesse par un éventuel acquéreur et ce durant cette période de carence. Les ayants droits pourraient alors opposer le fait que l'acte est reconnu invalide compte tenu du fait qu'il s'est réalisé durant la période qui court entre la mort réalisée, et la mort, par authentification juridique, au moyen d'un certificat.

²⁷¹⁹ Voir en ce sens Dr I. Plu, Institut médico-légal de Paris, Laboratoire d'éthique médicale et de médecine légale, Université Paris Descartes et Dr D. Lecomte, Institut médico-légal de Paris, Université Paris Descartes, *Constat de mort, certificat de décès, éléments de législation funéraires, autopsie*, mars 2010.

1412.- Or il existe une présomption permettant de conférer à l'état de mort antérieur à l'établissement du certificat un caractère opposable, en tant que mort effective sur le plan juridico-légal. Rappelons que le délai légal pour inhumer un cadavre est de 24 heures ce qui nous invite à préciser qu'en réalité, l'opposabilité peut courir à raison de ce délai de réserve quant à la mort effective. Et c'est à compter de ce temps que la personnalité juridique du sujet de droit vient à s'éteindre.

1413.- Elle emporte alors l'extinction de l'ensemble des droits qui étaient attachés à l'existence de la *personne*. Si la jouissance des droits subjectifs ne semble poser aucun problème, la mort faisant éteindre par essence l'expression de la volonté seule à même d'engager la *personne*, il en va différemment des droits objectifs, tels que ceux qui ont pu être soulevés lors d'engagements de nature contractuelle, ou encore fiscale par exemple. Ainsi il faut comprendre que tout engagement contractuel ou fiscal ne s'éteint point, mais voit ses obligations transférées aux ayants droit, à leur charge de s'en défaire le cas échéant²⁷²⁰.

1414.- Au-delà des cas pré cités, il apparaîtrait, en réalité, une persistance de la personnalité juridique, par une continuité de l'*existence*, sous certaines modalités du sujet de droit. **C'est en étudiant plus particulièrement le respect dû au cadavre, à sa mémoire, et les pratiques autorisées ou interdites sur le défunt, qu'il devient possible de comprendre que, dans l'intérêt de protéger celui-ci, il est nécessaire de ne point en faire une chose, ou tout au moins de la considérer en tant que chose à caractère humain, prolongement effectif de la personne humaine.**

²⁷²⁰ Voir art. 2003 du Code civil ; ainsi que H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome III*, vol. 2, 2^{ème} partie, Montchrestien 5^{ème} éd., Paris, 1980, n° 1424, p. 878.

Chapitre.III. La singularité préservée : le devoir de mémoire et de respect dû au mort

1415.- Avant la naissance, il n'y aurait point de notion de *personne* effective, celle-ci étant réservée au domaine spéculatif d'*une personne humaine potentielle*²⁷²¹. L'*être* en devenir est donc conditionné, il n'a point d'existence propre, et l'on comprend que l'antique adage romain²⁷²² a toujours en quelque sorte force effective dans l'image que l'on se fait du fœtus. Et en miroir de la naissance, le cadavre, qui n'est plus vraiment la *personne*, comme le fœtus ne l'est pas encore, représenterait un résidu de l'existence pour lequel le législateur a ordonné le respect, en vertu de sa nature de chose à caractère humain. Le devoir de respecter le cadavre²⁷²³ (**Section.I.**) serait le complément dans l'ordre physique du droit à respecter la mémoire de la personne²⁷²⁴, qui en est le versant psychique ou encore moral, dont il serait cas dans les droits attachés aux funérailles (**Section.II.**), ainsi que dans les droits encadrant les pratiques expérimentales à visé thérapeutique, ainsi que celles à visés scientifiques (**Section.III.**).

²⁷²¹ Voir X. Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit.

²⁷²² Nous faisons ici référence à l'adage *pars viceris matris* qui envisage l'enfant à naître comme un élément du corps de la mère dont elle peut disposer en vertu du respect de la législation relative à l'IVG, et dès lors conforme à la nature de chose à caractère humain conféré au fœtus ou encore à l'embryon.

²⁷²³ Voir en ce sens la répression pénale encourue à raison de l'atteinte au respect dû aux morts : art. 225-17, 225-18, 225-18-1 cp. ; en complément se référer à la décision : C. cass. crim. 25 oct. 2000, *D.* 2001, p. 1052, pour le vol d'une sépulture. Voir également art. 16-1-1 cc. ; en complément se référer à la récente jurisprudence de la Cour de cassation relativement à l'affaire dite « Our body » : C. cass. 1^{ère} civ. 16 septembre 2010, *D.* n° 33, 30 septembre 2010, Act. droit civil, p. 2157, note C. Le Douaron, *Exposition « our body » : confirmation de l'interdiction* ; Communication, commerce électronique, n° 11, novembre 2010, comm. n° 112, pp. 34-36, note Agathe Lepage, *Première application de l'article 16-1-1 du code civil par la Cour de cassation* ; Legipresse, n° 277, novembre 2010, Cours et tribunaux, n° 276-11, pp. 363-366, note Agnès Tricoire, *Le corps comme objet d'exposition* ; *Gaz. Pal.* 3 mars 2011 ; *BICC* n° 733 du 15 décembre 2010 ; E. Putman, *Respect des restes humains : la Cour de cassation apporte à l'affaire « Our Body » son épilogue judiciaire*, *Revue juridique Personnes et famille*, n°11, novembre 2010, p. 11-12. Voir dans le même sens CE. Ass. 2 juil. 1993, *Milhaud*, préc.

²⁷²⁴ Voir en ce sens le principe du respect dû à la mémoire du défunt relativement au respect de la dignité de la personne comme composante à caractère sous-jacent du respect de la vie privée de la personne : C. cass. 1^{ère} civ. 22 octobre 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 211. Voir en ce sens également : CE. 26 novembre 2008, *Syndicat mixte de la Vallée de l'Oise*, *Rev. mensuelle du Juriscl., Environ.*, janvier 2009, n° 1, p. 18 ; Code permanent Environnement et nuisances, *bull.* n° 374, p. 2506.

Section.I. Le respect dû au mort. Le cadavre, un concept entre droit privé et droit public

1416.- Il convient ici de distinguer deux notions relativement au respect dû au mort. Il y a tout d'abord le respect dû au corps²⁷²⁵, au cadavre qui en est l'aspect matériel et physique, limité à la notion d'intégrité, et qui trouve ses fondements sur le plan civil, et ses extensions sur le plan pénal et administratif (**Paragraphe.I.**). D'autre part, il conviendrait de soulever l'existence de la protection de la mémoire du défunt, le pendant psychique, moral, de l'existence révolue de la personne humaine, garantie à raison de la notion de dignité comme fondement du droit à l'image de celui qui n'est plus, sur le fondement du droit au respect de sa vie privée (**Paragraphe.II.**).

Paragraphe.I. Le respect dû au corps humain en état de cadavre

1417.- Avant tout, le respect dû au mort doit être entendu comme le respect du cadavre, conformément au postulat médical selon lequel le mort est d'abord un corps²⁷²⁶.

1418.- Ainsi, le législateur a entendu introduire une injonction claire²⁷²⁷, en vertu de laquelle toute atteinte au corps humain, après la mort, peut ouvrir à réparation. Cette injonction sur le plan civil fait suite à celle plus ancienne, mais néanmoins relevant du même plan théorique, plaçant la personne humaine, jusqu'après la mort, comme dépositaire du respect le plus hautement garanti de son existence présente ou encore passée, sur le plan pénal. Ainsi le législateur avait entendu, dès 2000, réviser par ordonnance le texte fondant le respect dû au cadavre, sur le plan des atteintes pouvant ouvrir à une qualification criminelle²⁷²⁸.

²⁷²⁵ Voir en ce sens J.-P. Duprat, *A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994*, préc.

²⁷²⁶ Hypothèse sur laquelle nous reviendrons lorsqu'il s'agira de s'interroger quant à la *propriété* du corps.

²⁷²⁷ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, *relative à la législation funéraire*, ayant introduit l'art. 16-1-1 cc. : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort...* » ; et complétée par l'art. 16-2 cc. afin de permettre au juge de prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits du corps humain, « *y compris après la mort* ».

²⁷²⁸ Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 portant réforme des articles 225-17, 225-18 et 225-18-1 du Code pénal.

1419.- Or, si nous affirmons que le respect dû au cadavre se fonde sur les mêmes sources en matière pénale qu'en matière civile, sans qu'il ne soit besoin de hiérarchiser sur un plan chronologique ni même sur un plan théorique, c'est en raison de l'existence de législations plus anciennes, constituant leurs sources principielles communes.

1420.- Ainsi en est-il de la loi dite *bioéthique* de 1994²⁷²⁹ qui introduit le respect dû au corps humain, contre tout débordement à raison des progrès scientifiques et de la technique médicale, permettant à l'article 16 du code civil d'énoncer que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci... »²⁷³⁰. Il en va de même du Traité de Lisbonne qui en 2007 fait un rappel sur le plan du droit communautaire, que le principe du respect de la dignité humaine, en tant que fondement du respect dû au corps humain, est un principe de nature et de valeur fondamentale²⁷³¹, car constituant un des piliers de l'existence même de l'Union. Or, nous notons qu'il n'est nulle part fait mention d'une quelconque référence distinctive entre le corps humain décédé et celui encore en vie.

1421.- Ceci semblant certainement une évidence, la précision faite par le législateur français, en introduisant par la loi de 2008²⁷³² l'article 16-1-1 au Code civil, nous conduit à comprendre la nécessité de ne point laisser planer de doute en la matière, à raison du pendant psychique ou encore moral du respect dû au cadavre, notamment lorsque des intrusions à caractère frauduleux sont effectuées dans les chambres des patients tout juste décédés, sans autorisation ni consentement préalablement requis auprès des ayants droits. Il s'agirait alors de distinguer le respect dû au corps de celui plus imperceptible de la mémoire.

Paragraphe.II. Le respect dû à la mémoire

Persistances d'une approche objectivée

1422.- Du respect dû à la mémoire, il n'est pas rare de ne retenir que le droit subjectif lié à l'image, ainsi que celui de la vie privée. Toutefois, c'est par le passage au droit à l'intégrité du

²⁷²⁹ Loi du 29 juillet 1994, préc.

²⁷³⁰ Art. 16 du Code civil.

²⁷³¹ Le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, a définitivement consacré le principe de dignité en son article 2 : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine* ».

²⁷³² Loi du 19 décembre 2008, préc.

corps humain en tant que cadavre (A.) que le droit à voir protéger la dignité y serait assimilé, opposant une persistance de l'objectivisation de droits subjectifs (B.).

A. De la mémoire à l'intégrité

1423.- Le droit subjectif au respect du droit à l'image, tiré du respect dû à la vie privée, a fait l'objet d'une affaire rendue célèbre par le personnage sur laquelle elle portait. Ainsi pouvons-nous faire référence à l'affaire dite François Mitterrand, lorsque sa dépouille mortelle fut prise en photo à l'hôpital où il décéda, par une certaine sous catégorie de journalistes, sans quelque information que ce soit auprès de la famille, celle-ci agissant dès lors en vertu d'un droit qui lui est propre²⁷³³, et non d'un droit encore attaché au défunt. Cette affaire fut l'occasion de raviver la question relative à l'intrusion constituant une atteinte à l'image de la personne, alors que celle-ci est décédée. La Cour de cassation répondit que, si les atteintes à la vie privée s'éteignent avec la personnalité juridique, seuls les ayant droits peuvent, moyennant la preuve d'un préjudice en lien causal à une faute, prétendre faire relever, par les tribunaux civils compétents, l'existence d'une telle atteinte et ce même à titre *post mortem*, car relevant d'une atteinte indirecte au défunt et d'une atteinte directe à l'image de la famille²⁷³⁴.

1424.- En l'espèce la question serait de savoir si la seule atteinte à la mémoire ou au respect dû aux morts est constitutive d'un préjudice personnel ou s'il est nécessaire de démontrer que le fait générateur issu de ces atteintes se produit dans des circonstances particulières, engendrant de ce fait une profonde souffrance pour la famille. Et la Cour semble affirmer que c'est l'atteinte du respect dû au mort, et donc l'atteinte directement causé au mort. Mais, celle-ci ne pouvant plus être que spéculative, potentielle mais non réalisable, ce qui constitue le fondement d'une atteinte, en tant qu'elle est consécutive, c'est le préjudice personnel de la famille qui fut retenu²⁷³⁵.

²⁷³³ C. cass. 1^{ère} civ. 14 décembre 1999, *JCP* 2000, 10241, concl. Petit.

²⁷³⁴ Voir en ce sens C. cass. 1^{ère} civ. 14 décembre 1999, préc. ; plus récemment C. cass. 1^{ère} civ. 15 février 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 86 ; « Affaire Erignac » CA de Paris, 24 février 1998 et C. cass. 1^{ère} civ. 20 décembre 2000, *D.* 2001, note J.-P. Gridel, *Dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*.

²⁷³⁵ Voir en ce sens : Cour cass. 1^{ère} civ. 22 oct. 2009, préc. La Cour entend préciser que l'atteinte au respect dû à la mémoire du mort est constitutive d'une atteinte pouvant ouvrir à responsabilité civile sur les fondements des articles 9 et 1382 cc ; mais la Cour entend préciser que le préjudice causé à la famille doit être établi et que le seul fait de relever l'atteinte au cadavre ne peut suffire : « Mais attendu que, si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort. ».

1425.- Ainsi, si l'atteinte directe est aisément admissible, celle indirecte portant préjudice à la famille se doit d'être entendue précisée comme relevant du respect de la vie privée, cette dernière pouvant être atteinte tant par omission que par commission, non intentionnellement ou intentionnellement. C'est ce qui justifie l'affirmation selon laquelle le respect dû au cadavre se poursuit sur le plan pénal, dès lors que l'atteinte relève d'un préjudice corporel.

1426.- La notion d'intégrité primerait en tant qu'elle constituerait plus particulièrement l'aspect physique de la notion de dignité. Si la dignité s'entend de l'aspect subjectif de l'être, l'intégrité est essentiellement, et cela est d'autant plus vrai sur le plan de la garantie pénale du respect dû au corps humain, l'aspect corporel de l'homme²⁷³⁶. Ainsi, il convient de comprendre que le fondement théorique faisant nécessité du respect dû à la personne humaine, quelque soit son état, morte ou vive, trouve ici sa distinction essentielle, lorsqu'il s'agit de ne porter aucune atteinte à l'état physique du cadavre.

1427.- Ceci constitue une infraction, et une autopsie pratiquée sans respect du cadavre peut constituer une telle atteinte²⁷³⁷. Notons qu'il existe sur le plan civil un droit de possession « post mortem » sur le cadavre²⁷³⁸, justifiant le fait qu'il puisse être requis, sur le plan pénal, une atteinte causée au cadavre que relèveraient les ayant droits. Il sont en effet, ce qu'il faudra démontrer ceux dont on présume qu'ils ont la plus grande légitimité à conserver le cadavre jusqu'à ce qu'il soit rendu à la terre²⁷³⁹. Le droit à protéger le corps de toute atteinte physique, constitue le prolongement d'ordre public du droit au respect dû au mort, comme nécessité de ne point porter atteinte à l'équilibre d'une société, dans le respect qu'elle doit accorder tant à la vie qu'à la mort. Et si ce dernier aspect de la protection de la personne décédée peut sembler moins évident que le premier, il est évident qu'il ne peut être ignoré comme élément fondamental de l'ordre public, lorsque c'est l'Etat, par l'intermédiaire de ses agents, qui en est le garant.

²⁷³⁶ Art.16-3 du Code civil.

²⁷³⁷ Voir en ce sens l'application de l'art. 225-7 du Code pénal.

²⁷³⁸ Voir en ce sens nos développements sur la disponibilité du corps à raison des funérailles, expérimentations et prélèvements d'organes.

²⁷³⁹ Voir en ce sens : C. cass. crim. 25 oct. 2000, préc.

B. Objectivisation de la dignité due au cadavre sur fond d'ordre public

1428.- Ainsi en serait-il au sein de l'unité hospitalière, qui, sans qu'il ne puisse être exclue toute action en responsabilité civile et ou pénale, se voit avant tout relever des juridictions administratives, relativement aux actes médicaux pratiqués par ses agents.

1429.- Ainsi, le corps médical, dans le cadre strict de l'exercice de ses fonctions, se doit de conserver le cadavre de toute atteinte pouvant dégrader tant son aspect physique, comme relevant d'un droit à caractère objectif, que son aspect psychique ou moral comme relevant d'un droit subjectif. Notons de plus que la jurisprudence administrative ayant déjà à plusieurs reprises envisagé des cas de responsabilité sans faute, il est fort à parier que *l'omission de faire* pourrait aisément constituer un cas de responsabilité. Or ici, contrairement au plan civil ainsi qu'au plan pénal, il n'est pas nécessaire de relever un préjudice direct à l'encontre des ayant droits, et la seule atteinte à la mémoire peut pré constituer une preuve d'une atteinte à l'encontre du mort.

1430.- En matière de droit public, le fondement civiliste de la protection de la dignité et de l'intégrité de la personne trouve une pleine expression à raison de la mission la plus étendue possible de l'Etat de protéger le cadavre de toute atteinte²⁷⁴⁰. La seule exigence du respect de l'ordre public, et ce à raison de la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique, s'est vu reconnaître, par le juge, un pendant de nature morale avec l'exigence du respect de la dignité de la personne humaine²⁷⁴¹. Et cette notion est précisée dès le célèbre arrêt dit de la « Commune de Morsang-sur-Orge » relativement à ce qu'il est communément admis d'appeler « l'affaire du lancé de nains »²⁷⁴². Ainsi, si les agents de l'unité hospitalière se doivent de respecter les règles d'ordre public, à savoir l'ensemble des règles de nature privée et pénale, il serait possible de considérer, au-delà de ce droit commun du respect dû au cadavre, un droit de nature public qui élargirait encore les possibilités de la garantie de ce droit. Le droit du respect dû au cadavre serait donc un droit mixte, dont les aspects dépendent dès lors de ceux qui sont parties²⁷⁴³. Et au sein de l'unité hospitalière, converge droit privé et

²⁷⁴⁰ Voir tout de même un tempérament avec CE. 12 mai 2004, *Association Vojra triomphant, M. Bourdin*, in *AJDA* 2004, p. 1109.

²⁷⁴¹ Voir en ce sens : CE. 26 nov. 2008, *Syndicat mixte de la Vallée de l'Oise*, in *Gaz. Pal.* 3 juillet 2009, n° 184-185, pp. 32-38, préc.

²⁷⁴² CE. Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, préc.

²⁷⁴³ Voir X. Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., pp. 181 s.

droit public qui font la protection maximum de tous les droits reconnus à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vive.

1431.- Ceci se retrouverait aisément dans les droits qui sont attachés au devenir du cadavre, que ceux-ci soient de nature privée et civile, également administrative dans les rites de funérailles, mais aussi déontologique dans les droits relatifs aux prélèvements d'organes, visant les greffes ou encore les expérimentations.

Section.II. L'approche matérielle de la mort dans le respect des actes funéraires

1432.- Si le propos semble s'éloigner du cadre strict de l'hôpital, rappelons tout de même que celui qui est l'acteur principal de notre propos est celui qui meurt. Donc, les droits attachés à son devenir intéressent tout autant le sujet que les droits concernant son présent. Le langage médico-légal a pour usage d'employer le mot cadavre. Or, le code de la santé publique n'utilise quasiment pas ce terme²⁷⁴⁴ ; il fait essentiellement la différence entre les personnes vivantes et les personnes décédées, à l'image de la *summa divisio* existant entre l'ordre du mort et l'ordre du vif, propre à la science juridique, comme à toutes les sciences humaines. Il convient de rappeler que parmi les personnes décédées, le code de la santé publique y fait figurer les personnes en état de mort cérébrale. Si la déclaration de mort sur un plan médical offre une multitude de possibilités, en raison d'une pluralité de processus de mort, c'est parce que celui-ci, biologiquement regardé, n'est plus assimilé à un événement instantané et unique²⁷⁴⁵. Ainsi en est-il de la mort dite corticale, de la mort cérébrale, *etc*, tout ceci inféodé au degré d'un éventuel coma²⁷⁴⁶.

1433.- Néanmoins, malgré ce qui vient d'être dit sur les différentes facettes de la mort, le cadavre demeure, pour le législateur, une chose à caractère humain, possédant certains droits

²⁷⁴⁴ Nous retrouvons deux fois le terme ; d'abord à l'article L. 1324-4 désignant les animaux, et R. 5132-61 où il désigne la chose embaumée dans la liste des produits toxiques utilisables et leur destination.

²⁷⁴⁵ Pourtant cette multiplicité cède nécessaire face à l'évènement phénoménologiquement saisissable qui fait le temps de la mort sur un plan juridique et qui ne peut être envisagé comme une succession de « morts » conduisant à la mort. Tout juste est-il envisageable sur un plan juridique de reconnaître un état partiel, ou mort clinique en ce sens qu'il permet un maintien effectivement artificiel en vue d'offrir certaines conditions favorables à une transplantation.

²⁷⁴⁶ Voir M. Maglio, *Le changement de la définition de mort chez Carlo Alberto Defanti*, op. cit

de la personne vivante²⁷⁴⁷. Et ceci peut sembler curieux car certains considèrent que dans un pays où la « République Laïque » fait la loi, considérer que le cadavre ne soit pas un « objet inanimé et déshumanisé » mais se voit tout au contraire reconnaître et accorder des droits et une sorte de « survie » après la mort est une forme de persistance d'un critère théologique, tiré du caractère transcendant de la vie, maintenue par et avant elle-même, dès la conception²⁷⁴⁸, comme après, dans la mort²⁷⁴⁹. Or cette assimilation entre cadavre et objet ne peut renvoyer qu'à une sorte d'individualisme hédoniste, caractéristique d'une conception faisant du corps un objet indépendant de l'être, et ainsi dont l'individu peut disposer à sa guise, jusqu'à même le détruire (**Paragraphe.I.**). En conséquence de quoi, afin de les préserver des excès de l'appropriation destructrice, le législateur a précisé le régime légal des funérailles (**Paragraphe.II.**), régime pour lequel les sources théologiques et religieuses des pratiques funéraires ne seraient pas totalement étrangères (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. Un certain individualisme aux fondements du droit des funérailles

1434.- Les théories de l'individualisme justifieraient dès lors toutes les législations ou absences de législations, comme celles relevant de l'IVG, ou encore du suicide²⁷⁵⁰, de la possibilité de se mutiler par des piercings et autres tatouages²⁷⁵¹ et ce en vertu d'une volonté/libre arbitre assumée, et revendiquée comme une liberté de dépassement d'un critère théologique extérieur. Ainsi le critère premier deviendrait éminemment culturel, rompant définitivement avec le celui transcendant, faisant du corps le prolongement de l'âme²⁷⁵².

²⁷⁴⁷ Voir X. Labbée, *op. cit.*, pp. 167 s.

²⁷⁴⁸ Et peut-être même avant celle-ci si l'on élargit le champ des possibles à un critère faisant du principe d'interprétation métaphysique de la vie continue, au-delà de sa seule manifestation humaine un postulat de la vie comme prolongement de l'être au sens le plus étendu de l'existence, reposant sur un dépassement ultime de la notion de personne comme sujet non plus singulier mais universellement unique. Voir en ce sens J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *op. cit.*

²⁷⁴⁹ Voir en ce sens J.-M. Poughon, *L'individu propriétaire de son corps, une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique*, préc. Ici l'auteur développe le parallélisme des codes de déontologie juridique et théologique reposant sur un socle commun, dont il établit que le juridique est inféodé au théologique. Ainsi la conception du corps ne peut être strictement matérialiste et séparée de la personne car le corps est autant la personne que la personne est la vie et celle-ci obéit, et le droit le rappelle en de nombreuses occasions tant légales que jurisprudentielles, à une source transcendantale sur laquelle nul ne peut avoir une quelconque emprise.

²⁷⁵⁰ Voir en ce sens A. Mullier, *Le droit face à la mort volontaire*, Mémoire, Univ. Lille, 2002.

²⁷⁵¹ Voir notamment sur le sujet l'arrêté du 20 janvier 2010 modifiant l'arrêté du 12 décembre 2008 pris pour l'application de l'article R. 1311-3 du code de la santé publique et, *relatif à la formation des personnes qui mettent en œuvre les techniques de tatouage par effraction cutanée et de perçage corporel*.

²⁷⁵² Voir J.-M. Poughon, *ibid.*

1435.- Cette conception entend donner le primat de l'immédiateté ; ainsi il en résulte une théorie juridique schizophrénique reconnaissant tour à tour la garantie de protéger la vie dès son commencement²⁷⁵³ et jusqu'à sa mort et au-delà dans son état de cadavre, mais aussi la possibilité pour la personne, dans cet « entre deux »²⁷⁵⁴, de disposer de son corps en outrepassant les droits reconnus. Ainsi la personne peut-elle se mutiler là où de tels actes, quand bien même en accord avec l'expression de son consentement de son vivant, ne pourraient être pratiqués par qui que ce soit dans la mort, sans s'exposer, immanquablement, à des poursuites pour des actes de mutilations et de profanation sur un cadavre²⁷⁵⁵. Il en serait ainsi de celui qui pratiquerait un tatouage ou encore une scarification rituelle et ce en parfaite application des articles 225-1 et suivant du code pénal. Si le présent immédiat du cadavre ne semble pas poser réellement de problèmes, c'est dans son futur que le dispositif légal relatif aux funérailles est le plus nécessaire.

Paragraphe.II. La nécessité d'une législation sur le devenir du cadavre

1436.- C'est donc dans ce contexte d'ambivalence, de double visage relativement au statut même du cadavre, dépendant à la fois de ce que la médecine en considère, bien que cet avis ne puisse valoir devant un tribunal, que le législateur a entendu accorder un statut suffisant, en vue de faire respecter tout acte rituel funéraire.

1437.- Ainsi, la crémation est-elle rendue possible en vertu de l'application conjointe du code civil au moyen des principes du respect de la dignité de la personne, la dignité étant entendue ici comme le respect de l'expression des dernières volontés du défunt, et le code général des collectivités territoriales, en vue de faire respecter quelques règles notamment relatives à la dispersion des cendres²⁷⁵⁶. Ici la dignité permettrait de disposer de son corps, sans obéir à l'interdépendance corps/âme vie transcendante.

²⁷⁵³ Avant la naissance et sans que le corps ne puisse être singulièrement identifié à raison d'une individualité, la notion de personne étant en quelque sorte en état de sommeil.

²⁷⁵⁴ Commencement de la vie et mort et après la mort, voir la thèse de la demi-personnalité juridique chez Demogue, *La notion de sujet de droit*, préc., p. 639.

²⁷⁵⁵ Voir en ce sens l'impossibilité de faire ce que l'on veut de sa dépouille mortelle ; CE. 6 janvier 2006, *Martinot*, préc.

²⁷⁵⁶ Ainsi doit-on se référer ensemble aux art. 16 à 16-9 Cc et L 2223-18-1 à L 2223-18-4 du CGCT. Voir en ce sens E. Aubin, et I. Savarit-Bourgeois, *Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en*

1438.- Pourtant la dignité ainsi considérée, comme moyen d'exprimer sa volonté individuelle de disposer intégralement de son corps, sans aucun commandement extérieur, ne peut aboutir à une pleine disposition. Retenons ainsi qu'il est interdit de se faire cryogéniser chez soi, ou ailleurs, en vue d'une éventuelle avancée scientifique pouvant permettre de redonner vie²⁷⁵⁷. Ainsi, l'unité hospitalière a-t-elle le devoir de transmettre dans les plus brefs délais le corps du défunt, le délai de 24 heures ne pouvant être dépassé, et ce en vue de pouvoir faire en sorte que l'entreprise compétente chargée des funérailles puisse accomplir sa mission, dans un délai maximum de six jours suivant l'établissement du certificat de décès.

Paragraphe.III. Le droit des funérailles à l'épreuve des fondements religieux

1439.- Les funérailles obéissent donc également à un protocole légal, bien que pouvant obéir en apparence, à un rituel funéraire au sens religieux du terme²⁷⁵⁸.

1440.- Ainsi doit-on comprendre que le religieux est inféodé au droit, et que nul ne peut ignorer la loi applicable à tous au sein de l'unité hospitalière. Et c'est dans ces conditions que pourraient se poser de délicates questions telles que la toilette rituelle accordée au défunt selon le code islamique. Celle-ci se verrait opposer de nombreux obstacles dans le cadre hospitalier, et ce contre le respect élémentaire de la loi qui protège et garantit la liberté de culte jusque dans l'établissement public²⁷⁵⁹, la chambre du malade devenu défunt devant être, conformément à la jurisprudence constante de la CrEDH, considérée comme le lieu de résidence de la *personne*, et donc le lieu du respect de sa vie privée. La Convention de sauvegarde européenne, comme la Charte des droits fondamentaux, prévoient que des restrictions au respect de la vie privée ainsi qu'à la liberté religieuse peuvent être édictées pour répondre à des objectifs d'intérêt général, tels que la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, **la protection de la santé**, ou encore pour répondre à la protection des droits et libertés d'autrui. Les restrictions apportées pour

matière funéraire, in AJDA 2009, D. 2010, p. 531., au sujet de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, attribuant un réel statut anthropologique aux cendres.

²⁷⁵⁷ Voir en ce sens CAA de Nantes, 3ème ch., 27 juin 2003, *Martinot*, préc.

²⁷⁵⁸ Voir par exemple E. Aubin, et I Savarit-Bourgeois, *Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire*, préc.

²⁷⁵⁹ Voir art. 8 de la Charte des droits de la personne hospitalisée.

répondre à un tel objectif, très précisément défini, doivent être strictement proportionnées à ce que sa réalisation exige de mettre en œuvre²⁷⁶⁰. Or la pratique de la purification rituelle du mort ne pourrait, à des fins religieuses, être affaire des personnels soignant et ainsi, en vertu du respect du principe pré cité, c'est à la famille de pouvoir pénétrer le sein de l'hôpital en vue de pratiquer un tel acte rituel qui est nécessaire²⁷⁶¹ en vue de respecter ce qui dépasse le critère laïque, puisqu'il le contraint dans la garantie qu'il consacre, en tant que toute pratique religieuse doit être protégée dès qu'elle ne présente point de danger pour l'ordre public. Notons qu'une telle remarque vaut également pour la toilette rituelle juive appelée *tahara*²⁷⁶², et dont l'hôpital, ainsi considéré comme lieu d'expression d'une conception républicaine de laïcité, au sens du rejet absolu de la visibilité d'une pratique, revêt une fois de plus, pour celle-ci, une forme d'opposition majeure. Notons enfin sur ce point qu'il n'existe pas d'équivalent dans le dogme chrétien, si ce n'est dans le rituel chrétien orthodoxe²⁷⁶³.

1441.- Ainsi, admettons que les pratiques rituelles seraient plus difficiles à faire respecter que celles de nature funéraire seule, et dépouillées de toute identification religieuse. C'est certainement en raison du fait que le législateur considère le critère religieux comme relevant d'un caractère subjectif de l'*être*, que le respect des pratiques rituelles ne trouvent pas d'attache solide dans l'admission de ses critères de juridicité. **Or, si les règles religieuses sont extérieures à tout droit positif, celui-ci se doit d'en garantir l'accomplissement, car dans l'ordre théologique dont elles dépendent, elles sont supposées parfaitement**

²⁷⁶⁰ Voir CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Şahin c/ Turquie*, in RDP 2005, pp. 789-790, obs. G. Gonzalez ; JDI 2005, pp. 529-531, obs. E. Decaux ; au sujet d'une restriction à l'exercice de la pratique religieuse reconnue conforme au sein d'un espace public.

²⁷⁶¹ Avant la cérémonie religieuse, la toilette mortuaire musulmane est l'un des éléments les plus importants du rituel du décès. Elle est faite par les membres de la famille. Le lavage du corps doit être effectué par quatre personnes du même sexe que le défunt. Le corps est lavé trois fois de suite et parfumé selon un rituel complexe, puis les yeux sont fermés et les pieds sont liés. Le cadavre est considéré comme impur, d'où la nécessité de procéder à la toilette du mort en raison de sa vertu purificatrice. Le corps, nu, est ensuite enveloppé dans un linceul blanc, trois pièces d'étoffe blanche non cousues, bras le long du corps ou croisés sur la poitrine en position de prière. Le défunt est orienté vers la Mecque. Dès que possible l'imam vient au domicile du défunt pour réciter à l'oreille droite puis à l'oreille gauche la prière dite de *Shahâdâ* credo musulman : "*il n'y a de Dieu qu'Allah*" dit à l'oreille droite et "*Muhammad est le prophète d'Allah*" dit à l'oreille gauche. Nous le voyons bien, si le domicile est le lieu de visite privilégié de l'accomplissement du rituel mortuaire, la chambre d'hôpital devrait pouvoir être considérée ainsi jusque dans l'accomplissement d'un tel acte et ce conformément à la législation obligeant à ne point opérer de discrimination à raison d'une quelconque appartenance religieuse (en vertu de l'application des art. 225-1 s. du Code pénal, et 432-7 du Code pénal), conjuguée à la jurisprudence de la Cour de cassation relativement à la protection de la vie privée (voir note précédente) au sein de la chambre d'hôpital. Or nous l'avons compris, en vertu du principe de laïcité, le respect des cultes doit être affaire de vie privée.

²⁷⁶² La *tahara* se produit juste avant l'enterrement. S'il est retardé, ou qu'on souhaite le réaliser en un autre lieu que celui du décès, la *tahara* a lieu le plus près possible du moment du décès, afin de mettre le corps en bière et de ne plus y toucher. On ne réalise pas la *tahara* à Shabbat ni à Yom Kippour.

²⁷⁶³ Dans le rite orthodoxe une toilette mortuaire est faite ainsi que l'habillement du défunt ; cette toilette est généralement pratiquée par les amis et proches du défunt

objectives et reposer sur le sous-jacent transcendant que le droit entend reconnaître à l'occasion, dès lors qu'il s'agit notamment de protéger la vie dès son commencement²⁷⁶⁴. De telles difficultés se poursuivent dès lors qu'il s'agit de regarder le devenir du corps, lorsque celui-ci peut faire l'objet de différentes interventions à caractère scientifique.

Section.III. Le respect du corps en tant qu'objet : les actes à visée thérapeutique et à visée scientifique

1442.- Ne soyons pas stupide, et admettons que la recherche *biomédicale* est une réalité nécessaire à l'émergence de progrès essentiels dans la prise en charge de la maladie, de toutes les maladies (**Paragraphe.IV.**). Et si elle peut poser des problèmes de nature éthique, c'est à la loi de lui donner un cadre strict, afin de pouvoir également être pratiquée sur les êtres humains (**Paragraphe.I.**). Ainsi, cette activité dynamique de la médecine serait toute à la fois conditionnée aux dispositions légales relatives aux recherches à visées thérapeutiques distinctes de celles à visées scientifiques (**Paragraphe.II.**), qu'à celles relatives au cas du don du corps à la science (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. La nécessité d'un cadre légal pour la recherche biomédicale

1443.- La recherche *biomédicale* est un objet de droit dont le code de la santé publique dispose²⁷⁶⁵. Avant d'y être intégré, il semblerait qu'elle fut aux sources de la pensée *bioéthique*, au lendemain de la seconde guerre mondiale²⁷⁶⁶. C'est ce qui en justifierait le fait qu'elle relève d'une cause d'ordre public.

²⁷⁶⁴ Ne sachant pas quand est celui-ci. Notons à titre anecdotique et sans développement supplémentaire que certains dogmes religieux sont à même d'affirmer dans l'ordre exotérique de l'application légale et jurisprudentielle de la loi divine quand est-ce qu'il devient nécessaire de considérer le dépôt de l'âme, représentant le souffle divin conférant à l'embryon toutes les composantes de la personne, faisant de celui-ci celle-là et emportant toutes les conséquences que la reconnaissance de celle-ci emporte. Il en est ainsi dans le culte islamique

²⁷⁶⁵ Et régulièrement révisée ; voir en ce sens la dernière loi n° 2012-300 du 5 mars 2012, *relative aux recherches impliquant la personne humaine*.

²⁷⁶⁶ Voir en ce sens S. Monnier, *op. cit.*, pp. 78 s.

1444.- L'article L. 1241-3 du Code de la santé publique dispose que les prélèvements de tissus, cellules et la collecte des produits du corps humain, ne peuvent être effectués qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et, dans les conditions prévues aux articles L. 1232-1, 2 et 3 du Code de la santé publique, c'est à dire dans les conditions des prélèvements d'organes, soit après avoir vérifié qu'il n'y a pas eu refus exprimé de son vivant sur le registre national automatisé des refus ou, en son absence, après s'être efforcé d'obtenir le recueil du témoignage de la famille (les deux parents ou représentants légaux pour les mineurs); et **ceci s'applique aux prélèvements à visée thérapeutique**. Pour les prélèvements dont la visée est la **recherche scientifique**, autre que la recherche des causes du décès, la règle du consentement préalable ne vaut plus, et l'article L. 1241-4 du Code de la santé publique indique que c'est un décret en Conseil d'Etat qui fixe les situations médicales et les conditions dans lesquelles ces prélèvements de tissus sur personnes décédées seront autorisés.

1445.- Notons le caractère d'ordre public d'un tel sujet, la préservation du corps dans son intégrité relevant dès lors d'une mission incombant à l'Etat, dans la bonne administration de la pratique médicale dans son ensemble²⁷⁶⁷. Le non respect de l'intégrité du corps peut ouvrir à de nombreux types de procédures pénales pour responsabilité délictuelle, et à des réparations sur le plan civil, pour les dommages et le préjudice causés aux familles²⁷⁶⁸.

Paragraphe.II. Entre thérapeutique et science

1446.- Le terme thérapeutique, s'éteignant *a priori* avec la *personne*, sans prétendre à l'exhaustivité, pourrait en l'espèce faire référence à des prélèvements de tissus²⁷⁶⁹ servant à des greffes et à des traitements à base de produits issus du corps humain.

1447.- Pour les prélèvements réalisés à des fins thérapeutiques, la France, tout comme l'Autriche, a adopté le concept du consentement présumé. Ceci se base sur le principe qu'il n'y a pas eu refus exprimé du vivant de la personne sur le registre national automatisé des

²⁷⁶⁷ Voir en ce sens N. Millaire, *Observations sur la loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine*, Revue de Droit et Santé, n° 47, mai 2012, pp. 383-386.

²⁷⁶⁸ Nous renvoyons ainsi à l'art. 225-17 du Code pénal relatif au délit d'atteinte à l'intégrité du cadavre ; art. 16-4 cc relatif à l'atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine ainsi que l'art. 1382 du Code civil relatif à la responsabilité civile ; et enfin art. 3 Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et de Libertés Fondamentales relatif aux traitements inhumains et dégradants.

²⁷⁶⁹ Les prélèvements post-mortem concernent surtout les tissus cornéens.

refus²⁷⁷⁰. En l'absence de celui-ci, le personnel soignant doit s'efforcer d'obtenir le recueil de témoignage de la famille, en faveur de la non-opposition du défunt au prélèvement. **En France, toute personne est considérée comme consentante au don d'éléments de son corps en vue de greffe si elle n'a pas manifesté d'opposition de son vivant et ce depuis la loi bioéthique de 1994, révisée en 2004.** Si l'on est opposé au don d'organes, il faut le dire à ses proches ou s'inscrire sur le registre national des refus. Avant d'entreprendre tout prélèvement, les équipes médicales consultent ce registre pour s'assurer que le défunt n'y est pas inscrit. Si son nom n'y figure pas, l'équipe médicale se tournera toujours vers les proches pour savoir si le défunt s'était opposé de son vivant au don d'organes. Par contre, si son nom figure sur ce registre, l'équipe médicale stoppe immédiatement les démarches de prélèvement. Toutefois, il est intéressant de noter que la France compte trois fois moins de prélèvements post-mortem que l'Autriche, probablement parce que, là-bas, l'absence de refus sur le registre national suffit.

1448.- Les prélèvements à visée scientifique, quant à eux, servent à la recherche fondamentale et appliquée. Cette application nécessite le consentement exprès et explicite, exprimé directement par le défunt avant sa mort ou par témoignage de la famille. Cette restriction se confirme dans la loi Huriet, introduisant au code de la santé publique²⁷⁷¹: « qu'aucune recherche bio-médicale ne peut-être effectuée sur une personne en état de mort cérébrale sans son consentement exprimé directement par le témoignage de sa famille ». Ainsi, le consentement n'est plus ici présumé en raison du fait que l'objectif de tels prélèvements ne correspond plus à une visée directement liée à la sauvegarde de l'homme au nom de l'espèce humaine²⁷⁷².

²⁷⁷⁰ Art. R 1232-1 du Code de la santé publique. Le registre national automatisé des refus de prélèvements est régi dans son fonctionnement et dans le protocole à suivre en vue de pratiquer un prélèvement à fin de greffe par les art. R 1232-5 à R 1232-14 du Code de la santé publique.

²⁷⁷¹ Art. L. 1124-5 du Code de la santé publique.

²⁷⁷² Nous faisons ici référence à l'art. 3 CEDH que nous évoquions au sujet des fondements de toute action en responsabilité pour une quelconque atteinte faite au cadavre.

Paragraphe.III. Le droit subjectif à disposer de son corps dans le don à la science.

1449.- La possibilité du « *Don du corps à la science* » relèverait du même type de devenir à visée scientifique. **Fondée sur la seule volonté de la personne**, elle suggère l'idée d'un corps propriété de la personne, en tant que chose distincte de celle-ci.

1450.- La *personne* concernée par cette volonté de don de son corps à la science fait une demande (datée et signée) à la faculté de médecine la plus proche de son domicile. Il s'agirait d'une forme de directive anticipée. Une carte, que le donneur gardera toujours sur lui, est alors délivrée par la faculté de médecine où la demande a été faite. Cette déclaration peut contenir notamment l'indication de l'établissement auquel le corps est remis, ou préciser que toute faculté de médecine de France est acceptée, selon le lieu de décès. La personne donneuse doit être majeure et ne pas être sous tutelle.

1451.- La famille n'a aucun droit de regard sur cette démarche volontaire de demande de don. Si le décès est causé par l'une des maladies contagieuses définies par l'arrêté du ministre de la santé prévu à l'article R. 2213-9 du Code de la santé publique, la mise en bière est alors obligatoire. Dans tous les cas, le décès est déclaré à la mairie. Lorsqu'il n'existe pas d'opposition, l'exemplaire de la déclaration volontaire de don du corps qui était détenu par le défunt est alors immédiatement remis à l'officier d'état civil. La mairie délivre un certificat de décès que demandera la faculté de médecine. Le médecin produit un certificat médical prévu à l'article L. 2223-42 du Code de la santé publique, attestant que le décès ne pose pas de problème médico-légal²⁷⁷³. Le maire de la commune du lieu de décès, sous couvert de cet extrait médical, autorise le transport du corps²⁷⁷⁴. Les établissements bénéficiaires du don des corps peuvent être amenés à refuser le corps au moment du décès pour diverses raisons : il en est ainsi des situations telles que l'autopsie, bien que n'ayant pas révélée de maladie prévue à l'article R. 2213-9 du Code de la santé publique, ou encore le cas du suicide, ou de l'accident de la route. Ces oppositions incombent à la discrétion de la faculté de médecine seule.

²⁷⁷³ Et notamment l'une des maladies contagieuses définies par l'arrêté du ministre de la santé prévu à l'article R. 2213-9 du Code de la santé publique.

²⁷⁷⁴ L'autorisation de transport est demandée par la Faculté de Médecine, conformément à la circulaire n° 79-4049 du Ministère des Universités, du 23 Juillet 1979.

1452.- Notons que certaines facultés de médecine requièrent une participation pécuniaire pour l'acheminement du corps, ce à quoi le ministère de la santé a répondu en 1995²⁷⁷⁵, par le fait que l'article R. 363-10 du Code des communes dispose que les établissements d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche, qui acceptent un don de corps à la science, doivent assurer à leurs frais l'inhumation ou la crémation du corps. Par ailleurs, la loi du 8 janvier 1993²⁷⁷⁶ a intégré, par l'article L. 362-1 nouveau du Code des communes, le transport avant mise en bière dans les opérations de pompes funèbres. De ce fait, le transport de corps avant mise en bière fait partie des funérailles et doit être pris en charge par les établissements d'hospitalisation, d'enseignement ou de recherche. Et cette précision semble nécessaire en raison du devenir des restes mortuaires pouvant faire l'objet soit d'une inhumation soit d'une crémation. **Comprenons que dès lors que le corps est passé entre les mains des recherches médicale, il n'est plus réellement considéré comme tel, et bien que le respect de son intégrité soit encore exigé, il s'est totalement désubstantifié.**

1453.- Il apparait, enfin, que cette pratique serait en nette augmentation, surtout requise par les personnes âgées, à cause certainement des coûts exorbitants de l'inhumation. Si le don à la science constitue le don du corps à la violation parfaite de son intégrité, acte impossible de son vivant, la loi Caillavet²⁷⁷⁷ relative aux prélèvements d'organes, dispose que « seules les volontés exprimées par la personne elle-même avant son décès et non pas celle de sa famille » seront respectées²⁷⁷⁸. Toutefois, préserver l'intégrité du corps d'un défunt n'est que transitoire, voire illusoire, comme peuvent en témoigner les médecins et les légistes tant les découpages et autres incisions pratiquées abîment le corps dans son ensemble.

²⁷⁷⁵ Réponse ministérielle n° 24046, *J.O.A.N.* 8 mai 1995, p. 2382.

²⁷⁷⁶ Loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, *relative à la législation funéraire*.

²⁷⁷⁷ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, préc., abrogée par la loi n° 96-654 du 29 juillet 1994, préc., mais préservant l'idée de principe : en cas de refus expressément énoncé, aucun prélèvement ne pourrait être effectué ; les prélèvements sur cadavre ne pourraient être effectués que dans le cas contraire.

²⁷⁷⁸ La confiance avec la famille serait rompue, et seule la personne de confiance aurait l'agrément des autorités, mais sous contrôle de ses prérogatives.

Paragraphe.IV. Recherche *biomédicale* et risques de contournement des *droits premiers*

1454.- Il apparaît nécessaire de veiller quant à la liberté de la recherche médicale car il est bel et bien établi qu'elle participe à l'amélioration de la qualité des soins, de l'efficacité de la prévention et du diagnostic pour les vivants²⁷⁷⁹. Ce droit du médical se doit d'être conforme à l'application de l'*esprit* du principe de l'article 16-3 du Code civil rendant possible une atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de « nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. ». Cette hypothèse considère donc les cas de prélèvements à visée thérapeutique mais bien évidemment également les prélèvements à visée scientifique car ils sont ceux dans l'intérêt d'autrui. **Considérons donc, qu'en cette hypothèse, la personne est regardée comme étant morte, alors que toutefois, sur un plan biologique, sa mort n'est pas définitive. Il s'agit du cas de la mort cérébrale, qui médicalement et dès lors juridiquement, pour les raisons invoquées de prélèvements d'organes, est considérée comme un état suffisant de mort, afin de procéder à de tels actes, justifiant tout à la fois une atteinte à l'intégrité du corps humain vivant, et une atteinte à celui du mort ; c'est en effet ce que semble être la personne à ce moment là, un entre deux, états.**

1455.- La position du CCNE a été rendue publique par son avis concernant la question intitulé « Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation. »²⁷⁸⁰ ; et ici la philosophie sous-jacente à l'éthique du prélèvement serait explicitement celle de la considération d'une norme juridique « carcan », limitant les « prérogatives » de l'individu.

1456.- En effet, dès lors que le juriste considère la situation du malade non plus du point de vue du droit, *premier*, mais plutôt du point de vue relatif du médical, toute injonction juridique basée sur un fondement théorique du droit deviendrait inopérante, car opérant d'une ontologie non plus phénoménologique, mais de l'*être* en tant que tout uniforme, et dont la *personne* est une actualisation rendant compte à elle seule de tous les possibles contenus dans

²⁷⁷⁹ Voir en ce sens notamment J.-N. Missa, *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, De Boeck, Bruxelles, 1996, pp. 58 s. notamment quant aux expérimentations sur des patients en soins intensifs.

²⁷⁸⁰ CCNE, Avis n° 115, *Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, 15 juin 2011.

l'être. De ce fait, toute production normative serait par hypothèse restrictive quant à la capacité d'expression d'une liberté individuelle fondée sur la seule volonté/libre arbitre égotique de l'individu, relativement aux contingences sociales, politiques et économiques identifiables.

1457.- Ce droit, bien que positif, tendrait, pour plaire à se conformer à la seule volonté populaire, reflet éphémère et artificiel du réel, à nier toute spécificité ontologique de *l'être*, tout critère de l'espèce, critère ne relevant pas uniquement de l'ordre physique, mais bien plus encore de l'ordre métaphysique dans son aspect éthique, et moral quant à son application. Ainsi, cette résistance de la volonté individuelle à un droit positif idéaliste, révèle les limites de l'objectivisme le plus profond, en requérant dès lors ce qui procède de ce qu'elle méconnaît, à savoir l'ordre métaphysique de la loi comme commandement éthique premier dans l'émergence du droit positif, comprenant à la fois en elle-même l'expression ontologique, et le sens qu'elle doit prendre axiologiquement.

1458.- Cette opposition semble confronter alors un droit anarchique et nihiliste, fondé sur une volonté individuelle ayant éteint toute forme de critère objectif, à un idéalisme objectiviste, entretenant encore l'illusion de fonder sa production sur une métaphysique des mœurs. A cela nous proposons donc le dépassement par un droit fondé exclusivement sur une éthique, « mais par « dépassement » donc, et sans contradiction. »²⁷⁸¹. Ce dépassement opèrerait d'une connaissance de la vérité à laquelle l'accès serait rendu possible par une réflexion, par la négation de ce qu'elle n'est pas ; ceci en reviendrait à dire qu'il convient de regarder la personne comme actualisation de *l'être réel* et nécessaire, en tant qu' « *être idéal* et possible, [...] *idée d'être*. »²⁷⁸².

1459.- **Considérant que la personne, en tant qu'elle n'est point uniquement idéale, mais non plus uniquement et exclusivement sensible, certainement dépositaire de son corps, de son vivant, il convient alors de comprendre dans quelle mesure trouve-t-on une axiologie stable en réponse aux critères contingents modulables, en considération de la personne en tant qu'individu.**

²⁷⁸¹ J-M Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, *ibid*, p. 388.

²⁷⁸² *Ibid*, p. 26.

Chapitre.IV. Les modalités de mise en œuvre du respect des principes fondamentaux dus au mort

1460.- A vouloir assimiler corps et *personne*, dès lors que la *personne* meurt il deviendrait extrêmement complexe de déterminer à qui appartient désormais ce corps qui reste. Et selon la conception idéaliste, la personne n'existe plus en rien, si ce n'est dans le souvenir, traductible dans l'ordre positif du droit par sa volonté prolongée, et exprimée patrimoniallement par l'héritage.

1461.- Or, si le corps est la personne de son vivant²⁷⁸³, la séparation de la mort²⁷⁸⁴ semble le consommer, comme si la personne l'abandonnait là au monde de la contingence qui lui servait de justification jusqu'alors. De tels états nous poussent à nous interroger sur la propriété de ce corps, et ainsi regarder de plus près ce que le droit permet, autorise et garantit relativement au devenir de ce qui reste de l'existence (**Section.I.**). Ce corps qui est indisponible et imprescriptible, inaliénable et inviolable de son vivant, serait-il de part la mort un objet définitivement rangé dans la catégorie des choses *re-patrimonialisables*, ou bien existerait-il quelque conception lui attribuant une existence propre, et dont le propriétaire puisse assurer, consécutivement à son statut, une place privilégiée, traductible dans l'ordre du droit positif, de telle sorte que chacun puisse y trouver son compte ? Il pourrait en être ainsi de l'introduction des phénomènes religieux au sein de l'établissement public de santé en gage de la plus haute possibilité du respect du mourant, et du mort (**Section.II.**). La question de la propriété du corps renaîtrait alors dans l'hypothèse de la *propriété sacrée* (**Section.III.**).

²⁷⁸³ Voir en ce sens J-M Poughon, *ibid.*

²⁷⁸⁴ Rappelons que la question de la dignité du corps n'a plus à être remise en question conformément au dispositif légal en vigueur, tant au Code pénal que au Code civil ou encore au Code de la santé publique. Du reste, sur le principe de la dignité et la dépouille mortelle de la personne, voir TGI de Lille, 10 novembre 2004, D. 2005 n° 14, p. 930, note X. Labbé.

Section.I. La question de la propriété du cadavre

1462.- Partant de la supposition selon laquelle il est communément admis d'assimiler corps et personne (**Paragraphe.I.**), il serait donc possible, contre toute attente de se poser la question de la propriété du corps (**Paragraphe.II.**) dont, de toute évidence, l'hôpital ne voudrait pas assumer le droit (**Paragraphe.III.**).

Paragraphe.I. A supposer que le corps soit la *personne*

1463.- Il deviendrait admissible, toute proportion gardée, de considérer que le droit de la *personne* puisse opérer d'un mouvement de patrimonialisation. Ce mouvement procéderait d'une lecture toute à la fois idéaliste et réaliste de la chose corporelle, conjuguant son être souhaité à son être vécu, selon une volonté propre, elle-même soumise à un sous-jacent idéaliste en ce qu'elle ne regarderait que ce qu'elle veut être²⁷⁸⁵ à partir de ce qui est systématiquement factuel en sa coordination²⁷⁸⁶.

1464.- Ainsi, le droit relatif à ce corps là obéirait aux lois de la volonté du désir de s'accomplir dans la contingence des plaisirs et des maux éphémères d'un réel partiel, en ce qu'il ne prendrait de l'ontologie de son état que ce qu'il entendrait d'acceptable pour lui²⁷⁸⁷. Il serait positif, et cet état là serait rendu nécessaire par l'obligation de rendre manifeste ce qui ne relèverait, à tout le moins, que d'une abstraction intellectuelle, et bien que *a minima*, fondée sur un transcendant insaisissable. Et si le corps était donc un élément de la *personne*, indissociable de celle-ci, cela en reviendrait à considérer celui-ci comme détenteur de tous les droits à même de protéger la *personne* en tant que notion la plus haute dans l'ordre du droit.

1465.- Or, sans dématérialiser la *personne*, dont la présence physique actualise l'existence transcendante, ni sensibiliser à l'extrême le corps au point d'en faire une substance éthérée, il est admissible de saisir *le droit qui le dit*, comme un droit opérant une « rupture d'avec tout

²⁷⁸⁵ *Artefact* intellectuel.

²⁷⁸⁶ Réalisme pragmatiste qui est en réalité en lui-même une forme d'idéalisme empiriste.

²⁷⁸⁷ Il en serait ainsi d'un consensualisme typique des théories d'Habermas ou encore de Rawls.

substrat et principe d'unité »²⁷⁸⁸, ce qui conduit à immanquablement considérer l'un au dessus de l'autre, dans un mouvement schizophrénique de justifications successives et toutes aussi artificielles les unes que les autres, basées sur les critères suggestifs et contingents isolés. Et c'est dans ce contexte théorique que nous devons interroger la place du corps mort dans l'ordre juridique.

Paragraphe.II. Poser la question de la propriété du cadavre

1466.- La question de la propriété de celui-ci paraît à tout le moins évidente²⁷⁸⁹ dès lors qu'il s'agirait de savoir quoi en faire, lorsque la *personne dépositaire, ou propriétaire de son vivant*, l'abandonne au monde.

1467.- La question la plus immédiate est de se demander qui doit se charger de libérer l'espace qu'il occupe au sein de cette unité hospitalière pour laquelle il constitue désormais une charge. Car, si de son vivant, sa présence était justifiée par la maladie, dans la mort, son inertie représente une inertie économique pour l'administration hospitalière²⁷⁹⁰. **Dès lors, posons la question de savoir si le corps est la propriété de l'hôpital, qui en a certes un temps la garde.**

1468.- Le droit de la santé publique est explicite en la matière, et se voit précisé au code général des collectivités territoriales. En effet, la charge de disposer du corps, ce qui ne répond pas encore réellement à notre question, en vue de laisser libre de toute obligation à son égard l'unité hospitalière, procède d'une justification théorique, relevant d'une mission de salubrité publique ainsi que de respect de l'ordre public²⁷⁹¹, dévolue aux entreprises privées de pompes funèbres²⁷⁹². Le transport d'un corps nécessite l'utilisation d'un véhicule

²⁷⁸⁸ J.-M. Trigeaud, *ibid*, p. 36.

²⁷⁸⁹ Voir notamment une prise de position élaborée sur le raisonnement prenant le consentement de la personne pour objet, P. Raimbault, *Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »...*, Droit et Société, 61, 2005, pp. 817-844.

²⁷⁹⁰ Et nous disons cela au sens le plus élémentaire en ce sens que vivant, le corps a besoin de vivre par l'administration de substances nutritives, consomme des biens tels que location d'un téléphone, d'une télévision, toute chose pouvant générer directement ou indirectement un profit.

²⁷⁹¹ Voir en ce sens les travaux de P. Ariès sur l'évolution moderne d'« hygiénisation » de la mort. P. Ariès, *ibid*.

²⁷⁹² Art. L. 2223-19 du CGCT. La mission de transport des corps relève du service extérieur des pompes funèbres.

spécial²⁷⁹³ par une entreprise, une régie ou une association habilitée par la préfecture²⁷⁹⁴. Ce transport doit être effectué dans un délai assez court ne pouvant excéder vingt quatre heures²⁷⁹⁵.

1469.- Notons que l'autorité compétente à autoriser le transport d'un mort est le représentant du pouvoir exécutif local à savoir le maire, en tant que dépositaire de la mission du maintien de l'ordre. En effet, transporter un mort peut comporter des risques notamment pour la santé et la salubrité publique, le corps pouvant être porteur de germes ou de maladies contagieuses ; mais aussi pour l'ordre public, la mort pouvant constituer une épreuve pour celui qui, sans l'avoir choisi, y serait confronté par l'image du défunt²⁷⁹⁶.

1470.- Ainsi, le maire qui autorise le transport ne peut passer outre l'éventuel refus du médecin. Ce dernier peut en effet s'y opposer dans trois hypothèses²⁷⁹⁷ : si le décès soulève un problème médico-légal²⁷⁹⁸ ; si le défunt est atteint d'une maladie contagieuse²⁷⁹⁹ ; si l'état du corps ne permet pas un tel transport²⁸⁰⁰. **Le transport implique soit l'accord du médecin-chef du service hospitalier²⁸⁰¹ soit du médecin qui a constaté le décès. En pareille hypothèse, le corps est à la disposition de l'Etat qui semble en être le dépositaire, au sens réel du terme, lorsque la chose qui n'appartient à personne doit être considérée comme appartenant à celui-ci.**

1471.- C'est le décret du 1er août 2006 relatif au décès des personnes hospitalisées²⁸⁰², créant dans la partie réglementaire du Code de la santé publique, une section intitulée « Décès des

²⁷⁹³ Art. R. 2213-7 du CGCT.

²⁷⁹⁴ Art. L. 2223-23 du CGCT.

²⁷⁹⁵ Art. R. 2213-11 du CGCT, et sauf traitement de conservation opéré sur le corps tel qu'un embaumement, le délai passant à quarante huit heures.

²⁷⁹⁶ Voir en ce sens la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur le thème de l'interdiction de l'exposition de morts et ce même à but artistique à l'occasion de l'ouverture de l'exposition intitulée « Our body ».

²⁷⁹⁷ Art. R. 2213-9 du CGCT.

²⁷⁹⁸ Voir nos développements sur l'autopsie.

²⁷⁹⁹ Voir en ce sens l'arrêté du 20 juillet 1998, *fixant la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires prévues par le décret n° 76-435 du 18 mai 1976 modifiant le décret du 31 décembre 1941*, et portant interdiction de certaines opérations funéraires : JO 21 août 1998, partiellement annulé par le Conseil d'État ; CE. 29 novembre 1999, *Fédération Française des Pompes Funèbres*, in *AJDA* 2000, p. 178.

²⁸⁰⁰ Si, en raison d'un refus du médecin, ou en cas de dépassement des délais, l'autorisation n'est pas accordée, le corps ne peut être transporté qu'après sa mise en bière (art. R. 2213-12 CGCT).

²⁸⁰¹ Ou du médecin traitant dans un établissement privé.

²⁸⁰² Décret du 1^{er} août 2006, préc. ; notes D. Dutrieux, *De nouvelles règles en cas de décès en milieu hospitalier*, *JCP A* 2006, p.1200.

personnes hospitalisées et mesures relatives aux enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil dans les établissements de santé »²⁸⁰³, qui permettrait de répondre au traitement du devenir des défunts et des enfants sans vie lorsqu'ils sont, ou non, réclamés par la famille ou les proches. La réponse à notre question sur la propriété du corps semble trouver une piste pour s'éclaircir.

Paragraphe.III. Une atteinte au cadavre ou, l'hypothèse de l'impossible propriété objective

1472.- Ainsi, le corps n'appartiendrait pas à l'unité hospitalière qui en aurait plutôt la garde, comme un objet.

1473.- Cet objet est pourtant soumis aux prescriptions relatives à la fois à l'ordre public, ce qui en fait un objet à caractère particulier, mais aussi aux règles de droit privé et de droit civil notamment, en ce sens que le corps doit être respecté en son intégrité²⁸⁰⁴, tout comme en matière pénale. Il apparaîtrait donc progressivement un droit faisant de la famille, le sujet de droit qui a la possession de ce corps qui devient embarrassant, tant il appelle une mobilisation, relativement aux mesures d'hygiène qui s'imposent. Et le Code de la santé publique vient désormais préciser²⁸⁰⁵ que la famille dispose de dix jours à compter du décès pour réclamer le corps.

1474.- À défaut de famille, les proches sont également en droit de réclamer le corps. Par ailleurs, le nouvel article R. 1112-76 I du Code de la santé publique précise que le corps doit être remis sans délai. Le principe est donc de remettre le corps à la famille qui en est le plus logiquement disposée à vouloir garantir le respect des mesures funéraires et ou rituelles.

1475.- Cependant le législateur a envisagé la possibilité que le corps soit en effet abandonné et, que dans la mesure où l'hôpital ne peut en disposer, et ce quand bien même il serait hôpital universitaire, en vue de procéder à des études scientifiques, il conviendra tout de même d'accorder à cette chose une sépulture. Seule le titre de possession peut justifier le statut du

²⁸⁰³ Art. R. 1112-75 à R. 1112-76-2 du Code de la santé publique.

²⁸⁰⁴ Voir notre chapitre précédent.

²⁸⁰⁵ Art. R. 1112-75 du Code de la santé publique.

corps mort, possession que successivement unité hospitalière, puis entreprise de pompe funèbre agissant pour le compte de la famille peuvent revendiquer.

1476.- Il est donc impossible à ce niveau d'analyse, de considérer que le corps appartienne à qui que ce soit, son seul propriétaire légal n'étant plus. Et en apparence, c'est bien l'indifférenciation corps/âme soulevée par Poughon²⁸⁰⁶ qui enjoint cette impossibilité de dépassement. La loi est ainsi faite, qu'elle prémunit la *personne* et le corps ensemble des mêmes droits de leur vivant ; une fois morte, la personne n'étant plus²⁸⁰⁷, il ne demeurerait qu'un aspect résiduel de l'*être*, dont le corps est la manifestation actualisante, celui-ci n'opérant en ce sens que d'un matérialisme dialectique coupé de toute ontologie. Et comme le rappelle Ariès, le fait même de considérer la mort comme un phénomène sale et salissant oblige le droit à protéger le plus proche²⁸⁰⁸ de ce devoir(-*être*) d'accompagner la fin de vie, puis la mort²⁸⁰⁹. C'est en ce sens que depuis février 2007, les établissements doivent tenir un registre permettant d'assurer la « traçabilité des cadavres » selon l'expression bien choisie du premier « commentateur » de ce décret²⁸¹⁰.

1477.- Le corps n'appartenant donc ni à l'hôpital, ni à la famille, ni au groupe, et ne pouvant être qu'une possession temporaire de l'Etat, comment est-il possible de considérer que ceux qui n'ont que la garde de celui-ci, sont à même de garantir le respect des droits élémentaires du respect du corps, au nom du seul droit à la mémoire du défunt. Comment respecter les dernières volontés de celui qui ne peut plus témoigner ? La contractualisation des dernières volontés honorées par les entreprises privées de pompes funèbres semble être le meilleur moyen d'entrer dans le champ du cadre légal relatif à préserver toute sensibilité en toute laïcité. Car choisir d'introduire le phénomène spirituel, plus que religieux, au sein de l'établissement public de santé, s'est bien certainement justifié à cause de l'échec des droits et méthodes médicales jusqu'ici examinés.

²⁸⁰⁶ J-M Poughon, *ibid.*

²⁸⁰⁷ Au sens d'un pragmatisme idéalisant faisant de l'être ce que l'autre en perçoit directement par les organes sensibles selon les théories de l'école de Berkeley.

²⁸⁰⁸ La famille, le groupe d'amis, et plus largement l'ensemble du corps social qui pourrait y être exposé.

²⁸⁰⁹ Rappelons et sans développements plus détaillés que l'accompagnement de l'âme du défunt est une récurrence non seulement dans toute théologie mais plus particulièrement dans celles des trois monothéismes révélés. Par analogie il convient d'admettre que l'accompagnement du corps est suggéré comme nécessitant une pareille attention vers sa dernière demeure terrestre à savoir la terre ; le retour à la terre.

²⁸¹⁰ I. Corpart, *Décès et devenir des corps : clarification des consignes*, in *Gaz. Pal.* 16-17 août 2006, p. 2.

Section.II. L'introduction des phénomènes religieux et rituel à l'hôpital comme hypothèse de fondements dans la protection du mort

1478.- Le principe premier est le caractère laïc de l'établissement de soin, attendu qu'il est un établissement public, ayant une mission de service public. Or entendons-nous bien sur ce sujet, sans pour autant en refaire une énième description que nos *pères*²⁸¹¹ et *collègues*²⁸¹² ont déjà à de maintes reprises martelée, **le terme de laïcité ne doit pas préjuger de l'entrer de quelque religion que ce soit dans son giron, mais, bien au contraire, en garantir l'expression discrète mais pleine et assumée, de toute atteinte à son expression sous-jacente fondée sur une problématique dont elle ne peut préjuger, et qui, reposant sur un transcendant insaisissable, ne doit plus être regardé comme seul phénomène extérieur, mais comme devoir-être indépassable par celui qui l'introduit.**

1479.- Dès lors, loin de tout athéisme, allant jusqu'à nier le phénomène religieux considéré comme une manifestation culturelle et ou sociologique d'individus en mal de vivre, et désireux d'asseoir un pouvoir de l'intemporel sur le temporel en édictant des règles apparemment sans fondement autre qu'un imaginaire de celui qui se rassure, la laïcité doit être, toute au contraire, le principe sous-jacent au respect de tous, religieux ou non, croyant ou non, et ce en vue de permettre à chacun de réaliser ses intentions, de manifester sa volonté propre, ou abandonnée à un Autre.

1480.- C'est la raison d'être d'un principe qui ne met aucun au dessus de quiconque et permet d'entrevoir l'unité sous-jacente qui unit les peuples. Et c'est bien là le point nécessaire de convergence de ceux dont la réflexion se posera nécessairement un jour sur leur propre mort, son devenir et les conséquences de sa disparition (**Paragraphe.I.**). En pratique, la présence religieuse est d'abord dédiée aux mourants, et se prolonge bien sûr quant aux morts (**Paragraphe.II.**).

²⁸¹¹ Voir en ce sens J-M Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., chp. Développé plus particulièrement sur la laïcité ; mais aussi dans le même sens, toujours J-M Trigeaud, *L'attentat. D'un euphémisme d'agression et non de respect révélateur du discours discriminatoire ambiant*, op. cit., ou encore J-M Trigeaud, *La théologie de l'« entre nous » ou le politisme religieux*, op. cit.

²⁸¹² Voir à ce sujet notamment I. Levy, *Menaces religieuses sur l'hôpital*, Presses de la Renaissance, 2011 ; H. Pena Ruiz, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, Folio actuel, n° 104, 2003, IESR, Institut Européen en Sciences des Religions.

Paragraphe.I. Méditations laïques et droit sur la mort

1481.- La profonde méditation laïque de la mort apaiserait les uns, et occasionnerait détresse et malheur chez les autres. Le devoir laïc du politique est de garantir la bonne conduite de la loi, en vue de permettre à tous l'expression de sa vérité²⁸¹³.

1482.- Ce contexte suffit à nous guider sur le chemin qui est le notre, d'interroger l'introduction du religieux à l'hôpital, des rites qui s'y attachent, ou pas, le paganisme ayant ses rites propres, qui ne peuvent être ni ignorés ni empêchés, et ce dans la même mesure du respect du principe juridique de laïcité.

1483.- La liberté de l'expression du **consentement** à recevoir un soin peut dès lors contraindre le corps médical à interroger la loi, lorsque le soin paraît vital, et son abstention engageant du même fait le **pronostic vital** du malade et ainsi pouvant occasionner des questions de responsabilités à différentes échelles²⁸¹⁴. La jurisprudence *Sénanayaké* est venue donner une réponse sur l'interprétation de la volonté animée religieusement, toutefois la réponse ne saurait être définitive, et serait parfaitement réintroduite, désormais, dans le contexte de **l'applicabilité de la loi de 2005**. Car si le patient peut refuser un soin, ce qui motive ce refus ne peut être regardé. Il semble bien logique, en revanche, que les circonstances qui appellent ce refus soient strictement appréciées, et qu'à cette occasion, les données acquises de la science puissent établir un pronostic vital **certainement engagé**, de telle sorte que la personne n'ait aucune chance de voir son état de santé s'améliorer par quelque traitement que ce soit, y compris palliatif. Ainsi, dans la **volonté** de refuser ou d'interrompre un traitement, il pourrait y avoir la volonté de respecter un devoir-être se situant dans un ordre ésotérique de l'interprétation, et ainsi il devrait être indispensable d'écouter la personne motivant cette requête, à quelque niveau du pronostic vital que ce soit. Si l'hôpital public est **laïc**, la Charte de la personne hospitalisée rappelle que « la personne hospitalisée est traitée avec égards. Ses **croyances sont respectées** »²⁸¹⁵.

1484.- Le consentement de la personne hospitalisée devrait donc pouvoir se fonder sur des considérations religieuses qui n'entreraient pas en contradiction avec l'interprétation la plus

²⁸¹³ Voir en ce sens le principe contenu à la circulaire du 2 février 2005 préc.

²⁸¹⁴ Voir à ce sujet nos développements sur la question du consentement à recevoir un soin et du refus possible, ainsi que la possibilité de changer d'avis dans l'expression du consentement.

²⁸¹⁵ Charte de la personne hospitalisée, art. 8.

élémentaire et protectrice. La religion ne saurait rester à l'extérieur de l'hôpital²⁸¹⁶ quand il est admis qu'elle dépasse la *personne* même, servant à celle-ci de moyen à la fois de communication dans l'architecture globale de son éthique, de son discours, mais également d'actualisation de son *être* par un devoir-être interprétant le réel à la lumière d'elle-même, et plus encore des principes qui la fondent en tant qu'opérant dans un ordre saisissable par la seule intellection la plus subtile, indifférenciée métaphysiquement²⁸¹⁷.

1485.- Il ne s'agirait pas ici de faire converger une nature visant « le concept en tant qu'il rationalise le contenu de l'idée »²⁸¹⁸, distincte de la nature de l'homme, et une *personne*, « ce singulier pour ainsi dire absolu »²⁸¹⁹, mais bien plus d'identifier les spécificités de l'homme à la lumière de ce qui l'universalise, en permettant, par l'emploi d'un langage philosophique, onto-axiologique en son essence, d'actualiser le discours juridique qui le protégera singulièrement. Il s'agirait ici de la nécessité d'interpréter la situation de chacun à la lumière de la loi pour tous, une loi fondée sur les sous-jacent onto-axiologique, par définition commun, sans qu'il ne puisse y être opposé une quelconque volonté propre. Voici donc l'enjeu de l'introduction du religieux au sein de l'établissement public.

Paragraphe.II. La mise à l'épreuve de la laïcité : du mourant à la mort

1486.- En pratique, la présence des aumôneries doit être clairement signalée dans le livret d'accueil de l'hôpital. Celles-ci doivent être *a priori* pluriconfessionnelles, mais il apparaît en réalité qu'il y ait une forte prédominance des confessions catholiques.

1487.- Et les différences de traitement se confirment lorsqu'il s'agit d'observer le statut même des intervenants du culte ; rémunérés selon les modalités de la circulaire de 2006, relative aux aumôniers des établissements, relevant du Livre IX du Code de la santé

²⁸¹⁶ Voir en ce sens I. Levy, *ibid.*, : « D'ailleurs, pour le professeur Paul Atlan, gynécologue et psychiatre en charge, depuis 1996, de la consultation (unique en France) « Ethique et religion » à l'hôpital Antoine-Béclère de Clamart, la religion a bien une place à l'hôpital car on ne saurait demander aux patients de laisser leurs croyances à l'extérieur. Quand il lui arrive de rencontrer des difficultés, il n'hésite pas à rencontrer des référents religieux à l'extérieur de l'établissement pour échanger des points de vue. ».

²⁸¹⁷ Voir en ce sens J-M Trigeaud, *ibid.*, sur toute l'œuvre qui en fait son objet, et notamment,

²⁸¹⁸ J-M Trigeaud, *ibid.*, p. 120.

²⁸¹⁹ J-M Trigeaud, *ibid.*, p. 177.

publique²⁸²⁰. La plupart d'entre ceux qui sont sous contrat à titre permanent, sont, de fait, de confession catholique, le reste des intervenants se contentant soit d'un statut plus précaire sur le plan du droit du travail de contractuels temporaires, voir même de simple bénévole²⁸²¹. Quoi qu'il en soit, et sans entrer plus loin dans cette voie, retenons que la mort, choc spirituel du vivant, est un objet d'accompagnement privilégié pour les « autorités religieuses ».

1488.- Si, plus encore qu'auprès d'une personne, demander sa protection devant Dieu semble possible, ce qui va sans dire, le patient resterait tout de même inféodé à une morale qui lui est extérieure, celle qui lui impose de respecter son intégrité physique et morale à raison du non respect suggéré de ses convictions religieuses. Autrement dit, la pratique d'une conception religieuse appliquée à un acte doit y être proportionnée à sa nécessité. Et en la matière, tous les amalgames sont légions, dès lors que certains extrémistes introduisent des innovations à caractère religieux dans le champ de la pratique de leur culte, relativement à ce qui les dépasse dans un langage médical²⁸²². Car, loin de toute systématisation, retenons que le médical a ses raisons que le religieux ne connaît pas nécessairement, et qui se justifient parfaitement, au nom d'une liberté d'exercer un art qui en toute occasion peut réellement, mais dans l'intérêt de la personne, porter une atteinte à sa simple pudeur²⁸²³. Ainsi la pratique du culte est rendue possible dès lors qu'elle ne contrevient pas aux règles d'hygiène, ni à la qualité des soins, ni à la tranquillité des autres hospitalisés, ni au fonctionnement du service, ni à la planification des équipes de personnels. Tant de conditions limitant l'ordre le moins limité qui puisse être, ne sauraient résister à la détermination singulière de *celui-qui-ne-voulait-pas-mourir*. Autrement dit, bien souvent, des complications relationnelles, des tensions peuvent naître avec la fin de vie, révélant des angoisses sur lesquelles se greffent les conceptions globales de l'existence ; celles-ci pouvant entrer en concurrence avec les conceptions immédiates que ceux, dont le futur paraît plus certain, voudraient imposer à celui qui part. **La peur de ne plus exister ne trouverait d'ailleurs pas réellement à se calmer avec un regard porté sur le droit.**

²⁸²⁰ Voir notamment art. R 1112-46 du Code de la santé publique : « Les hospitalisés doivent être mis en mesure de participer à l'exercice de leur culte. Ils reçoivent, sur demande de leur part adressée à l'administration de l'établissement, la visite du ministre du culte de leur choix. ».

²⁸²¹ Notons tout de même que quelque mission sacerdotale que ce soit présume en amont d'un abandon de soi à la Volonté divine et donc ne peut rendre exigible une rémunération.

²⁸²² Ainsi en est-il de celles voulant accoucher en *burqa*, de ceux de confession catholique refusant tout traitement antalgique, ou encore de celles refusant de tirer leur lait le jour de shabbat.

²⁸²³ Nous renvoyons sur ce point à nos développements sur la vie privée comme fondement de la dignité.

1489.- Lorsque survient la mort, le droit positif considère que la personne hospitalisée n'est plus, et son corps demeurant, le culte exigerait bien souvent des actes rituels rendus nécessaires par des principes métaphysiquement fondés, et donc inévitables pour les ayants droit que sont essentiellement et, le plus souvent, la famille.

1490.- Or, *laïcité et pratiques rituelles* ne semblent trouver aisément leur point de convergence. A commencer par les multiples possibilités pour le personnel soignant de se trouver en contradiction avec les membres de la famille, lorsqu'il s'agit notamment de procéder à une toilette rituelle²⁸²⁴. Le religieux serait donc plus que jamais une question essentielle, la plupart des croyants ayant fondé leur foi en un jour d'après la mort, un monde au-delà et un jugement dernier, espérant leur mort la plus paisible, augurant la paix d'après. Et l'enjeu pour les personnels soignant est pourtant étranger à leur fonction, compte tenu de l'introduction d'une laïcité niant le principe de réalité première de ce qui est transcendant et indépassable, et assujettissant, en pratique, les exigences administratives auxquelles elle ne contrevient pas sur un plan théorique. Nous estimons la nécessité de pouvoir permettre l'intervention de la famille, ou encore de ministres du culte dès lors qu'il s'agit de procéder aux rituels imposés par le dogme religieux, dès les premiers instants augurant la mort, ainsi que suivant la mort du patient, et ce en dépit des obligations médicales inhérentes à la fonction administrative des personnels soignant, conformément aux textes pré cités fondant le respect du patient dans toutes ses pratiques religieuses²⁸²⁵.

1491.- Bien qu'en apparence semblant s'éloigner de notre propos, les observations, tendant à consacrer les privilèges des considérations spirituelles, permettraient avant tout de revivifier la question de la propriété du cadavre, avant qu'il soit rendu à la terre, où là encore, en réalité il fait l'objet d'un contrat de bail sous condition emphytéotique²⁸²⁶, lui conférant en quelque sorte un droit objectif à être objet de droit²⁸²⁷.

²⁸²⁴ Voir nos notes précédentes sur ce point précis.

²⁸²⁵ Voir notamment la *Charte de la personne hospitalisée*, art. 8, ou encore art. R 1112-46 du Code de la santé publique.

²⁸²⁶ Art. L. 451-1 du Code rural.

²⁸²⁷ Nous pourrions aller encore plus loin en rappelant que le cadavre peut faire l'objet d'exhumation dans le cadre de diverses procédures judiciaires, tests ADN en vue d'une recherche en paternité : CA de Paris, 6 novembre 1997, *Médecine et Droit*, 1998, n° 30, pp. 1-5, note P. Catala. ; ou encore recherche de substances toxiques lorsqu'un doute quant à la mort intervient dans le temps post funéraire : il s'agit de la procédure d'exhumation régie par les articles R. 2213-40 à R. 2213-42 du CGCT.

Section.III. L'hypothèse du corps propriété sacrée²⁸²⁸

1492.- Si le corps appartient à la personne de son vivant puis n'appartient plus à personne dans la mort, alors *Dieu qui est personne*²⁸²⁹ peut-il en être le propriétaire ? Etudier la question sur un plan juridique nécessite de prendre les précautions d'usage, obligeant à tout d'abord faire un état sommaire de la notion de *personne* en tant que concept appartenant conjointement à l'ordre exotérique du droit, et à son sous-jacent ésotérique, théorique et métaphysique (**Paragraphe.I.**). Dès lors, partant d'un présupposé ontologique, déterminisme irréductible de la *personne* à être, y compris, ce qu'elle ne voudrait pas être, il serait possible de rapporter plus clairement le droit de la personne, après sa mort, au regard du rapport qu'elle entretient avec son corps (**Paragraphe.II.**). Le droit positif traduisant l'ordre public rendrait bien compte des droits faisant du *corps-mort*²⁸³⁰ un objet impatrimonialisable (**Paragraphe.III.**). Toutefois les insuffisances apparentes seraient parfaitement dépassables, assurant la préservation suprême auquel le corps a droit, sur le fondement d'un au-delà des conditions limitatives du langage théologique que le droit ne saurait ignorer. Et il en serait ainsi des origines de l'être, dont le corps ne se distinguerait que dans la vie, mais non plus dans la mort, car certes, la *personne* qui est l'actualisation de l'être, n'est plus (**Paragraphe.IV.**).

Paragraphe.I. La personne entre droit positif et perception de philosophie du droit

1493.- La personne est le sous-jacent ultime à toute définition de la notion juridique de corps. Que l'approche soit purement positive, théorique, comportant une hypothèse philosophique ou reconnaissant un authentique caractère philosophique métaphysique et

²⁸²⁸La science juridique ainsi que la science théologique employant un vocabulaire commun, il conviendra ici d'entendre le terme *sacré* connoté d'une *nature* divine en son essence. Voir H. Popu, *La dépouille mortelle, chose sacrée. A la découverte d'une catégorie juridique oubliée*, thèse, Univ. Lille, juillet 2008. Voir également, M. Reynier, *Sacralité du corps humain*, in *Revue Droit et Santé* n° 40, chron., mars 2011 ; voir enfin, L. Burguorgue-Larsen, *De l'inhumation à la crémation en passant par la congélation : le mode de sépulture en question*, *AJDA* 2006, n° 14, 1^à avril 2006, pp. 759-761.

²⁸²⁹ Voir en ce sens J-M Trigeaud, *ibid*, p. 26. « puisque Dieu lui-même ne se pose que comme personne. »

²⁸³⁰ Expression volontairement formulée ainsi en référence au caractère explicite du mot/ idée anglophone « *dead body* » exprimant à lui seul la conception philosophique sous-jacente recherchée par le législateur.

éthique, et quand bien même se présentant par un discours théologique, la notion de *personne* conserve une structure propre, en elle-même, qui semble régir le droit de l'*être* en amont des définitions rationnelles de personne humaine, physique, justifiant de certaines approches garantissant la vie, dès son indicible commencement, jusqu'à son indéfinie fin.

1494.- Au premier plan, celui qui est visible dans son substrat positif, la personne est en correspondance à celle de personnalité juridique, cette dernière lui procurant l'attribution de différents états afin de la faire exister. Ceux-ci sont déterminés par l'ordre du fait juridique comme le sexe ; par l'acte juridique comme le statut de marié, et enfin d'éventuelles décisions judiciaires comme l'état de divorcé. Ces différents états suffisent à définir ce qu'est la *personne*, à en donner l'identité propre, lui permettant un positionnement dans le corps social, et déterminant ses capacités, ses droits et obligations notamment dans le corps familial. Et ceci se justifie par le fait que **l'état des personnes est d'ordre public**, en ce sens que la *personne* est une notion socle, relevant d'une communauté de l'*être*, reconnue par le fait du principe d'impérativité dont elle dépend, la loi déterminant les conditions et conséquences relatives à tel ou tel état. Ces dernières sont opposables, la loi étant obligatoire pour tous, en ce sens que chacun peut contester ce qui le regarde chez l'autre et, pouvant engendrer par son déséquilibre, un déséquilibre plus grand affectant tout le corps social. Enfin, la portée de l'état des personnes est supposée reposer sur la volonté de celle-ci, élément condition *sine qua non* à l'acquisition d'un état, et rendant ouvrable l'application d'un *statut impératif, déterminé par la loi*.

1495.- Le premier complément théorique nécessaire en la matière, actualisant la personne en sujet de droit, relève de **l'indisponibilité** de la *personne* en ce sens que nul ne peut faire commerce de tout ou partie de son corps²⁸³¹. Il s'agirait aussi du caractère **insaisissable** de l'état de la *personne*, aucun créancier ne pouvant se prévaloir de la saisie d'un quelconque état en tant que droit acquis²⁸³². De plus, la personne ne peut avoir simultanément deux états²⁸³³, ce qui suppose relativement à notre propos, que la personne ne peut être vivante et

²⁸³¹ Voir en ce sens l'interdiction notamment des conventions de mères porteuses ; voir art. 16-7 du Code civil.

²⁸³² Il est impossible de céder tout ou partie d'un droit subjectif ; voir en ce sens l'impossibilité de céder ou vendre un droit moral : voir par exemple les règles de la copropriété intellectuelle en vertu de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁸³³ Voir en ce sens par exemple le débat touchant à la détermination de l'identité sexuelle du transsexuel qui ne peut être homme et femme à la fois ; voir en ce sens la nécessité de la modification des registres d'état civil : une circulaire du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil prévoit que le Ministère public peut donner un avis favorable ; toutefois, la Cour de cassation semble opposer une résistance en la matière

morte à la fois. *Cette dernière condition semble même interroger quant à toute forme d'admissibilité d'une mort clinique, cérébrale, corticale, etc, assimilée à la mort effective, dans la mesure où les premières étant affectées d'une absence de réalisation totale sur un plan juridique, rendraient impossible quelque conséquence que ce soit eu égard à sa cohabitation à l'état d'être vivant.* Enfin, et logiquement consécutif à son caractère non patrimonial, l'état de la personne est **imprescriptible**, en ce sens qu'on ne peut acquérir un état comme on ne peut le perdre par l'effet du temps²⁸³⁴, exception faite de la matière filiale²⁸³⁵. Pour finir ce tour d'horizon élémentaire du droit positif de la *personne*, il convient d'ajouter que l'état de la personne est susceptible de possession, en ce sens que « posséder un état, c'est en jouir, en fait, indépendamment de la question de savoir si l'on en est réellement titulaire. »²⁸³⁶.

1496.- Si ce premier jet de droit positif peut servir tout un chacun à voir s'appliquer *in concreto* la règle de droit, la source nourricière de celui-ci présuppose que la notion de *personne*, une et uniforme avant d'être divisée en catégories d'appartenance, puisse reposer sur un fondement théorique dont le législateur ne peut qu'agencer les modalités propres et autonomes.

Paragraphe.II. Les rapports corps et personne sous condition ontologique de dépassement

1497.- Au-delà de toute volonté individualisée, la *personne* est ce que nous en avons dit ; et tout dans l'ordre théorique s'oppose à ce qu'il puisse être fait par exemple commerce de la personne, ou encore à ce qu'il puisse être admis un double état de celle-ci. L'état de cadavre ne peut être celui du vivant, et la question du statut du corps relativement à la notion de personne interroge quant à la survie éventuelle de droits inhérents à la personnalité juridique qui ne peut exister que du vivant de la personne.

voir C. cass. 7 juin 2012, résistance qu'elle ne semble pas exiger lorsqu'il s'agit du statut du mourant, de celui non encore mort et pourtant considéré en tant que tel, dans la confusion mort cérébrale/mort effective.

²⁸³⁴ Il est impossible en droit de devenir ce qu'on n'est pas, *a priori*.

²⁸³⁵ Voir en ce sens le cas de la possession d'état.

²⁸³⁶ P. Courbe, *Les personnes, la famille, les incapacités*, in *Mementos Dalloz*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 30.

1498.- S'interroger ainsi en reviendrait à ne faire vivre le corps qu'en faisant vivre la personne. La personne ne pourrait donc, selon cette hypothèse, *être* en amont et en aval de bornes qui déterminent la vie, qui en délimitent les états de manifestation.

1499.- A y regarder de plus près, le corps du cadavre relève bien de l'ordre public en ce sens que la protection de son intégrité, au nom de sa dignité, est une règle d'Etat²⁸³⁷. Et c'est au juge de rendre effectives ces mesures de droit²⁸³⁸. Le corps est certes indisponible, ne pouvant faire l'objet d'aucun commerce, qu'il soit considéré en tout ou en partie²⁸³⁹. Il ne peut non plus être saisi, en ce sens qu'un créancier ne peut prendre en otage le corps de celui qui est mort pour faire valoir sa dette auprès des ayants droit. L'indivisibilité apparaît en la matière d'autant plus évidente que la mort et la vie sont deux phénomènes juridiquement distincts²⁸⁴⁰. L'imprescriptibilité ne semblant pouvoir faire de défaut en matière théorique, le corps ne pouvant plus rien acquérir par le fait même de sa disjonction entre sa capacité et son état, mais ne perdant rien pour autant²⁸⁴¹.

1500.- Si donc les droits propres à garantir l'unité de la personne sont admissibles relativement au corps de celui qui en est mort, il ne semble pas y avoir d'opposition à admettre que la notion de personne, sans pour autant être disjointe de celle de corps, aurait en elle-même un existence singulière qui conférerait, par rattachement théorique à la notion de corps, une essence particulière à celui-ci. Si le corps conserve les droits dont il jouissait lorsqu'il était rattaché à la personne, alors par hypothèse il relèverait de la même essence que la *personne*, une essence provenant d'une source transcendante, celle-là même qui dépassent la seule technicité du droit positif, une source dont le caractère atteint à tout le moins « la morale et les valeurs d'une société. »²⁸⁴²

²⁸³⁷ Voir en ce sens art. 16-9 du Code civil.

²⁸³⁸ Voir en ce sens art. 16-2 du Code civil.

²⁸³⁹ Voir notamment art. 16-1, 16-6 et 16-8 du Code civil, relativement à la protection de la dignité et de l'intégrité du corps humain et par delà l'extinction de la personnalité juridique. Mais aussi, l'art. 225-1 et 225-17 du Code pénal, sur les atteintes à l'intégrité du cadavre constituant un délit pouvant ouvrir à une procédure civile en réparation du préjudice subi par les familles à raison du dommage causé au cadavre.

²⁸⁴⁰ Nous le verrons ontologiquement complémentaires.

²⁸⁴¹ Voir en ce sens art. 16-1-1 du Code civil, disposant que la mort ne fait point cesser le respect dû au corps. Le temps n'a donc aucune emprise sur l'état du corps, ce dernier jouissant indépendamment de la personnalité juridique ou bien consécutivement à une forme de persistance de celle-ci des mêmes droits que ceux dont il jouissait de son vivant.

²⁸⁴² J.-M. Poughon, *ibid*, p. 1.

Paragraphe.III. L'ordre public ou le langage de la systématisation de l'ordre moral

1501.- Dans le respect de l'ordre public, la personne dispose de son corps de son vivant, selon un double critère qui lui est extérieur. La morale en serait le versant subjectif de l'impératif catégorique kantien, subjectif relevant d'un idéalisme rationalisant l'état de conscience sociale de la personne. L'ordre public lui-même serait le critère matériel et objectif, et en réalité également relevant d'une forme d'idéalisme, faisant de la volonté propre le critère décisionnel, inopérant relativement à la loi rendue nécessaire par le fait analogue de l'objectivisation des critères qu'il créé. **Autrement dit, tout comme la personne n'est autonome qu'à la condition de la pré-existence d'une loi qui lui permet de l'être, le rapport qu'elle entretient avec son corps ne peut être moral que s'il correspond à la conception que l'ordre public en a.** Il s'agit bien là de l'interprétation que le Conseil d'Etat a pu avoir de la sauvegarde de la dignité, en tant qu'appartenant à l'ordre public.

1502.- L'ordre public justifierait donc que la dignité de tous soit celle de chacun, selon la maxime kantienne du : je veux pour autrui ce que je voudrais de meilleur pour moi-même²⁸⁴³. Ainsi la dignité kantienne se rapprocherait du stoïcisme en ce qu'elle serait exclusivement la capacité d'agir moralement en dehors de déterminations empiriques, et sensibles, de la volonté. C'est pour Kant le devoir moral²⁸⁴⁴ d'agir librement, y compris et surtout contre les inclinations du désir et de la chair. La dignité kantienne se distinguerait donc fortement du respect de la vie en tant que vie sensible et souffrante : elle serait au contraire respect de la liberté humaine, c'est-à-dire de l'homme en tant qu'être suprasensible²⁸⁴⁵.

²⁸⁴³ La morale kantienne est développée dans ses Fondements de la métaphysique des mœurs, et se fonde sur la loi de l'impératif catégorique qui est le commandement de l'« agis d'après une maxime telle que tu puisses toujours vouloir qu'elle soit une loi universelle. », imposant en la matière une limite d'ordre métaphysique la rendant plus affective que rationnelle. Il y aurait alors une sorte d'intérêt pour *l'ego* à rester dans l'illusion et le mensonge, forme de résignation aux forces les plus obscures et allant jusqu'à faire douter Kant de la moralité du Christ interrogeant singulièrement l'existence de celui-ci comme preuve empirique de la moralité. Il en conclut que la morale est un devoir qui s'impose par lui-même, et ne peut s'accomplir que dans une extrême souffrance car contredisant les satisfactions personnelles.

²⁸⁴⁴ *L'impératif catégorique.*

²⁸⁴⁵ L'héritage de la distinction entre morale déontologique et conséquentialiste, attribuée à Kant (Elizabeth Anscombe, élève et héritière de Wittgenstein, serait la première à avoir formulé cette opposition), empêche selon Schulman (A. Schulman, *Bioethics and the Question of Human Dignity, in Human Dignity and Bioethics*, rapport du Conseil du président des États-Unis sur la bioéthique, mars 1998, p.3-18) d'expliciter les débats bioéthiques, qui feraient plus appel à la notion éthique de prudence ce qui comme nous l'avons vu, transposé y compris dans le droit français, oppose toute introduction d'un critère onto-axiologique par mesure de précaution reposant sur le principe de sécurité juridique.

1503.- Or, et au-delà de Kant seul, la dignité aurait une double acception dès lors qu'elle deviendrait humaine, et pourrait soit être *un présumé théologique à caractère ontologique*, ou bien **au contraire** reposer sur la seule *liberté individuelle*, comprenons volonté propre, niant tout sous-jacent indépassable²⁸⁴⁶.

1504.- S'il est nécessaire de préciser dignité humaine, c'est bien que celle-ci n'est point l'apanage de l'homme, et l'animal par exemple est aussi préservé par la loi de toute atteinte à ce qui est sa dignité²⁸⁴⁷. Dès lors que la notion est subdivisée en catégories propres d'appartenances à des genres déterminés, il deviendrait nécessaire de soustraire la dignité à la multiplicité, pour en retrouver le fondement unique, le sous-jacent théorique fondamental. **La dignité, prenant des formes actualisantes correspondant aux genres qui se l'approprient, serait en amont une forme unique et uniforme**²⁸⁴⁸. Elle serait donc transcendante, et se prolongerait dans l'ordre juridique en tant qu'abstraction *re-créatrice de ce qu'elle est, au-delà de ce qu'en dit le droit*. Et lorsqu'elle s'applique au corps, « la doctrine juridique est quasiment unanime pour affirmer que le corps n'est pas seulement matière. »²⁸⁴⁹ C'est en consacrant la dignité du corps, en état de cadavre, que le législateur reconnaît même son existence abstraite, car « uni à une abstraction » que « certains envisagent même de manière spirituelle, [...] l'idée de personne que l'on trouve déjà en droit romain et qui rappelle, étymologiquement, ces masques des acteurs. »²⁸⁵⁰

²⁸⁴⁶ J-M Poughon, *ibid*, p. 2.

²⁸⁴⁷ Un arrêt de la Cour de cassation en date du 16 février 1895 a qualifié l'animal domestique comme étant celui qui vit sous la surveillance de l'homme et non plus uniquement sous son toit. Une loi du 19 décembre 1963 réprime tout agissement de cruauté commis sur les animaux domestiques ainsi définis. En ce sens, S. Antoine affirme que « l'animal ne peut plus rester dans le cadre étroit du droit des biens, car la demande sociale va désormais vers l'exigence d'une « éthique » en matière de bien-être animal, [...] ». S. Antoine, Présidente honoraire de la Cour d'appel de Paris, et trésorière de la Ligue française des droits de l'animal, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, Ministère de la justice, 10 mai 2005, p. 29.

²⁸⁴⁸ Nous employons volontairement ce terme de forme en référence à la théorie de idées de Platon, réactualisée notamment chez Plotin ou encore dans toute la philosophie d'Al Ghazali. La forme est ici l'idée de la chose dans sa présentation principielle, élémentaire avant distinction dans l'ordre des manifestations contingentes, avant de devenir tel ou tel dans la multiplicité des choses, et ce sans que nous n'entrions plus dans les détails techniques des pensées de ces différents auteurs qui se retrouvent sur le socle commun d'un fond authentiquement métaphysique.

²⁸⁴⁹ J-M Poughon, *ibid*, p. 3.

²⁸⁵⁰ J-M Poughon, *ibid*. Notons que la référence aux masques n'apparaît pas être celle exclusive de l'approche doctrinale de l'auteur, celui-ci semblant emprunter cela à J-M Trigeaud, qui, dans son *Métaphysique et éthique au fondement du droit* développe toute l'approche symbolique du masque traduisant ainsi les euphémismes et autres droits transitoires car contingents à un monde éphémère, relevant d'un idéalisme nominaliste et phénoménologique.

1408.- Comprenons donc que la systématisation de l'ordre moral, par un langage juridique permettrait d'offrir la garantie maximum que la personne pourrait attendre, de son vivant, en vue d'être morte.

Paragraphe.IV. Actualisation du droit sous condition métaphysique

1505.- Théologiquement²⁸⁵¹, la distinction corps et *personne* demeurerait en ce sens que celui-ci est l'abstraction de celle-là. Et figurativement, le masque serait le symbole de cette approche différenciant l'*être* de ce qui en est dit²⁸⁵². Théologiquement la *personne* et le corps seraient encore deux substances distinctes, et leurs droits découleraient de leur théorisation éteignant et coupant la source qui les nourrit pour les autonomiser dans le discours juridique²⁸⁵³. Le corps demeurerait alors la forme distincte de la *personne* qu'il actualiserait en *personnage*, à savoir en *expérience de la personne*.

1506.- Métaphysiquement, le corps et la *personne* ne seraient qu'une seule et même chose que l'on ne regarderait que dans deux ordres différents, en apparence seulement, car l'ordre relevant lui-même de l'apparence, comme justifiant la manifestation de l'abstraction. Le corps serait la condition sine qua non à ce que la personne puisse se présenter au monde. Il n'en serait qu'une forme actualisante, et c'est en cela qu'il se verrait bénéficier des droits dont elle dispose.

1507.- Or, en tant qu'abstraction uni à l'abstraction la plus haute de l'*être*, le corps cadavre s'en trouverait ainsi non affecté par son état cadavérique, et présenterait par là-même la nécessité d'être vue comme la vie, se prolongeant dans son retour à la terre²⁸⁵⁴, matière vivante éternelle. Ainsi, le corps obéirait aux mêmes règles que celles qui font la *personne*,

²⁸⁵¹ Nous ne prétendons pas défendre d'approche dogmatique quelconque et l'idée selon laquelle notre culture, y compris juridique ne relèverait que d'une tradition judéo-chrétienne ne nous satisfaisant pas, nous tenterons de transcender les divergences dogmatiques afin de restituer le communément admis des traditions religieuses.

²⁸⁵² Voir en ce sens J-M Trigeaud, *ibid*, p. 55. Ici l'auteur rappelle que le concept de masque déplace l'attention du métaphysicien, encore que celle-ci continue sa concentration vers l'unicité, dans l'unité, vers le symbolisme du masque en ce que « l'on peut le nommer [comme] le référent : il est l'être ou la réalité qu'il traduit et symbolise. »

²⁸⁵³ Sur les liens entre religion et droit, voir l'ensemble du numéro 38 des Archives de Philosophie du Droit et notamment J. Carbonnier, *La religion, fondement du droit ?*, op. cit.

²⁸⁵⁴ Voir en ce sens l'importance des funérailles et de l'attention portée au corps et à ce qu'il faut en faire dans les différentes traditions à caractère religieux; notamment dans l'hindouisme où il est nécessaire de le brûler pour le rendre à la terre, ou encore inversement, il est nécessaire de le préserver dans son état et couvert d'un seul pudique linceul dans la tradition islamique.

celle-ci ne choisissant pas ses règles propres, mais les portant en elle-même comme devoir-être déposé par son *être-créant*. Il ne s'agirait pas d'affirmer que le cadavre pourrait jouir fictivement des droits de la personne, mais tout au contraire de ne rien éteindre de la personne, subjectivement, lorsqu'il ne resterait que le corps à voir.

1508.- *Si le corps est propriété de la personne, et c'est bien ce qui est admis dans le droit le plus positif et idéaliste, alors convenons que son propriétaire le plus absolu en serait l'être-créant, seule source irréductible qui fait la personne.* Et cette démonstration vaudrait pour tous, y compris ceux de l'athéisme capables de saisir les lois qui dépassent l'homme, de celui qui ne peut les maîtriser y compris lorsqu'il ne les considère que comme des mécanismes, telles que la succession des jours et des nuits ou encore celle des saisons²⁸⁵⁵.

Conclusion Troisième Partie.

1509.- Admettre l'au-dessus rendrait la *personne* non seulement responsable d'elle-même, mais aussi de tous, en tant que dépositaire d'une fonction ontologiquement établie, et responsable de chacun, puisque participant d'une unité première et indépassable procédant de sa fonction. C'est à la loi²⁸⁵⁶ de faire primer cet *au-dessus* dans l'en deçà de la société ; c'est au juge d'en réguler les dérives et autres accidents, fautes ou erreurs, qu'elles proviennent d'un comportement volontaire, involontaire, avec ou sans faute. C'est au législateur avant tout de repenser sa conception du droit en changeant radicalement son alambique par lequel il distille les notions sous-jacentes à la *personne*, celle-ci étant le seul point de départ, et le seul point d'arrivée, puisqu'elle est la seule manifestation existentielle réelle de ce qui la conditionne, de ce qui fait d'elle son *sujet*.

²⁸⁵⁵ Le corps connaît en ce sens son printemps, son été, son automne et son hiver, et associé à la *personne*, ensembles ne s'éteignent peut-être jamais dans la conscience.

²⁸⁵⁶ Voir J.-M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, op. cit., p. 48 : « Droit que ne menacent plus dès lors les dangers de pétrification et de dessèchement qui se sont abattus sur le *Naturecht* idéaliste en particulier. Le but est de faire être ce qui est déjà, d'en accroître l'énergie par la mise au point de procédures protectrices : des procédures théoriques et déclaratives d'une orientation à suivre, et des procédures pratiques énonciatives de propositions à appliquer ; le but n'est pas d'imposer au donné de l'expérience une structure étrangère aux fins qu'il véhicule. »

« Voilà bien longtemps que je médite sur la mort. Aujourd'hui, à l'hôpital, je puis vous assurer que je suis déjà mort. Et les approches de droit, de philosophie, de sociologie, d'anthropologie et de tant d'autres sciences dites *humaines* qui ont pourtant soutenues mes contemplations sur la mort, ne suffiraient pas à exprimer la *liberté* que ma *première mort* m'a conduit à embrasser. Car la mort qui m'attend ne sera qu'un passage, et non une fin ; alors vos *droits* ne suffiront pas à m'acquitter de ce qui me sera demandé après, au moment du *commencement*. Seul le Droit d'Antigone me servira là où le législateur ne sera plus homme. Alors, *noli me tangere*. »²⁸⁵⁷

²⁸⁵⁷Ces propos furent recueillis lors d'un entretien ayant servi de réflexion préparatoire à l'élaboration de la présente thèse. Son auteur justifia son vœu de rester anonyme par le caractère « universel », dit-il, du message qu'il entendit faire passer.

CONCLUSION

I. Du concept fermé de mourant à son dépassement

1510.- Le droit du mourant, précédant celui *sur la mort*, s'est révélé être un concept fermé, bien qu'aux innombrables facettes. Il ne l'est pas à la **multitude** de sources tant judiciaires que médicales, opératives en fait, et qui le **recompose** successivement, et par additions **paradigmatiques** de concepts *bioéthiques*. Ceux là, en effet, tous autant qu'ils sont, adjacents et extérieurs, apparaissent plus naturellement propre à **présenter un sujet de droit** émanant d'un corps social, et par là objet d'un *biopouvoir* politique. Est en retrait, en revanche, une capacité à *présentifier* la **personne sous-jacente** à celui-ci.

1511.- En effet, le mourant procède bien plus d'une disjonction phénoménologique, par opposition des données acquises de la science qui rendent compte des manifestations visibles de l'*être*. C'est en prenant la multiplicité indéfinie des possibilités de la *personne* pour point de départ, que s'opère la césure avec un sujet métaphysiquement fondé. La *personne* qui en est l'actualisation réelle, en appelant dès lors à être saisi par le langage du droit, oppose une résistance à obéir en priorité à une vérité organique, lorsque la *liberté* lui en *suggère* une autre. C'est en partant d'une interprétation idéaliste du droit positif que peut apparaître une démarche occlusive, *objectivant* l'être en recréant ses liens intrinsèques, les faisant extérieurs en les saisissant certes tels qu'ils sont, mais en les enfermant dans des catégories monographiques.

1512.- Ce droit là se renouève nécessairement dans sa manifestation formelle légale, en raison de l'artificialité des corrélations existentielles, coupées de l'unité première qui en est en réalité leur source. Il s'agirait là d'un idéalisme qui identifie la personne essentielle comme extérieure à son propos, car métaphysique, et de ce fait objectivement et volontairement non identifiable, selon un cartésianisme avéré. Et cela s'oppose à un réalisme de l'être avant tout, dont le principe créateur permet à l'homme l'accomplissement d'un devoir-être responsabilité, mettant les principes d'interprétation du droit à la disposition de celui de qui émane la norme.

1513.- Certes le métaphysique est insaisissable par la raison, mais il l'est par l'intuition du cœur dépourvu de tout *a priori*, de toute séquelle émotionnelle. Et le droit du mourant serait ce droit qui ne s'appliquerait pas qu'au mourant, mais à la personne, qui dans son état de faiblesse s'éteint à la vie, sans pour autant voir disparaître ce qu'elle est encore, et ce qu'elle a été, puisque le fait qu'elle soit encore suffit à faire être ce qu'elle a été. Autrement dit, en réalité, l'ensemble du dispositif légal étudié, de la plus ancienne disposition imposant de considérer la personne sous son rapport à la souffrance, cette première circulaire de 1986, mais aussi lorsqu'elle meurt, avec l'obligation des soins palliatifs institutionnalisés, jusqu'à la consécration d'un statut de mourant en conjuguant les dispositifs des lois Kouchner et Léonetti, serait parfaitement applicable, dans le respect le plus intransigeant de ce qu'est la *personne*, c'est-à-dire le point de départ de toute préoccupation légale. Car même lorsqu'elle est regardée comme un chose, et c'est son devenir lorsqu'elle devient un cadavre, elle doit en être encore le point de départ. C'est même ce qui est apparent en considérant les dispositions les plus récentes relatives aux funérailles.

1514.- La personne mourante est un isthme entre droit privé et droit public. Il n'y a, à ce propos, aucune opposition ni théoriquement, ni onto-axiologiquement fondée. Il est même dans l'ordre des choses que la *personne* soit saisie par le **droit privé** qui **garantit** ses **droits individuels**, et protège sa **liberté absolue** au-delà de la seule physique. Mais aussi qu'elle soit une personne **sujet de droit public**, et qu'elle **obéisse** aux **règles communes d'une société**, pouvant rendre **opposable** aux tribunaux les **atteintes** portées contre sa **personne** par le fait des **institutions étatiques**. Il n'y a rien d'étonnant ni d'anormal à cela. Toutefois, les limitations légales, que peuvent subir les personnes du fait de l'émergence d'un droit qui se spécifie, n'entreraient plus dans le cadre d'un droit authentiquement onto-axiologique. Comprenons que la limitation sur fond d'ordre public puisse parfaitement se justifier lorsqu'il s'agit du pouvoir régalién de police. Limiter la liberté d'aller et venir des citoyens lorsque traverser un pont peut constituer un péril imminent pour eux, doit être regardé comme une cause nécessaire. Il s'agit de préserver la vie de ceux dont elle ne semble vouloir s'échapper. Les limites d'ordre public sont donc justifiées lorsqu'il s'agit de droits subjectifs appliqués à des vivants. L'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge semble en ce sens là tout à fait justifié, en limitant l'individualisation de la jouissance de la dignité de l'un, lorsqu'elle peut contrevenir à une conception plus élevée, collectivement fondée de la dignité de tous. Celle-ci, n'appartenant à personne, serait en ce sens considérée comme, un temps seulement, la

propriété de l'Etat, dans le but d'en garantir le mieux possible l'égalité répartition, en bonne morale.

1515.- La question serait toute autre au sujet du mourant. A la fin de la vie, les questions relatives à l'existence poussent à remettre le plus souvent en cause les conceptions acquises de la dignité, et que cela soit dans le sens d'une volonté de nuire à sa propre vie, ou au contraire de la protéger au mieux, la loi actuelle permet une parfaite liberté en ce sens. Autant l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique permet de poursuivre la volonté de cesser tout traitement, et l'article L. 1110-5 d'y substituer le traitement invitant la mort, dans le respect de la volonté d'annoncer celle-ci, autant, les soins palliatifs de l'article L. 1110-10 du même code, permettent de faire en sorte que la personne, dans un environnement adapté, puisse jouir de sa vie, jusqu'à ce que, dans la mesure du possible, la mort l'emporte le plus naturellement. Pourtant, la soumission de celle-ci à des conditions de nature médicale pose de premiers problèmes, quant aux correspondances entre elles et le droit. Il s'agit d'interprétation. Et lorsque le subjectivisme triomphant des hommes de la médecine, ou encore des juristes²⁸⁵⁸, veut l'emporter sur ce qui les précède, une forme de vérité irréductible, alors, l'interprétation se fait erronée, et loin de respecter l'ordre des choses, elle le dissocie de sa correspondance à la loi qui, nécessairement, d'une manière ou d'une autre, y renvoie. *Être* dans l'ordre des choses, ou l'ordre ontologique, nécessiterait que le droit appliqué, qui commande le respect de la personne, soit authentiquement inspiré par cet ordre, et n'en dépasse pas les exigences métaphysiques et éthiques. Cela signifie donc que dès que le droit exige du sujet de droit qu'il soit tout autre que ce qu'il est avant que le droit ne lui dise ce qu'il doit être, ce droit là sort de son cadre réaliste pour devenir idéaliste. Et il en serait ainsi de cette hypothèse faisant du mourant un sujet de droit extérieur à la convention qui le lie à l'établissement public de santé, et plus directement celle qui, *de facto*, le fait entrer dans ce « colloque singulier » avec le médecin.

1516.- Sans discréditer la lourde tâche des médecins, l'hypothèse de la condition potestative l'alourdit en réalité encore un peu plus. Voilà pourquoi il ne s'agit pas de leur attribuer la *faute*, ou tout au moins peut-être parfois une seule complicité passive, par manque d'expérience, de temps, de volonté de dépasser la multitude d'obligations contraignant une activité déjà contrainte par les lois du vivant. C'est même ce qui semble le plus souvent

²⁸⁵⁸ Voir H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, op. cit., p. 338.

renvoyer à une *bioéthique* qui se serait spécialisée en ce domaine. Comprenons que de telles conditions rendent en réalité illusoire l'autonomie du mourant. Elles sont le fruit de la conjonction de sources émanant de différentes autorités : au commencement, certainement, dans les **avis de comités**, puis ceux-ci servant, *ab origine*, de réflexion dans les **lois** que le législateur justifie sur fondement d'**ordre public**, à la base du **droit fondamental à la santé**²⁸⁵⁹, et qui en ce sens ne peuvent être considérées sous le rapport d'une telle hypothèse, et enfin dans la **pratique**, tant celle des **médecins**, qui dans l'immédiateté sont soumis à des interprétations complexes, que celle des **juristes** qui, le plus souvent détachés de la pratique médicale même, tendraient soit à la justifier, lui faisant une confiance aveugle, et purement **spéculativement** fondée, ou bien au contraire, la réfutant, niant alors la réalité objective de certaines **données acquises de la science**.

1517.- C'est en ce sens que la personne, avant le mourant qui devrait s'effacer, car en tant que concept idéal, il limite déjà sa prise en charge et confère une pression supplémentaire sur ceux qui le regardent, personne qui se situe entre droit privé et droit public, ne saurait être indistinctement affectée par les dispositions respectives des deux ordres, *a priori* toujours subordonné à la *summa divisio*. La soumission à l'un ou l'autre des deux ordres, faisant basculer le régime de protection général de la personne dans un régime particulier, romprait l'équilibre naturel, en privilégiant un statut sur l'autre. Et même si notre approche réaliste ne peut ignorer les sources au commencement privatistes d'un droit public, il ne s'agirait pas de nier la nécessité logique d'un tel droit. Toutefois, il est impossible, sans créer une authentique discrimination, de saisir la personne comme appartenant plus au droit privé qu'au droit public et inversement. Et il en serait de même en faisant tour à tour des précisions trop effectives quant aux régimes d'application dans tel ou tel domaine relatif à la personne. C'est bien ce que ferait un droit exclusivement contractuel qui désignerait à souhait le statut de la personne, pris en *époque*²⁸⁶⁰, sous son seul rapport à l'humanité. Il ne s'agirait plus alors que de l'*humanité de l'homme*, et non plus de celle de la *personne*. Les apparentes formulations sentencieuses, prenant les *droits de l'homme* pour référence, en sont la preuve.

1518.- L'humanité, considérée dans la perspective des *droits de l'homme*, servirait à définir un homme non plus intégral ou central, universel, mais un seul personnage étatisé, politisé dans un rapport axilogique tronqué, où les seuls points de convergences extraits de son humanité

²⁸⁵⁹ Art. L. 1110-1 du Code de la santé publique.

²⁸⁶⁰ Au sens heideggérien.

suffiraient à définir la personne toute entière, « de biais ou *in obliquo* comme le dit l'Aquinate. »²⁸⁶¹. Les *dénominateurs communs* de l'humanité justifieraient tous plus les uns que les autres, sous les *généricismes* de la dignité, une approche politique et sociale du point de vue de l'*horizontalité* du droit public, et limiteraient les indéfinies possibilités de l'*être-personne* sous l'angle de la verticalité positivée du droit privé de la personne.

1519.- Sans qu'il ne soit ici nécessaire de s'attarder sur ce qui apparaît parfaitement artificiel quant à la *summa divisio*, **le seul cas de la personne mourante suffirait à faire tomber toute illusion d'une séparation stricte, puisqu'en pratique les exigences assimilatrices de droit privé, et les exigences collectives de droit public créeraient un tiraillement qui obligerait la personne mourante à s'effacer, face à la loi. Car, c'est en disant ce qu'est la personne mourante que la loi la nie le mieux.** En cantonnant le droit du mourant à des artefacts de dignité exclusivement empiriques dans l'ordre du droit privé, en excluant quasiment toute action responsable en dehors d'une faute, réintroduisant une exception de responsabilité, sauf cas de responsabilité sans faute déguisée, le législateur a conduit le mourant à n'être plus qu'un objet d'indemnisation. Les différentes requêtes formulées aujourd'hui ne concernent plus uniquement, toute proportion gardée, des causes de responsabilité, mais essentiellement des demandes en indemnisation, formulées devant les organes para-étatiques que sont ONIAM, CRCI, etc. Toutefois, le souci intrinsèque de *justice* pousse encore les victimes de l'établissement public de santé à tenter des recours en responsabilité devant les Cours suprêmes de droit civil et de droit administratif, et ce n'est sans doute pas un hasard si la première d'entre elles a répondu favorablement, encore très récemment, à une conception extra contractuelle de la relation médicale. C'est le cas d'une responsabilité délictuelle remettant dès lors en question plus de 70 ans de jurisprudence constante en la matière.

1520.- La **quantification de la douleur** trouverait donc son paroxysme dans la quantification du préjudice, faisant un lointain écho au *pretium doloris*, toutefois désormais regardé au travers de grilles de lecture pré établies. C'est l'avènement d'un **quasi-droit** de la réparation, dont les organes para-étatiques précités incarnent la **mission assurencielle**. Cette **déresponsabilisation** ne semble pas avoir terminé de sortir la personne mourante du cadre de la *re*-connaissance d'une existence avant la maladie. La personne mourante, conçue avant tout

²⁸⁶¹ J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. Cit., p. 178.

comme personne humaine, ne verrait reconnaître sa vulnérabilité qu'en tant point de départ de sa protection. Autrement dit, celle-ci ne serait que déclarative, c'est-à-dire uniquement au commencement du droit, sans en être le fin de ses moyens. Et l'introduction d'une **possibilité d'euthanasie** rend effective une telle conception de la *personne*. Reposant, sans entrer plus avant dans cette voie, sur une forme de libéralisme politique concevant la personne comme responsable d'elle-même une fois ses droits reconnus comme acquis, **la personne elle-même serait niée comme point de départ, n'étant donc qu'une finalité à définir**. En effet, pour être déclarée responsable il s'agirait avant cela qu'elle soit libre, et celle-ci dépendant de l'autonomie de sa conscience, sa sujétion à un droit positif serait nécessaire. Une telle conception se retrouve effectivement dans un droit médical intervenant dans le domaine pénal. **En autonomisant en apparence le mourant, la loi le rend encore plus dépendant à la convention qui le lie à l'établissement public de santé**. C'est le corps médical dès lors qui en dessine les conditions, et ainsi la dépénalisation du droit médical semble inéluctable. Les cas de non lieu en matière d'euthanasie avérée en sont une preuve évidente. La consécration d'un « **laisser mourir** », **par la loi de 2005, semble parachever une légalisation effective des pratiques d'homicide si ce n'est involontaire, mais en tout cas indirects, participatifs, complices. Il ne s'agit pas du suicide assisté suisse, mais d'une forme d'encadrement effectif de l'abandon de la vie.**

1521.- Pourtant, nous affirmons que rien ne saurait faciliter la réalisation de telles circonstances, compte tenu que la faute des professionnels de santé pourrait être encore systématiquement relevée pour des manquements à leurs obligations de tous ordres. **Cependant, la familiarisation des mourants à la mort résisterait de moins en moins à la tentation de l'irréfléchi d'une mort si ce n'est provoquée, en tout cas facilitée**. Or contre toute hypothèse d'une mort médicalisée, et répondant aux critères empiriques de la loi médicale, un droit nouveau pourrait inviter le mourant à reprendre son destin en main, sans idéalisme, mais uniquement en opposant une réelle *liberté*. Et **ce droit là ne succomberait pas à la conception classique opposant droit à la vie et droit à la mort**.

1522.- A supposer que la vie continue *pendant* la mort ; pas celle de celui qui part, tout au moins pas dans notre propos, mais la vie au sens de l'existence, alors ce droit là entendrait saisir celle-ci dans l'état de mourant, comme il le saisit dans l'état d'enfant à naître. Car si le mourant n'est plus totalement en vie, l'enfant à naître n'est pas totalement en vie. C'est en ce sens que nous souhaiterions proposer à l'alternative de l'opposition

complémentaire et justifiante de droit à la vie et droit à la mort, celle complémentaire et harmonieuse, justifiée métaphysiquement en sa conception originelle, de **droit de la naissance** et **droit sur la mort**.

II. Actualisation du thème et alternative conceptuelle

1523.- Si la naissance marque le début de la vie juridique effective, sauf cas exceptionnel tel l'adage *infans conceptus pro nato habitur*, retenons que le statut de l'enfant à naître est celui d'une chose à caractère humain. Or, ce concept, voué à nier la reconnaissance pleine et entière du commencement de la vie au moment même de la conception, semble avoir trouvé son prolongement dans celui de mourant. Il s'agirait alors de discerner un paradigme des composantes de la vie, idéalement saisies, niant les potentialités de l'être présentes chez l'enfant à naître, car il est déjà digne, comme chez le mourant, parce qu'il l'est encore. Et les précisions légales de l'article 16 du Code civil semblent en ce sens ne rien faire de plus que de surajouter une chose évidente et visible, tout comme les droits du mourant, tirés du code de la santé publique, le font pour la fin de vie.

1524.- Reconnaissons que, si le législateur vise effectivement le commencement et la fin de la vie, c'est indépendamment l'un de l'autre, la fin de vie étant réservée à l'unique code de la santé publique. C'est ce qui en fait un droit opposable aux seuls médecins et établissements publics de santé. Ceci paraît si évident que, le droit privé de la personne en serait logiquement exclu, exceptionnellement invoqué lorsque le praticien commettrait une faute sans lien avec son activité. **Et c'est de cette distanciation dont nous pensons que tous les maux, le plus souvent imperceptibles, procèdent.** Le code civil ne pourrait plus entrer à l'hôpital, lorsqu'il s'agit de garantir les droits de la personne qui meurt ; en revanche, les maternités l'accueillent toujours, bien que les aspects médicaux soient ici aussi prédominants.

1525.- Ainsi, de ces observations s'imposerait **une problématique de taille** : attendu que, théoriquement, le commencement de la vie appartient d'abord, certes au domaine médical, mais toutefois soumis au droit fondamental tiré du code civil, une distinction hiérarchique opèrerait alors entre les termes de la vie, considérant sa fin, quant à elle, dévolue prioritairement aux seuls professionnels de santé. Ainsi, **l'enfant à naître aurait en effet**

toutes les potentialités de sa personne, ne pouvant s'actualiser et se manifester que dans l'action du vouloir qui fait la *personne*, et qui est effective à la naissance. C'est en naissant que la *personne* va pouvoir rendre vraie son existence. Cependant, en tant qu'enfant à naître, tout est déjà là, prêt à être *présentifié*. Ceci, appliquons le au **mourant**. Tout comme l'enfant à naître, toutes ses potentialités sont là ; **encore**. Celles qu'il a réalisées, comme celles qui ne resteront à jamais que des potentialités. Et si les premières correspondent à la *dignification* que les idéalistes entendent protéger, les secondes, en tant que potentialités de manifestation de la vie, sont autant de **chances** non exprimées, d'authentiquement **re-connaître sa dignité** à l'existence de la *personne*. Comprenons que celle-là n'existe que parce qu'elle exprime son existence, par la volonté. **Ce n'est que la volonté, détachée de toute contingence, qui va permettre à la personne d'être cet « être-pour-la-vie »**. Ainsi, ce serait parce qu'il est impossible de disjoindre l'existence, que dès lors, la volonté qui en dépend, et qui la rend visible, et dont **le droit positif rend compte des effets**, serait tout autant *précédente* que *suivante* au sujet de droit, y compris **s'il ne devait être que potentiel**. Et dans la réparation du dommage à celle-ci, ne trouverait-on pas le fondement de la perte de chance ? Sans savoir si la personne serait parvenue à ses fins, les circonstances doivent permettre de présumer du meilleur de la possibilité de sa réalisation. **C'est d'ailleurs en ce sens que tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat ont reconnu la perte de chance de survie, admettant que la vie pouvait encore s'actualiser s'il n'y avait pas eu tiers intervenant**. Ainsi, partant de ces observations, c'est en interdisant de nuire *a priori* aux *termes* de l'existence, **qu'à la mort peut s'opposer la naissance. Du statut intermédiaire qu'est celui d'enfant à naître ne peut s'opposer alors que le statut intermédiaire de mourant**. Plus totalement capable, plus totalement autonome, aux mains de la science médicale, et du **droit de la santé**.

1526.- C'est en ce sens que *l'être-pour-la-mort*, au sens heideggerien de l'expression, ne pourrait être en réalité que le prolongement de cet *être-pour-la-vie*, dont les potentialités d'actualisations ne s'éteignent jamais, car si elles ne s'expriment pas chez lui, parce qu'elles ne lui appartiennent pas, elles se manifesteront chez un autre, qui actualisera non pas uniquement sa *personne*, mais la *personne* de tous ; la *vie*. Par conséquent, un droit protecteur est un droit qui entend protéger ce qu'il y a de plus irréductible dans la *personne*, dans cet être indicible qui est de chacun et de tous à la source. Ce droit là ne peut ignorer la singularité de la *personne* en tentant d'opérer des réductions et des systèmes légaux propres à limiter l'existence à des situations, des circonstances, des tranches de vie et d'existence. Le droit à la

dignité de la vie, voir le seul droit à la vie, sous-jacent par hypothèse à tout le droit de la personne, ne suffirait-il pas à protéger la mort ?

1527.- Notons d'ailleurs, sans plus entrer en avant car telle observation nécessiterait thèse à réaliser, que pareille *idée* (la naissance comme contraire de la mort), qui, comme toute *idée* au sens platonicien de l'*idée*, n'appartient à *personne*, ni à l'auteur qui en fait usage, ni à quiconque s'en revendique une certaine filiation, est toutefois permanente dans une certaine tradition philosophique orientale, authentiquement métaphysique²⁸⁶².

1528.- C'est peut-être pour cela d'ailleurs que nous suggérons que la notion de *personne* ne suffirait plus, pour faire entendre raison aux rationalistes ne regardant que la personne humaine. C'est en se référant au langage *métaphysique* que le terme de *sujet* nous est apparu être une évidence en vue de le substituer au terme devenu galvaudé de *personne*²⁸⁶³. Ici il ne s'agirait pas d'un sujet de droit communément entendu, ni d'un sujet du roi, ou de toute autre autorité *subordinatrice* comme le suggère la science politique. Il s'agirait effectivement d'une subordination, mais à un plus élevé que toute autorité ordinairement et extra-ordinairement humaine. Ne succombons pas pour autant à la tentation d'une *pseudo* métaphysique de l'*absolutisation* qui conduirait tout droit vers un déisme, véritable doctrine de tous les communautarismes intégristes à visée théocratique. Il convient donc en ce sens de rappeler le caractère éminemment et inévitablement *méta physique* de l'existence, dont tout le droit découle, afin de rendre effectif ce qui le précède, et tend vers la *justice*.

1529.- De toute évidence, l'*inconnu* persiste dans l'élaboration de la loi, comme il persiste en tant que mystère de la vie dans le domaine médical. Le second, *rationalisant* les questions sur un **plan physique et immédiat**, il semble logique que le **droit**, par essence évanescent et éphémère lorsqu'il est entendu **positivement**, se soit attaché à régler les composantes de la vie, à les définir par successions de **cadres** descriptifs. **Et cela est une nécessité**. Cependant, cet inconnu pris pour postulat ne peut engendrer qu'une incertitude nuisible lorsque la

²⁸⁶² Sur ce développements nous renvoyons à toute la bibliographie de René Guénon qui a largement traité de ces questions, et sur la mort et la vie, voir plus particulièrement *L'Homme et son devenir selon le Védantâ*, op. cit.

²⁸⁶³ Voir pour une suggestion de cette transposition d'un être formé *personne* à l'être *in-formé* qu'est le sujet, comme une garantie métaphysique obligeant le droit à suivre l'ordre de l'existence qui le précède chez J.-M. Trigeaud, *Personne, Droit et Existence*, op. cit., p. 68. « L'on fera de l'homme un sujet, dans le prolongement de l'approche métaphysicienne qui scrute le sous-jacent ou la substance inhérente aux choses du monde », une substance qui n'a plus de consistance autrement que comme actualisation d'un non-être qui se manifeste en une indéfinité de possibilités que la *personne* matérialise par sa volonté d'existence qui lui est ontologiquement *donnée*.

construction de l'esprit se fait par l'extérieur, c'est-à-dire prenant une **abstraction** pour seul point de départ : le **corps** pris comme fin et non comme moyen. En ce sens, l'expression de *l'inconnu* réduite à son seul aspect physique ne pourrait rendre compte que d'une succession d'hypothèses déduisant sans fin d'un au-dessus toujours plus irréductible, dans un enchaînement de pensées remontant sans cesse à une autre unité toujours précédente, et la commandant, sans toutefois parvenir à atteindre une unité totale. **Toute au contraire serait une approche partant de l'unité.**

1530.- Il y a lieu, selon l'attitude suivie jusqu'ici dans la présente recherche de considérer que **l'ultime principe** serait, sans que l'on puisse prétendre en avoir la connaissance, celui de la **création**, ou en tout cas de la génération, principe se justifiant par lui-même, unité irréductible par excellence. *Créateur* des monothéismes, *big bang* des philosophies nihilistes, quoi qu'il en soit, il serait un principe unique et générateur du reste des lois de l'univers, des lois qui, en deçà, régissent les comportements humains, avant que les hommes ne les régissent. **Mourir est de ces principes auxquels l'homme doit se conformer.** Et contre toute tentation irréfléchie d'immortalité²⁸⁶⁴, il convient d'opposer la résistance éternelle de la loi métaphysique de *l'être* qui dans le cycle de la vie, apparaît, puis disparaît. Ceci serait une dépendance que l'homme se devrait d'accepter comme postulat, contre tout emprisonnement physique d'une vie bornée par la naissance et la mort. Il s'agirait tout au contraire d'une **liberté** absolue, véritable cadeau de l'existence à connaître le meilleur de ce qui est donné. La mort serait en cela non plus un aboutissement, mais un passage vers un autre état **inconnu**, et dont le mourant n'aurait pas à craindre la venue, mais plutôt à s'y préparer, plus que jamais, durant le temps qui lui reste. **Et c'est avant même l'état de mourant qu'un tel événement se prépare, dans un respect de la vie à philosopher.**

1531.- Il ne s'agirait pas de prôner une vie contemplative et passive, celle des philosophes de sofas, s'enivrant à la fumée des encensoirs. Il s'agirait bien plutôt d'une vie impliquée, dont les modalités existentielles d'accomplissement dans une société des hommes trouveraient à s'encre dans toutes les activités possibles. Le **médecin**, hyperactif par définition, ne saurait se substituer à cette activité de la pensée, tout comme **l'infirmière** ou l'aide ménagère ou encore bien sûr le **mourant** dont l'imminence de la mort l'y oblige, qu'il le veuille ou non. **Et voilà la seule garantie que le droit devrait conserver avant tout arsenal légal, sous le contrôle**

²⁸⁶⁴ Que la doctrine juridique semble avoir explicitement expulsé de son domaine ; voir P. Chauvin, *La mort à Paris*, Fayard, 1978, p. 37 s. ou encore J. Michel, *Hibernatus, Le droit, les droits de l'homme et la mort*, op. cit.

bienveillant du juge. Car il en serait ainsi d'une méthode de soulagement offerte à tous, et à quelque moment de l'existence, de la journée ou de la nuit, en train de manger, de travailler, de payer, etc.. Cette pensée n'a nul besoin d'être assise ou couchée. Elle ne requiert aucune formation *a priori*, puisqu'elle est *naturelle*. Elle ne requiert aucune prédisposition, puisque l'apprentissage se fait par lui-même. Non, il s'agirait tout au contraire d'un **ordinaire** de la pensée ordinaire. D'un possible pour tous, à la mesure de ce qu'il *est*. Et aucune loi extérieure à l'*être impensé* ne pourrait régir cette obligation là, car elle procéderait d'un devoir-être que seule la *personne* pourrait percevoir singulièrement ; mais que le droit se doit de protéger en ne conditionnant *le mourir* à aucune appréciation décisionnaire excessive.

1532.- Une telle personne n'est plus seulement auteur de sa vie, elle est soumise à un au-dessus qui fait d'elle un sujet, un sujet au sens de *sub jectum*. Un sous-jacent de la personne. La *personne* ne serait malheureusement alors qu'une actualisation encore masquée, car sa volonté n'exprimerait que ce que seul le *sujet* connaîtrait de ce qu'il est, sans volonté de l'*être*. **Le mourant serait donc une représentation de la personne, une manifestation d'un des états d'être du sujet.** Il s'agirait d'un *sujet* au sens même d'une expression, d'une modalité de l'*être* dans son essence la plus absolue, avant de parvenir à la réduction suprême et *principielle* du *non-être* dans lequel le *sujet* ne serait plus *différenciable* du reste des *sujets* : il n'y aurait plus d'identité si ce n'est universelle. **Le sujet serait donc la première traduction de la singularité de la personne.** Et cette singularité dans l'universalité se doit d'être le postulat de départ du droit de la *personne*.

1533.- Or c'est bien de cette hypothèse authentiquement métaphysique que nous entendons proposer la substitution du terme *sujet* à celui de *personne*. Car, le plus **sacré**, ce qui commandera le mieux la **dignité** du mourant, est bien un « *être* » **non-« identifiable »**, dans lequel nul *sujet* ne peut être distingué d'un autre. C'est de ce postulat de l'abandon à l'indicible, pour mieux retrouver tout ce qui peut se dire, que tous les droits du mourant pourraient coexister, sans que la loi n'ait à les préciser. Ils ne seraient que le prolongement des facettes de l'*être* qui s'actualise dans la *personne*, en tant que manifestation du *sujet*, et tout comme le mourant, l'interprétation de la loi ne devrait chercher qu'à rendre compte de ce que celle-ci *est*, avant qu'elle ne passe par l'alambique du langage des hommes.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

Ouvrages de droit et théorie du droit :

- Baud (J.-P.)**, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Alto, Aubier, Broché, Paris, 2001.
- Beignier (B.), Do Carmo (J.-M.), Fouquet (A.), *Liquidations de régimes matrimoniaux et de successions*, 3e édition, Éd. Defrénois, 2010
- Bensoussan (A.)**, et **Chabert-Peltat (C.)**, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Mémento-guide Alain Bensoussan, Hermes, Paris, 2001.
- Boileux (J.-M.)**, **Poncelet (F. F.)**, **Bastiné (L.)**, *Commentaire sur le code civil*, Société belges de Librairie, Bruxelles, 1838.
- Bonnet (B.)** et **Deumier (P.)**, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2011.
- Bredin (J.-D.)**, *Remarques sur la doctrine*, Mélanges Hébrau, Paris, 1981.
- Byk (C.)** et **Mémeteau (G.)**, *Le droit des comités d'éthique*, éd. Lacassagne, Eska, Paris, 1996.
- Capitant (H.)**, *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, Paris, 1898.
- Carbonnier (J.)**, *Sociologique juridique*, Thémis, PUF, Paris, 1978.
- Carbonnier (J.)**, *Droit et théologie chez Calvin*, 1965.
- Carbonnier (J.)**, *Droit civil*, Tome I, PUF, Thémis, 20^{ème} éd., Paris, 1996.
- Carbonnier (J.)**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 22^{ème} éd., Paris, 2000.
- Carbonnier (J.)**, *Droit civil. Volume I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004.
- Carbonnier (J.)**, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27^{ème} édition, 2002.

Cardoso-Roulot (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2008.

Cartuyvels (Y.) (ss. dir.), *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

Chabert-Peltat (C.), et **Bensoussan (A.)**, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Mémento-guide Alain Bensoussan, Hermes, Paris, 2001.

Chapus (R.), *Droit administratif général*, Tome I, Domat droit public, Montchrétien, 13^{ème} éd., 1999.

Ciaudo (A.), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, Paris, 2009.

Clément (J.-M.), *Guide pratique de la fonction hospitalière*, Berger-Levrault, 1986.

Clément (J.-M.), *Droits des malades et bioéthique*, Berger-Levrault, Broché, Paris, 1996.

Clément (J.-M.), *Les grands principes du droit de la santé*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2005.

Conte (P.), **Maistre du Chambon (P.)**, *Droit pénal général*, Dalloz-Sirey, 2007

Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H Capitant, Paris, PUF, 2008.

Courbe (P.), *Les personnes, la famille, les incapacités*, in *Mementos Dalloz*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009.

Demichel (A.), *Le secret médical*, LEH Editions, 2001.

Demogue (R.), *Traité des obligations en général*, Tome 2, 1931.

Dijon (X.), *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982.

Duguet (A.-M.), *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., Paris, 2000.

Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Tome III, 1921.

Dupont (M.), **Esper (C.)**, **Paire (C.)**, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5^{ème} éd., Paris, 2005.

Duprat (J.-P.), ss.dir., *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Coll. Droit économique, Publi. Sorbonne, 2002.

Elshoud (S.), *L'essentiel du droit de la santé et du droit médical*, Fiches, Ellipses, Paris, 2010.

Gabriel (A.), *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, PUAM, 2004.

Gromb (S.), *Le droit de l'expérimentation sur l'homme, Droit français, règles supranationales*, Litec, Paris, 1992.

Gros (M.), *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, 2^{ème} éd., L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2010.

Hennette-Vauchez (S.), (ss. dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2006.

Hocquet-Berg (S.), et Py (B.), *La responsabilité du médecin*, Heures de France éd., coll. Droit Professionnel, 2006.

Imbert (J.), *Le droit hospitalier de la Révolution et de l'Empire*, Publication de l'Université de la Sarre, Recueil Sirey, Paris, 1954.

Jamin, (Ch.) et Mazeaud (D.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

Jestaz (P.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, Paris, 1998.

Kelsen (H.), *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenman, Ed. Economica, coll. Classiques, Paris, 1988.

Labbé (X.), *Introduction générale au droit : Pour une approche éthique*, Presses Univ. du Septentrion, 2010.

Labrusse-Riou (C.), *Responsabilité, Droit des personnes et sciences de la vie*, in *Droits et Cultures*, L'Harmattan, 1996.

La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal ?, dans (Collectif) *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?* PU Toulouse 1, 2006.

Larribau-Terneyre (V.) et Lemouland (J.-J.), *La révision des lois de bioéthique, Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, L'Harmattan, BibliothèqueS de droit, 2011.

Leca (A.), *La genèse du droit*, PUAM, 2002

Lexique des termes juridiques, éd., *Précis Dalloz* n°17, 2010.

Legros (B.), *L'euthanasie et le droit*, Les Etudes Hospitalières, 2004.

Lewalle (P.), *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Larcier, 2008.

Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Droit civil : la famille*, Cujas, 1992.

Malauzat (M.-I.), *Le droit face au pouvoir des données génétiques*, PUAM, 2000.

Mazeaud (H. et L.) et Tunc (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965.

Mazeaud (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil, Tome III*, vol. 2, 2^{ème} partie, Montchrestien 5^{ème} éd., Paris, 1980.

Mazeaud (L.) et Chabas (F.), *Obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1991.

Mazeaud (H. L.) et (J.), et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 1996.

Mémeteau (G.), *Le droit médical*, Litec, Paris, 1985.

Mémeteau (G.), *Droit médical*, Litec, Paris, Les cours de droit, 1996.

Mémeteau (G.), *Traité de la responsabilité médicale*, Les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1996.

Merle (V.) et Vitu (A.), *Droit pénal général*, Cujas, 6^{ème} éd., 1984.

Moquet-Anger (M.-L.), (ss. dir.), *De l'hôpital à l'établissement Public de Santé*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 1998

Moreau (J.), et Truchet (D.), *Droit de la santé publique*, Dalloz, Mémentos, 6ème éd., 2004.

Neirinck (C.), *De la bioéthique au biodroit*, Droit et Société, LGDJ, Paris, 1994.

Niort (J.-F.), *Personne et discrimination : approche historique et théorique*, in J.-F. Niort, *Personne et discrimination. Perspectives historiques et comparées*, actes du colloque Paris, CNAM, 14 décembre 2005, dir. M. Mercat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 15-50.

Opetit (B.) et Terré (F.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1^{ère} éd., 2005.

Penneau (J.), *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 2004.

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 3^{ème} éd., F. Pichon, Paris, 1904.

Pourhiet le (A.-M.), *Droit constitutionnel*, Economica, Corpus, 3^{ème} éd., 2008.

Poncela (P.), *Droit de la peine*, PUF, Thémis, Droit Privé, 2001.

Pradel (J.), *Droit pénal général*, 10^e éd., Cujas, 1995.

Pradel (J.) et Danti-Juan (M.), *Droit pénal spécial*, 1995, n° 21, p. 34.

Rassat (M.L.), *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, Précis Dalloz, Droit privé, 5ème éd., 2006.

Ripert (G.), *La règle morale*, 4ème éd., LGDJ, 1949.

Sauvat (C.), *Le comité consultatif national d'éthique*, PUAM, 1999.

Savatier (R.), *Du droit civil au droit public*, LGDJ, 2^e éd., 1950.

Savatier (R.), Auby (J.-M.), Savatier (J.), Péquignot (H.), *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956.

Scotti (J.-C.), *La responsabilité juridique du cadre de santé*, éd. Lamarre, Paris, 2007.

Stasi (L.) et Coutant-Lapalus (Ch.), *Personnes, Incapacités, Famille, Paradigme*, Droit civil, 2001.

Sueur (J.-J.), *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2006.

Swan (C.), *La médecine et le droit, Pratiques et évolutions*, éd. Ellébore, 2008.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006.

Tourneau le (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006-2007.

Troper (M.) et al., *Théories des contraintes juridiques*, L.G.F.J, Paris, 2005.

Truchet (D.) et Moreau (J.), *Droit de la santé publique*, Dalloz, Mémentos, 6^{ème} éd., 2004.
Truchet (D.), *Droit administratif*, PUF, Paris, 2008.
Truchet (D.), *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2009.
Tusseau (G.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009.
Vouin (R.) et Rassat (M.-L.), *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1988.
Weil (A.) et Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 4^{ème} éd., Précis Dalloz, 1986.

*

Ouvrages de philosophie et philosophie du droit :

Amato (S.), *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*. Recta Ratio. Testi et Studi di Filosofia del Diritto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.
Atias (C.), *Philosophie du droit*, 2^{ème} éd., PUF, 2004.
Auque (H.), Levain (C.), *Rencontres à l'hôpital : l'aumônerie en question*, Labor et Fides, Reveil Publications, 2001.
Aristote, *La Métaphysique*, Vrin, Paris, 1986.
Aristote, *De l'Âme*, Trad. E. Barbotin, Les Belles Lettres, Paris, 1989.
Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Poche, coll. Classiques de la philosophie, 1992.
Aristote, *Les Politiques*, trad. Notes et index P. Pellegrin, GF Flammarion, Paris, 1993.
Aristote, *Les Catégories, Sur l'interprétation, Organon I-II*, Trad. P. Pellegrin, M. Crubellier, C. Dalimier, GF-Flammarion, 2007.
Bacon (F.), *Sur le prolongement de la vie et les moyens de mourir*, trad. C. Surprenant, Poche, Rivages, 2002.
Bagolini (L.), *Justice et Société*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1995.
Balansard (A.), *Technè dans les dialogues de Platon*, International Plato Studies, Academia, 2001.
Barbellion (S.-M.), *Bioéthique du début à la fin de la vie humaine*, L'Harmattan, 2006.
Batiffol (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979.
Baudoin (J.), *La philosophie politique de Karl Popper*, PUF, Paris, 1994.

- Bloch (E.),** *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Crit. Pol., Paris, 1976.
- Bouveresse (R.),** *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998.
- Canguilhem (G.),** *Etudes d'histoire et de philosophie des sciences*, Vrin, Paris, 1991.
- Comte (A.),** *Cours de philosophie positive*, Tome 1, éd. Hermann, 1998.
- Derrida (J.),** *Politique de l'amitié*, Paris, Galilée, 1994.
- Descartes (R.),** *Les Principes de la philosophie*, trad. Picot, D. Moreau, annot. X. Krieff, Vrin, Paris, 2009.
- Epictète,** *Entretiens*, Trad. C. Morana, et J.-M. Guyau, Poche, éd. Mille et Une Nuits, 2005.
- Epicure,** *Lettre à Ménécée*, Trad. P.-M. Morel, GF Flammarion, Paris, 2011.
- Fleischmann (E.),** *La philosophie politique de Hegel*, Plon, 1964.
- Foucault (M.),** *Droit de mort et pouvoir sur la vie*, in *La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, Paris, 1976.
- Ghirardi (O. A.),** *Le raisonnement judiciaire*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1999.
- Gilson (B.),** *L'essor de la dialectique moderne et de la philosophie du droit*, Vrin, 1991.
- Goyard-Fabre (S.),** *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, Paris, 1992.
- Goyard-Fabre (S.),** *L'Etat figure moderne de la politique*, Armand Colin, Coursus, Philosophie, 1999.
- Guérout (M.),** *Leibniz, Dynamique et Métaphysique*, Aubier, 1967.
- Guiomar (M.),** *Principes d'une esthétique de la mort*, Librairie José Corti, 1967.
- Habermas (J.),** *La technique et la science comme idéologie*, Denoël, Paris, 1984
- Habermas (J.),** *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, Gallimard, Paris, 2002.
- Hegel (G. W. F.),** *Principes de la philosophie du droit*, trad. et an. J.-F. Kervégan, Vrin, 2002
- Heidegger (M.),** *Être et Temps*, Trad. F. Velin, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 1986.
- Hobbes (Th.),** *De cive : or The citizen*, Appleton, 1949.
- Hobbes (Th.),** *Léviathan*, Folio, coll. Essais, 2000.
- Hottois (G.),** *Aux fondements d'une éthique contemporaine*, H. Jonas et H. T. Engelhardt, Vrin, coll. Problèmes et controverses, Paris, 1993.
- Hume (D.),** *L'entendement, (Traité de la nature humaine)*, Trad. Ph. Saltel, GF-Flammarion, 1999.
- Jankélévitch (V.),** *La mort*, Flammarion, Champs, Paris, 1977.

Kant (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Delagrave, Paris, 1960.

Kant (E.), *Métaphysique des mœurs*, Trad. A. Renaut, GF-Flammarion, 1994.

Kant (E.), *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Renault, GF, Flammarion, 2000.

Kant (E.), *Critique de la raison pratique*, PUF, éd. Broché, 2003.

Kervégan (J.-F.), *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, « Léviathan », 1992 ; rééd. PUF, « Quadrige », 2005.

Kervégan (J.-F.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Paris, ENS éditions, 2002.

Kierkegaard (S.), *Journal (extraits), 1846-1849*, Gallimard, 1954.

Kierkegaard (S.), *Traité du désespoir*, in *Miettes philosophiques, Le Concept de l'angoisse* *Traité du désespoir*, Gallimard, Tel, 1990.

Kremer-Marietti (A.), *L'éthique en tant que méta-éthique*, L'Harmattan, Paris, 2002.

Labrusse-Riou (J.), Baudouin (J.-L.), *Produire l'homme : de quel droit ? Etude éthique et juridique des procréations artificielles*, PUF, 1987.

Labrusse-Riou (C.), *Ecrits de bioéthique*, PUF, 2007

Ladrière (J.), *Approche philosophique de la problématique bioéthique*, in *Ethique et génétique*, Louvain-La-Neuve, 1983.

Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris 1976.

Laurent (J.), *La mesure de l'être humain selon Platon*, Vrin, « Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie », 2002.

Leibniz (G. W.), *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, G-F, Flammarion, 1990.

Libéra de (A.), *Le don de l'Islam à l'Occident*, in C. David et J.-Ph. de Tonnac, éd., *L'Occident en quête de sens*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1996.

Locke (J.), *Second traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 2003.

Machiavel (N.), *Le Prince*, Gallimard-Folio, 1992.

Monteils-Laeng (L.), *Phusis et païedia chez Platon : la fabrique d'une nature humaine idéale*, Scripta Philosophiae Naturalis, 2012.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Œuvres Complètes, éd. Edouard Laboulaye, 1875.

More (Th.), *L'utopie*, Libro, Paris, 2003.

Morin (E.), *L'homme et la mort*, Seuil, Poche, Essais, Paris, 1977.

Nicolas (L.), *La force de la doxa : Rhétorique de la décision et de la délibération*, L'Harmattan, Ouverture philosophique, 2007.

Nietzsche (F.), *Le crépuscule des idôles*, Flammarion, Paris, 1985.

- Nietzsche (F.)**, *Ainsi parlait Zarathustra*, Aubier-Flammarion, 1969.
- Nietzsche (F.)**, *Humain trop humain*, Gallimard, 1987.
- Ollero-Tassara (A.)**, *Droit « positif » et droits de l'homme*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1997
- Ottonello (P.-P.)**, *Structure et formes du nihilisme européen*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1987.
- Ottonello (P. P.)**, *Du scientisme au technologisme*, in *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, BPC, Bière, Bordeaux, 1990.
- Pascal (B.)**, *Pensées*, éd. Gallimard, coll. Folio classique, 1977.
- Pasqua (H.)**, *Introduction à la lecture de Être et temps de M. Heidegger*, Ed. L'Age d'Homme, Lausanne, 1993.
- Pelluchon (C.)**, *L'Autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, PUF, collection « Léviathan », Paris, 2009.
- Platon**, *Alcybiade*, Œuvres complètes, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1950.
- Platon**, *Sophiste*, GF Flammarion, Paris 1969.
- Platon**, *Timée*, trad. E. Chambry, GF Flammarion, 1969.
- Platon**, *Ménon*, Trad. M. Canto-Sperber, GF-Flammarion, 1991.
- Platon**, *Phédon*, trad. M. Dixsaut, GF Flammarion, Paris, 1991.
- Platon**, *La République*, trad. G. Leroux, GF, Flammarion, 2002.
- Platon**, *Lysis*, trad., notes, intr. L.-A. Dorion, GF, Flammarion, 2004.
- Platon**, *Hippias Majeur*, Trad. J.-F. Pradeau et F. Fronterotta, GF-Flammarion, 2005.
- Platon**, *Les lois*, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, GF Flammarion, 2006.
- Pythagore**, *Les Vers dorés*, in A. Fabre-d'Olivet, *Les Vers Dorés de Pythagore*, Treuttel et Würtz, 1813.
- Rawls (J.)**, *Libéralisme politique*, trad. C. Audard, PUF, Paris, 1995.
- Ricoeur (P.)**, *De l'interprétation. Essais sur Sigmund Freud*, Seuil, Paris, 1965.
- Rodrigo (P.)**, *Aristote, Une philosophie pratique. Praxis, politique et bonheur*, Vrin, Paris, 2006.
- Rosmini (A.)**, *Philosophie de la politique*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1999.
- Rostenne (P.)**, *Homo religiosus ou l'homme vertical*, Bière, Bordeaux, 1993.
- Rousseau (J.-J.)**, *Du contrat social*, in *Œuvres complètes*, Tome III, Gallimard, Paris, 1964.
- Rousseau (J.-J.)**, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Aubier Montaigne, 1973.
- Russ (J.)**, *Philosophie, les auteurs*, L'Harmattan, 2006.
- Russier (J.)**, *La souffrance*, PUF, 1963.

- Sartre (J.-P.)**, *L'Être et le Néant*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1961.
- Schmitt (C.)**, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Trad. M.-L. Steinhauser, Flammarion, coll. Champs, 1992.
- Schopenhauer (A.)**, *Le Monde comme volonté et comme représentation*, Trad. A. Burdeau, PUF, Paris, 1966.
- Sondag (G.)**, *Duns Scot : La métaphysique de la singularité*, Vrin, coll. Bibliothèque des philosophies, 2005.
- Tocqueville de (A.)**, *De la démocratie en Amérique, Œuvres Complètes*, Gallimard, Paris, 1951-2002.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Humanisme de liberté et philosophie de la justice*, Tome I, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1985.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Essais de philosophie du droit*, Studio editoriale di Cultura, Genova, 1987.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Tome II, P. P. Ottonello, M. A. Raschini, *Sur le néo-positivisme*, BPC, Bière, Bordeaux, 1990.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Persona ou la justice au double visage*, Studio Editoriale di Cultura, col. Nuova Bib. Filosofia Oggi, Gênes, 1990.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Droits premiers*, éd. Bière, Bordeaux, 1991.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Introduction à la philosophie du droit*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1992.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Éléments d'une philosophie politique*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1993.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1995.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Justice et Tolérance*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1997.
- Trigeaud (J.-M.)**, *L'homme coupable*, éd. Bière, Bordeaux, 1999.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Justice et Hégémonie*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 2006.
- Trigeaud (J.-M.)**, *Personne, Droit et Existence*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 2009.
- Valli (L.)**, *Il linguaggio segreto di Dante e dei « Fedeli d'Amore »*, Roma 1928.
- Van Sevenant (A.)**, *Philosophie de la sollicitude*, Vrin, Paris, 2001.
- Vassillie-Lemini (S. T.)**, *Philosophie du sens et de la valeur*, BPC, éd. Bière, Bordeaux, 1990.
- Villey (M.)**, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002.
- Weber (M.)**, *Essais sur la théorie de la science moderne*, Plon, Agora-Pocket, 1992.
- Zarka (Y. C.)**, *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, 2009

*

Ouvrages généraux :

- Ambroselli (C.),** *Le comité d'éthique*, PUF, coll. QSJ, Paris, 1990.
- Andorno (R.),** *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Médecine et société, Paris, 1997.
- Aouij-Mrad (A.),** Douchez (M.-H.) et Feuillet (B.), *Santé, argent et éthique une indispensable conciliation ? : Etude française et tunisienne*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2005.
- Ariès (Ph.),** *Essai sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen-Âge à nos jours*, Seuil, 1975.
- Ariès (Ph.),** *L'homme devant la mort*, Seuil, Paris, 1977.
- Audouin (L.),** *Du patient au client, l'art de fidéliser la clientèle médicale*, Masson éd., Broché, Paris, 2006.
- Augustin (Saint-),** *La Cité de Dieu*, Œuvres II, Bibliothèque de la Pléiade, 2002.
- Auque (H.), Levain (C.),** *Rencontres à l'hôpital : l'aumônerie en question*, Labor et Fides, Reveil Publications, 2001.
- Baudouin (J.-L.) et Blondeau (D.),** *Ethiques de la fin de vie, acharnement thérapeutique, euthanasie, soins palliatifs*, Les voies du Droit, Ellipses, 1993.
- Binet-Sanglé (Ch.),** *L'Art de mourir. Défense et technique du suicide secondé*, Albin Michel, 1919, réédité en 2007.
- Boulet-Sautel (M.) et al,** *La responsabilité à travers les âges*, préf. J. Imbert, Economica, 1989.
- Bourgeault (G.),** *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales, prolégomènes pour une bioéthique*, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1990.
- Brown (P.),** *La vie de Saint-Augustin*, Seuil, Paris, 2001.
- Cadoré (B.),** *Médicalisation de la mort : déni ou créativité*, Ethica clinica, 1998.
- Chaunu (P.),** *La mort à Paris*, Fayard, 1978.
- Chevalier (J.-J.),** *Histoire de la pensée politique*, Tome I, Payot, Paris, 1979.
- Chiappini (P.),** *Le droit et le sacré*, Dalloz, L'esprit du droit, 1^{ère} ed., 2006.
- Cléro (J.-P.),** *Calcul moral : ou comment raisonner en éthique ?*, Armand Colin, Paris, 2011.
- Commelin (P.),** *Mythologie grecque et romaine*, Pocket, 1994.

Deschamps (C.), Sfez (M.) et Triadon (P.), *Qualité et gestion des risques en établissements de santé : Gestion des risques et de la qualité*, Ed. Lamarre, 2005.

Dusault (J.-P.), *Le religieux mourant ou Préparation à la mort pour les personnes religieuses*, 1717.

Elias (N.), *La solitude des mourants*, Agora, Paris, 2002.

Elias (N.), *La dynamique de l'Occident*, Agora, Paris, 2003.

Feuillet le Mintier (B.), Sera (I.), Charignon (R.), Moquet-Anger (M-L.), le Bris (S.), Foucart (J.), *Sociologie de la souffrance*, De Boeck, 2003.

Fromaget (M.), *Naître et mourir : anthropologie spirituelle et accompagnement des mourants*, F.-X. de Guibert, 2007.

Koninck de (T.), *De la dignité humaine*, PUF, 1995.

Leclerc (L.), *Histoire de la médecine arabe*, Leroux, Paris, 1876, Vol. I, réédité par le Ministère des Habous, Rabat, 1980.

Lévi-Strauss (C.), *La pensée sauvage*, Plon, coll. Agora, Paris, 1962.

Levy (I.), *Menaces religieuses sur l'hôpital*, Presses de la Renaissance, 2011.

Luther (L.), Pedrot (P.), *Les lois «bioéthique» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*. Paris, P.U.F, Coll. droit & justice, 1999.

Forges de (J.-M.), Drago (R.), *L'hospitalisé*, Berger-Levrault, L'administration nouvelle, Paris, 1975.

Freud (S.), *Essais de Psychanalyse*, article, 1909-1915, trad. S. Jankélévitch, éd. Payot, Paris, 1989.

Freud (S.), *Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort*, Payot, Paris, 1968.

Guénon (R.), *Les états multiples de l'être*, éd. Trédaniel, 1984.

Guénon (R.), *L'Homme et son devenir selon le Védentâ*, Editions Traditionnelles, 2000.

Graf Durkheim (K.), *L'expérience de la transcendance*, Cerf, Paris, 1987.

Hervieu-Léger (D.), *Mourir en modernité*, in J.-C Ameisen, D. Hervieu-Léger et E. Hirsch, *Qu'est-ce que mourir ?*, éd. Le Pommier, Paris, 2003

Kosack (W.), *Der medizinische Papyrus Edwin Smith*, The New York Academy of Medicine, Inv. 217 Nouveau élaboré et traduit des hiéroglyphes en allemand, Berlin 2011, ed. Christoph Brunner, Bâle 2012.

Kundera (M.), *L'immortalité*, Gallimard, 1993.

La Fontaine de (J.), *Le Mort et le Mourant*, Fables.

Leca (A.), *La genèse du droit*, PUAM, 2002.

- Lebrun (F.)**, *Se soigner autrefois : médecins, saints et sorciers aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, Temps Actuel, Paris, 1983.
- Léonard (J.)**, *La médecine entre les pouvoirs et les savoirs*, Aubier-Montaigne, Paris, 1982.
- Lévi-Strauss (C.)**, *Le regard éloigné*, Plon, Paris, 1983.
- Marne de la (P.)**, *Ethiques de la fin de vie. Acharnement thérapeutique. Euthanasie. Soins palliatifs*, Ellipses, 1999.
- Monteil (M.)**, *Mort, Ethique, Spiritualité*, PUF et Fondation de France, coll. L'Esprit du Temps, 1997.
- Pena Ruiz (H.)**, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, Folio actuel, n° 104, 2003.
- Perrot (J.), et de Roodenbeck (E.)** (éds), *La contractualisation dans les systèmes de santé. Pour une utilisation efficace et appropriée*, Karthala, Paris, 2005.
- Ratzinger (J.)**, *La mort et l'au-delà*, Fayard, Paris, 1979.
- Rimbaud (L.)**, *Rimbaud mourant*, édition présentée et annotée par E. Marty, Manucius, coll. Littéra, 2009.
- Rosanvallon (P.)**, *La Nouvelle question sociale. Repenser l'État-Providence*, Le Seuil, 1995
- Scheer (L.)**, *Gilgamesh*, adapt., Libro, éd. Léo Scheer, 2006.
- Scheil (V.)**, *La Loi de Hammourabi, vers 2000 av. J-C*, 2^{ème} édition, Trad., Paris, Ernest Lebourg éditeur, 1904.
- Sournia (J.-C.)**, *Histoire de la médecine*, Poche, La Découverte, 1997.
- Stol (M.)**, *Epilepsy in Babylonia*, ed. Brill, 1993
- Tavernier (M.)**, *Les soins palliatifs*, PUF, *Que sais-je ?*, n° 2592, 2000.
- Thomas (L. V.)**, *Anthropologie de la mort*, Payot, Paris, 1975.
- Vernant (J.-P.)**, *L'individu, la mort, l'amour*, Gallimard, Paris, 1996
- Vovelle (M.)**, *La mort et l'Occident de 1300 à nos jours*, Gallimard, 2000.
- Wilde (O.)**, *Picture of Dorian Gray*, Collector's Library, 2009.

*

Travaux de recherche :

- Albiges (C.),** *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, Thèse, LGDJ, 2000.
- Bellissent (J.),** *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, Thèse, LGDJ, 2001.
- Berchon (P.),** *La condition juridique des morts*, Thèse, Univ. Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, 1984.
- Bertrand-Mirkovic (A.),** *La notion de personne. Etude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître*, PUAM, 2003.
- Billiet (V.),** *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie : étude des controverses actuelles autour de l'euthanasie*, Thèse de médecine, 2004.
- Bioy (X.),** *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2003.
- Bolze-de-Bazelaire (C.),** *La loi du 22 avril 2005 sur les droits des malades en fin de vie : Connaissance des médecins généralistes, implications pour leurs pratiques et modes d'information*, thèse de médecine, Univ. Joseph Fourier faculté de médecine de Grenoble, 2009.
- Bousta (R.),** *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2010.
- Châtel (T.),** *Place de la « souffrance spirituelle » dans l'accompagnement des mourants en France : doctrines et pratiques laïques actuelles*, mémoire, EPHE CNRS, 2004.
- Didier (Ph.),** *La représentation en droit privé*, LGDJ, col. Thèses, 2000.
- Dupuy (O.),** *La gestion des informations relatives aux patients. Dossier médical et dossier médical personnel*, Thèse, Les Etudes Hospitalières, Bordeaux, 2005.
- Faucher (J.),** *L'émergence du sujet éthique dans la création du Comité Consultatif National d'Éthique et son premier Avis*, Paris, ICP, 13 novembre 2002.
- Folot (E.),** *Étude comparative France-Québec sur les décisions de fin de vie : le droit sous le regard de l'éthique*, mémoire, Univ. de Sherbrooke et Univ. Montpellier-1, 2010.
- Guérin (M.-C.),** *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002.
- Guyet (G.),** *Le concept d'autonomie dans les obligations privées : aspects techniques et philosophiques*, Thèse, Univ. Bordeaux IV, 2012.

- Hanson (V. J.-N.)**, *La perte d'une chance de survie*, Thèse, Lille, 1981.
- Hauger (S. J. F.)**, *L'euthanasie en France : perspectives législatives...*, mémoire, Strasbourg, Univ. R. Schuman, 2001.
- Izorche (V.M-L.)**, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1996.
- Labbée (X.)**, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, PU de Lille, 1990.
- Lallement (P.)**, *L'état de nécessité en matière civile*, Thèse, PUF, Paris, 1922.
- Lalou (R.)**, *Etude de la maxime : infus conceptus... en droit français*, Thèse, Paris, 1904.
- Laurent (Ph.)**, *L'enchevêtrement des actions de l'acheteur liées à l'état du bien vendu*, thèse, Nantes, 1998.
- Legros (B.)**, *Les « Droits » du malade en fin de vie*, Thèse, Les Etudes Hospitalières, 2000.
- Maglio (M.), *Le changement de la définition de mort chez Carlo Alberto Defanti*, Mémoire de Philosophie, Ss. dir. J.-Y. Goffi, 2009.
- Malauzat (M. I.)**, *Le droit face au pouvoir des données génétiques*, Thèse, PUAM, 2000.
- Mbala Mbala (F.)**, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse, Univ. Lille II, 2007.
- Mémeteau (G.)**, *Essai sur la liberté thérapeutique du médecin*, Thèse, Poitiers, 1973.
- Monnier (S.)**, *Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2005.
- Mullier (A.)**, *Le droit face à la mort volontaire*, Mémoire, Univ. Lille, 2002.
- Pallard (R.)**, *L'exception de nécessité en droit civil*, LGDJ, Paris, 1949.
- Picard (E.)**, *La notion de police administrative*, Thèse, LGDJ, Paris, 1984.
- Pitcho (B.)**, *Le statut juridique du patient*, Thèse, Univ. Montpellier, Les Etudes Hospitalières, 2002.
- Popu (H.)**, *La dépouille mortelle, chose sacrée. A la découverte d'une catégorie juridique oubliée*, thèse, Univ. Lille, juillet 2008.
- Premat (Ch.)**, *La liberté du sujet éthique chez Kant et Fichte*, Mémoire de DEA d'histoire de la philosophie, Université Paris I, 2001.
- Py (B.)**, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Univ. Nancy, 1993.
- Rigaud (P.)**, *L'euthanasie en question. A propos de l'expérience hollandaise : faut-il légiférer ?*, Thèse, Toulouse III 1994.

Rousset (G.), *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse, Univ. Lyon III, 2007.

Ryckewaert (G.), *Le droit face à l'euthanasie*, mémoire, Univ Lille 2, 2001

Souplet (I.), *La perte de chances de le droit de la responsabilité médicale*, Univ. Lille II, 2002.

Timbal (G.), *La condition juridique des morts*, Thèse, Toulouse, 1903.

Tomc (N.), *La gestion administrative de la mort*, Mémoire, Bordeaux, 2006.

Vasquez (K.), *Mourir à l'hôpital*, Rapport de recherche DESS droit de la santé, ss. dir. J.-M. Clément, Univ. Bordeaux IV, 1998.

Zairi (Z.), *La dignité du mourant*, mémoire Droit de la personne et de la famille, Lille 2, Univ. du droit et de la santé, 2005.

*

Doctrine :

Doctrine française :

Doctrine juridique :

Alt-Maes (F.), *Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ?*, in *Gaz. Pal.*, 16 décembre 2003, pp. 3639-3646.

Alt-Maes (F.), *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical*, in *JCP* 2004, I, 184, n° 15 et s.

Alt Maes (F.), *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, in *JCP G*, 2006, I, 119.

Alt-Maes (F.), *La grande illusion : la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin*, *Mélanges Bouloc*, D. 2007, p. 1.

Amar (J.), *Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation*, *Contrats Conc. Consum.* 2002, chron., 2.

Amedro (J.-F.), *Les collectivités territoriales et les cultes : le Conseil d'État précise la portée et les limites de la règle de non subventionnement de l'exercice du culte*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 39, 26 Septembre 2011, p.10.

Amzalac (V.), *Les seules exceptions au principe du secret médical* », *Gaz. Pal.* 1971, 1, Doctr. p. 113.

Angevin (H.), *Atteintes volontaires à la vie*, J.-Cl. Pén., art. 221-1 à 221-5, n° 196, p. 2

Aubin (E.) et Savarit-Bourgeois (I.), *Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire*, in *AJDA* 2009, p. 531.

Auby (J.-B.), *Fonction publique hospitalière*, J.-Cl. Administratif, fasc. 192, Litec, 1998.

Auby (J.-M.), *Les décisions administratives intervenant sur proposition*, note sous CE 24 octobre 1980, *D.* 1981, p. 179.

Auby (J.-M.), *La légitimité de l'intervention publique*, in *L'intervention publique dans le domaine de la santé*, AJDA 1995, pp. 588-591.

Bacache (M.), *Réparation de l'accident médical - la solidarité nationale au secours de la responsabilité civile*, *Recueil Dalloz*, n°18, 6 mai 2010, Études et commentaires, pp. 1119 à 1124.

Badinter (R.), *Le droit au respect de la vie privée*, JCP G 1968, I, 2136.

Barbier (C.), *L'usager est-il devenu le client du service public ?*, JCP 1995, I, 3816.

Beignier (B.), *Vie privée posthume et paix des morts*, in *D.* 1997, juris, p. 255.

Bensamoun (A.), *La personne de confiance, réflexions sur une institution émergente en droit familiale et médicale*, in *RJJ Droit prospectif*, 2007- 4, pp. 1669-1693.

Bergoignan-Esper (C.), *Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ?*, in *D.* 2008. *Chron.*, n° 28, p. 1918.

Bernard (A.), *La protection de l'intimité par le droit privé, éloge du ragot ou comment vices exposés engendrent vertu*, CURRAP, ouvr. Cité, PUF, Paris, 1995.

Bernard-Douchez (M. H.), *La déontologie médicale*, in *De la bioéthique au biodroit*, op. cit., *ibid*, p. 97.

Bioy (X.), *La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte*, AJDA 2011, p. 174.

Blondeau (D.), Gragnon (E.), *De l'aptitude à consentir au traitement ou à le refuser : une analyse critique*, *Les Cahiers de droit*, Université de Laval, 1994, 35, pp. 670-671.

Bore (J.), *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP. 1974, I, n° 2620.

Bourbon (M.), *L'accès aux soins palliatifs : un droit pour tous y compris les enfants*, in M. Bourbon, *Le droit du mourir à l'hôpital pour l'enfant*, *Droit, déontologie et soin*, vol 5, n° 1, mars 2005, Masson, pp. 70-72.

Bourié-Quenillet (M.), *Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel*, JCP 1996, I, 3919.

Brémond (M.) et Fieschi (M.), *Le partage d'informations dans le système de santé*, in *Les Tribunes de la santé*, n° 21, Presses de Sciences Po, avril 2008, pp. 79-85.

Brissy (S.), *Refus de soins opposé au malade et défaut de surveillance du médecin*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 31-32.

Burgelin (J.-F.), *L'obligation d'information expliquée aux médecins*, Etude du Procureur général près la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation, 1999.

Burguorgue-Larsen (L.), *De l'inhumation à la crémation en passant par la congélation : le mode de sépulture en question*, AJDA 2006, n° 14, 1à avril 2006, pp. 759-761.

Byk (Ch.), *La loi relative au corps humain*, in *JCP* 1994.I.3788

Byk (Ch.), *Le droit international de la « bioéthique » : « jus gentium » ou « lex mercatoria »*, *JDI*, n° 4-1997, pp. 917 s.

Byk (Ch.), *La bioéthique : langage médiateur ou langage médiatique ?*, in *JIB*, vol. 11, n° 3-4-5, 2000.

Byk (C.), *Progrès scientifique et droits de l'homme : la rupture ?*, in *RTDH*, Progrès scientifiques ou techniques et droits de l'homme, n° spécial, 2003-54, p. 364

Byk (Ch.), *Suicide digne et obligation de l'État*, *Semaine Juridique* 2011, Éd. G, p.122.

Caillé (C.), *Pas de QPC sur l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs*, octobre 2011, p. 7.

Carbonnié (C.), *L'indépendance et l'impartialité du médecin expert*, *RFDC* 2005-4, pp.89 et s.

Carbonnier (J.), *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

Carbonnier (J.), *Sur les traces du non-sujet de droit*, *Arch. Phil. Droit*, n° 34, 1989, p. 197.

Carbonnier (J.), *La religion, fondement du droit ?*, *Arch. phil. droit.*, n° 38, 1993.

Chabas (F.), *L'obligation d'information à laquelle un médecin s'est soustrait doit être appréciée en fonction de la jurisprudence actuelle*, *RJPF* janvier 2002, p. 21.

Chazal (J.-P.), *Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique*, in *RIEJ*, n° 65, 2010, pp. 85 s.

Cheyne de Beaupré (A.), *Vivre et laisser mourir*, *D.*2003 n°2980.

Cheyne de Beaupré (A.), *La loi sur la fin de vie*, *D.*, Point de vue, n° 3, 2005, pp. 164-165.

Chouvel (F.), **Lambert (T.)** et **Pélissier (D.)**, *Les cas de partage au TC et la répartition des compétences*, *RDP* 1983, p. 1313.

Christianos (V.), *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, *Rec. D.* 1997, chron., p. 28.

Chronique de la Cour de cassation - Première chambre civile, n°6, pp. 2098-2099, note à propos de 1ère Civ. - 17 juin 2010.

Cimar (L.), *Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie*, *Médecine et Droit*, n° 115, juillet-août 2012, pp. 99-105.

Cissé (S.), *Retour sur la responsabilité du service public de santé en raison d'une faute médicale*, *Revus Droit et Santé*, n° 47, mai 2012, pp. 374-377.

Clément (C.), *Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de respect de la dignité humaine*, *Petites affiches* 6 décembre 2001, p. 15.

Cohen (D.), *Justice publique et justice privée*, in *Le privé et le public*, Arch. phil. droit, 41, 1

Colliard (C.-A.), *Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275.

Collin (C.), *L'offre d'indemnisation dérisoire d'une perte de chance de fin de vie meilleure et moins douloureuse équivaut à une absence d'offre*, in *Gaz. Pal.* n° 308-309, n° spéc. 4-5 novembre 2011, pp. 26-28.

Conte (P.), *Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence*, in *D.* 2004, juris, p. 1336.

Conte (P.), *Le Code de la santé publique et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital ?* Mélanges Bouloc, *D.* 2007, p. 229.

Cormier (M.) et Monéger (F.), *RD sanit. soc.* n° spécial, 19 juin 2002.

Cornut (E.), *Le commencement de la vie*, Droit, Déontologie et Soins, vol. I, n° 2, décembre 2001

Corpart (I.), *Décès et devenir des corps : clarification des consignes*, in *Gaz. Pal.* 16-17 août 2006, p. 2.

Corpart (I.), *Intubation dommageable : maladresse ou risque inhérent à l'acte médical ?* in *Riseo* 2011-1.

Cot (J.-P.), *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, p. 367 s., in Z. Ouloumi, *Vers un nouveau principe général du droit : Le respect du « principe de précaution » ?*, in *RAJF*, 22 décembre 2002.

Cour de cassation, Bulletin d'information n° 540 du 1^{er} août 2001.

Courtieu (G.), *Secret médical : « secret-défense » ou « secret de polichinelle » ?*, *RCA* 1999, chron. n°13.

Creton (C.), *Responsabilité des établissements de santé en matière d'infection nosocomiale*, *D.* n°32, 23 septembre 2010.

Daver (C.), *De la relation de confiance à l'obligation d'information : ... quelques réflexions sur la genèse d'une obligation*, in *Cah. dr. entr.* 2001/1, p. 20.

Debene (M.), *Le Conseil constitutionnel et « les principes particulièrement nécessaires à notre temps »*, in *AJDA* 1978, p. 531.

Delpiano (C.), *Action en responsabilité médicale : prescription quadriennale ou prescription décennale ?*, *Revue Droit et Santé*, n° 7, septembre 2005.

Delsol (J. J.), *Explication Élémentaire du Code Napoléon*, Librairie du Conseil d'État, Paris, 1867., 12.

Demay de Goustine (P.), *La détermination de la mort en droit positif*, Rev. Droit sanitaire et social, 1990, p. 595-614.

Demogue (R.), *La notion de sujet de droit*, in RTDC 1909.

Devers (G.), *La faute médicale virtuelle*, Chronique du droit, La Lettre du Pneumologue, Vol. IV, n° 2, mars-avril 2001.

Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, *Euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs*, feuillet 8, 1995, n° 8, p. 868.

Dorsner-Dolivet (A.), *Responsabilité du chirurgien : les dangers de la faute virtuelle*, P.M., 1984, 13, n° 42.

Draï (R.), *Qu'appelle-t-on la fin de vie ? Approches juridiques et psychanalytiques*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

Dreifuss-Netter (F.), *L'option française : laisser mourir sans faire mourir. Avant la loi de 2005 : l'insécurité des praticiens au regard du droit pénal*, in *Droit et fin de vie : bilan et perspectives après la loi du 22 avril 2005*, Réalités familiales, n° 76, 27 septembre 2005.

Dreifuss-Netter (F.), *Les malades en fin de vie. Soins éthique et droit*, La documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 926, 2006.

Dr. Soc., numéro spécial janvier 2002, n° spécial : « vie professionnelle et vie personnelle ».

Dubouis (L.), *La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame III)*, RFDA 1996, p. 583.

Ducomte (J.-M.), *Santé et laïcité*, Revue des Directeurs d'hôpitaux, 2004, dossier « Hôpital et valeurs républicaines », pp. 5-6.

Duguet (A.-M.), *Le respect de la dignité à l'hôpital*, in JIB, ESKA, vol n° 21, avril 2010, pp. 93-101.

Duprat (J.-P.), *A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 DC du 27 juillet 1994*, in *Les Petites Affiches* du 14 décembre 1994.

Duprat (J.-P.), *Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur ?*, in JIB, vol. 15, n° 2-3, 2004, p. 37.

Duprat (J.-P.), *Les aspects de droit public de la loi bioéthique*, in AJDA, 2004, p. 2328.

Dutrieux (D.), *De nouvelles règles en cas de décès en milieu hospitalier*, JCP A 2006, p.1200.

Edelman (B.), *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, Rec. Dalloz, 23^e Cahier. Chron. 1997, pp. 185-188.

Edelman (B.), *La mort à crédit*, in *D.* 2009, p. 2019.

Esper (C.), n^o spécial *Gaz. Pal.*, *Premières mises en œuvre, premières jurisprudences*, 15-17 décembre 2002.

Esper (C.), *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité médicale des acteurs de santé*, Méd. et Droit, n^o 53, 2002, pp. 6-10.

Fardet (Ch.), *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général*, in *AJDA* 2000, pp. 115-119.

Frayssinet (J.) et Pedrot (Ph.) in *JCP* 1994.I.3810.

Fauré (G.), *Que bien légiférer est un art difficile !*, Méd. & Dr. 1999, n^o 38, p. 1.

Feuillet le Mintier (B.), *Les comités d'éthique régionaux en France : réalités et perspectives*, in *CRJO*, Univ. Rennes 1-CNRS, octobre 1998, pp. 47.

Forges de (M. L.), *L'irréductible déontologie*, rapport de synthèse in *Déontologie et santé*, ss. dir. L. Dubouis, Dalloz, coll. Droit sanit. et soc., série Professions, Paris, 1997, pp. 97 s.

Frison-Roche (M.-A.), *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, *RTDC*, 1995, pp. 573 s.

Galloux (J. Ch.), *Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?*, in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 248

Galloux (J.-Ch.), *Le corps humain dans le Code civil*, in *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. pp. 385 s.

Gobert (M.), *L'aléa thérapeutique en droit civil*, in *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique , Droit sanitaire et social*, 1995, pp. 9 s.

Génot-Pock (I.), *Droit à la rétention d'information ou devoir d'information : la nouvelle formulation du Code de déontologie médicale*, *Actualités JuriSanté*, n^o 78, juillet 2012, pp. 19-21.

Georgel (J.), *Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958* , in *RDP* 1960, p. 85.

Gobert (M.), *L'aléa thérapeutique en droit civil*, in *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, *Droit sanitaire et social*, 1995.

Godé (P.), *RTD civ.*, obs., 1978, n^o 438.

Goyard-Fabre (S.), *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon KANT*, in *Archives de philosophie du droit*, n^o22, *La responsabilité*, 1977, p. 113 à 129.

- Gridel (J.-P.),** *Dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*, D. 2001.
- Gromb (S.),** *De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation*, *Gaz. Pal.* 1991, 2, doct. p. 326.
- Gromb (S.),** *Le droit des mourants*, in *Droit médical et Hospitalier*, ss. dir. J.-M. Auby, Litec, 1993, fasc. 37 n° 10, p. 5.
- Gromb (S.),** *Le secret médical : un concept menacé*, *Journal Méd. lég. et Droit méd.*, 1995, t. 38, n°7-8, p.565.
- Guérin (M.-C.),** *Mythe et réalité du doute en matière pénale*, in *RSC* 2002, p. 283.
- Guignard (L.),** *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, *RRJ* 2000/1, p. 45.
- Guigue (J.),** *L'aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'Etat ?*, *Gaz. Pal. Spécial Droit de la Santé*, 22-23 mars 2000.
- Guillien (R.),** *L'exception de recours parallèle*, Sirey, Paris, 1934, p. 9.
- Hauriou (M.),** *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*, in *RTD civ.*, 1923, p. 124.
- Heers (H.),** *L'indemnisation de la perte d'une chance*, *Gaz. Pal.* 2000, 1, doct. 525.
- Hennette-Vauchez (S.),** in *La révision des lois bioéthiques, la loi n°2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l' « exception bioéthique » ?*, *Rev. Drt. San. Soc.*, 2005, pp. 185-194
- Hennette-Vauchez (S.),** *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant*, in S. Hennette-Vauchez, ss. Dir., *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2006.
- Hennette-Vauchez (S.),** *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. Larralde, dir., *La libre disposition de soi*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 173-198.
- Hocquet-Berg (S.),** *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, in *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, pp. 1121-1129.
- Hocquet-Berg (S.),** *La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux*, *Resp. civ. et assur.*, 2010, étude n°5
- Hoerni (B.) et Bouscharain (J.-P.),** *Arrêt Teyssier de la Cour de cassation, 28 janvier 1942, quelques remarques sur une décision « oubliée »*, *Histoire des sciences médicales*, Tome XXXV, n° 3, 200, p. 301.
- Houlou (A.),** *La qualification juridique des états de crise*, GP 1^{er} mai 1998, Doct. p. 7.

Iacob (M.), *La construction de la mort en droit français*, in A.-M. Arborio, *Les objets du droit*, éd. Parenthèses, 1999, pp. 39-54.

Jeannin (L.), *Le principe de dignité en droit allemand*, in S. Hennette-Vauchez, C Girard, L. Jeannin, M. Loisel, et D. Roman, *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, pp. 158-175.

Jèze (G.), *La présidence du TC*, RDP 1908, p. 257.

Jourdain (P.), *Médecin - Responsabilité du fait d'une infection nosocomiale - Fondement juridique*, Obs. sous 1^{ère} civ. 4 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 191, p. 167, RTC, juillet-septembre 2006, n°3, chroniques-5, pp. 567-569.

JO du Sénat, *Définition juridique de la mort*, 15 février 1990, p. 324.

Kayser (P.), *Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois*, Mélanges P. Reynaud, Dalloz Sirey, 1985, 329.

Koubi (G.), *Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé*, RD sanit. Soc., 1999, p. 1.

Labbé (X.), *Mort*, in *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1046.

Labrusse-Riou (C.), *L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne*, Droits, Biologie, personne et droit, PUF, 1991, n° 13, pp. 19 s.

Labrusse-Riou (C.), *La maîtrise du vivant : matière à procès*, in *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 90.

Labrusse-Riou (C.), *Aux frontières du contrat : l'expérimentation biomédicale sur des sujets humains ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 359.

Labrusse-Riou (C.), *Difficultés, contradictions et apories du droit de la « bioéthique »*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001

Labrusse-Riou (C.) et Bellivier (F.), *Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé*, in *RIDC*, février 2002, pp. 579-601.

Laude (V. A.), *Le consommateur de soins*, D. 2001, p. 415.

Laude (V.A.), *Petites affiches*, 13 mars 2002 ; numéro spécial des *Petites affiches*.

Laroque (M.), *La réparation de la perte de chances*, GP. 1985, p. 607.

Larribau-Terneyre (V.), *Consentement au mariage in extremis d'un malade semi-inconscient*, Droit de la famille, 2006, n° 3, mars, commentaires, n° 48, p. 24.

Larribau-Terneyre (V.), *L'appréciation du consentement dans le mariage posthume et le mariage in extremis*, Droit de la famille, 2006, n° 4, avril, commentaires, n° 79, p. 10.

Lasserre-Kiesow (V.), *Garde et responsabilité du fait d'autrui*, in *LPA* 11 octobre 2001.

- Leborgne (A.),** *Où un mariage in extremis est validé et retenue la faute du père du marié persistant à poursuivre l'annulation du mariage*, Revue juridique personnes et famille, 2006, n° 5, mai, mariage, p. 17.
- Leca (A.),** *La dernière frontière : variations historiques sur la personnalité juridique des morts*, in M. Lafourcade, *La Frontière des origines à nos jours*, Actes des journées de la Société Internationale d'Histoire du droit, Bayonne, 15, 16, 17 mai 1997, Presses Univer. de Bordeaux, 1998.
- Lecucq (O.),** *Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou véritable nome du fond. Réflexions tirées du droit des étrangers*, Congrès de Mexico décembre 2010, Atelier sur le principe de proportionnalité, www.juridicas.unam.mx.
- Legoux (A.),** *Consécration du défaut d'information comme faute autonome*, in *Gaz. Pal.* 17 juin 2010, n° 168, p. 9, à propos de C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010.
- Lemennicier (B.),** *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?*, Droits, bioéthique, personne et droit, n° 13, 1991, pp. 111 s.
- Le Nestour Drelon (G.),** *Responsabilité médicale : un arrêt qui fera date*, *Revue Lamy droit civil*, 2010, n°3805, p. 26.
- Leonetti (J.),** *De la mort en famille à la mort à l'hôpital, La médicalisation de la fin de vie, in Vivre ou laisser mourir. Respecter la vie, accepter la mort*, éd. Michalon, Paris, 2005, pp. 17-22.
- Maillols (A.-C.),** *Oregon : la légalisation du suicide assisté*, in *La fin de vie en droit américain*, in *L'éthique et la mort*, Revue générale de droit médical, numéro spécial, 2004, Les études hospitalières, pp. 227-230.
- Malabat (V.),** Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, Dossier : *La Constitution et le droit pénal*, août 2009.
- Malaurie (P.),** *Euthanasie et droits de l'homme. Quelle liberté pour le malade ?*, Defrénois 2002, 37598, p. 1132.
- Manaouil (C.), Graser (M.), Verrier (A.), Cormier (J.), Jardé (O.),** *La faute détachable de service dans les établissements publics de santé*, Journal de médecine légale droit médical, 2004, vol. 47, n° 8, pp. 383-396.
- Mathieu (B.),** *La dignité de la personne humaine ; du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel*, Mél. Ch. Bolze, Economica, 1999, pp. 212-236.
- Mathieu (B.),** *Les comités d'éthique hospitaliers. Etude sur un objet juridique non identifié*, in *RDSS*, 2000.

- Mathieu (B.),** *La bioéthique ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ?* in S. Maljean Dubois, (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, éd. A. Pedone, Paris, 2005, pp. 87-94.
- Mathieu (B.),** *Les avatars du droit à la santé. Eléments d'analyse à partir du Droit constitutionnel français*, in A. Aouij-Mrad, M.-H. Douchez et B. Feuillet, *Santé, argent et éthique une indispensable conciliation ? : Etude française et tunisienne*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2005.
- Mathieu (B.),** *Quelle valeur accorder à la dignité humaine ?*, in *JIB*, vol. n° 21, mars 2010, chap. 6, pp. 77-83.
- Mémeteau (G.),** *Le contrat médical ; la responsabilité civile du médecin*, Trait. dr. Méd. ss. Dir. L. Mélenec, Maloine, 1982, p. 54.
- Mémeteau (G.),** *Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthiques ou l'Iroquois sur le sentier des comités d'éthique*, in *RRJ*, 1989-1, p. 64.
- Mémeteau (G.),** *Les règles éthiques : qui les dit ? Pourquoi et comment ?*, in *RIDC*, vol. 14, 1992, p. 34.
- Mémeteau (G.),** *L'embryon législatif*, in *D.* 1994, chron. p. 355
- Mémeteau (G.),** *Vie biologique et personnalité juridique*, in *Journées Savatier*, PUF, 1994, p. 33.
- Mémeteau (G.),** *La guerre de Sécession n'aura pas lieu : introduction à un discours de droit médical*, *RRJ droit prospectif*, 1995, 3 : 721 s.
- Mémeteau (G.),** *Perte de chances et responsabilité médicale*, *Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. 1367.
- Mémeteau (G.),** *La définition de la personne par la loi*, in *JIB*, 1997, p. 39.
- Mémeteau (G.),** *Accréditation et responsabilités. Hypothèses*, in *Gaz. Pal.* 23-24 octobre 1998, p. 20.
- Mémeteau (G.),** *Petites Affiches*, 23 avril 1999, n° 81, p. 10.
- Mémeteau (G.),** *L'action de vie dommageable*, in *JCP* 2001, I, 279.
- Mémeteau (G.),** *La mort dans la loi. De quelques relations entre la loi du 22 avril 2005 et des règles morales premières*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques du CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.
- Meulders-Klein (M. T.),** *La production des normes en matière bioéthique*, in *De la bioéthique au biodroit*, ss. dir. C. Neirinck, *Droit et société*, LGDJ, Paris, vol. 8, 1994, p. 43.
- Michel (J.),** *Hibernatus, Le droit, et les de l'homme et la mort*, in *D.* 2005. 1742.
- Millaire (N.),** *Observations sur la loi du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine*, *Revue de Droit et Santé*, n° 47, mai 2012, pp. 383-386.

- Millard (E.),** *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et Société, 1995, n° 30-31.
- Mistretta (P.),** *La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000, évolution ou révolution ?*, in JCP 2002, I, 149.
- Moderne (F.),** *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA, p. 495 s.
- Moquet-Anger (M.-L.),** *Brevet de juridicité et et contrôle de légalité des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé (HAS)*, 17 octobre 2011, p. 2321.
- Neirinck (C.),** *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Economica, Paris, 1999.
- Nerson (R.),** *La protection de la vie privée en droit positif français*, in RIDC 1971.737.
- Nicourt (B.),** *Le lien de causalité*, in *Méd. Drt.* 1997, n° 26, p. 4.
- Pauvert (B.),** *Quel homme pour les Droits de l'homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique*, in J. Ferrand, et H. Petit, *Fondations et naissance des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 222.
- Pédrot (Ph.),** *La dignité de la personne humaine : principe consensuel ou valeur incantatoire ?*, Mélanges C. Bolze, *Ethique, droit et dignité de la personne*, Economica, 1999, p. 11 s.
- Pédrot (P.),** *Libres propos sur la démocratie sanitaire*, in *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et au système de santé*, ss. dir. A. Laude, Petites affiches, 19 juin 2002, p. 6.
- Pédrot (Ph.),** *Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ?*, *RD sanit. Soc.*, 38(3), juill.-sept., 2002.
- Pelloux (P.),** *Table ronde, Le consentement aux actes médicaux*, *Gaz. Pal.* n° spécial du 1^{er} janvier au 5 janvier 1999, p. 40.
- Perreau (V.E.-H.),** *Les droits de la personnalité*, *RTD civ.*, 1909, 501.
- Petroni-Maudière (N.),** *L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale*, *Revue Générale de Droit Médical*, n° 6, Les Etudes Hospitalières, 2001, pp. 175-196.
- Peyron-Bonjan (C.),** *Force et logique des discours*, *RJJD*, 1991.3.3.
- Pitcho (B.),** *De l'indignité médicale face au temps*, *JCP 2002*, éd. E, suppl. Cah. dr. Entr. 2002/1, p. 27.
- Porchy (S.),** *Lien causal, préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient*, *D.* 1998, chron. pp. 379-384.

Pradel (J.), *L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale*, in *JCP G* 1969, I, 2234.

Pradel (J.), *Les dispositions de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée*, in *D.*1971, chron. XVIII, p.22.

Portinol (B.), *A propos de la définition légale de la mort*, in *Gaz. Pal.* 1988, 1^{er} sem. p. 300.

Poughon (J.-M.), *L'individu propriétaire de son corps, une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique*, *Rev. Actualités Juridiques*, juin 2003.

Questiaux (N.), *L'éthique des sciences du vivant*, p. 323 s., in Z. Ouloumi, *Vers un nouveau principe général du droit : Le respect du « principe de précaution » ?*, in *RAJF*, 22 décembre 2002.

Radé (Ch.), *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, *D.* 1998, chron. p. 301.

Radé (Ch.), *Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question !*, in *RCA* 2001, chron. n° 1.

Radé (Ch.), *Intervention chirurgicale mutilante non justifiée ni adaptée*, *Revue Resp. civ. et ass.*, n°4, avril 2010, commentaire n°85, pp. 20-21, note à propos de C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010.

Raimbault (P.), *Le corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »...*, *Droit et Société*, 61, 2005, pp. 817-844.

Rassat (M.-L.), *La révélation médicale*, *D.* 1989, chron. p. 107.

Raymond (G.) in *JCP* 1994.I.3796.

Rebecq (G.), *Le rôle de la personne de confiance dans la fin de vie*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.

Rémy (Ph.), *Nouveaux développements de la responsabilité contractuelle*, in *RGTA* 1995, 529, et infra n° 3436.

Rémy (Ph.), *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, in *RTD. Civ.* 1997, 323.

Renoux (T.), *Droits des libertés : de la liberté individuelle à la liberté personnelle*, *Rev. franç. droit consti.*, 1994, 379.

Reynier (M.), *Sacralité du corps humain*, in *Revue Droit et Santé* n° 40, chron., mars 2011.

Ringel (F.) et Putman (E.), *Après la mort...*, in *D., chron.*, XLVII, 1991, p. 241.

Robert (J.-H.), *La punition selon le Conseil constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

Rolland (P.), *Responsabilité du fait d'autrui : garde ou surveillance ?*, in *LPA* 19 septembre 2000.

- Sabete (W.),** *La théorie de la connaissance scientifique en droit et le procès de la métaphysique*, Arch. Phil. Droit, n° 46, 2002.
- Sainte-Rose (J.),** *La condition juridique de l'enfant à naître*, Colloque sur la biomédecine et le droit tenu à Chambéry le 8 janvier 2010.
- Sallet (F.),** *La perte de chances dans la jurisprudence administrative relatives à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ. 1994.
- Salvage (Ph.),** *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, in *RTD civ.* 1973.
- Sarcelet (J.-D.),** *Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence*, *D.* 2008. *Chron.* n° 28, pp. 1921-1927.
- Sargos (P.),** *Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causés par des médicaments, et notamment des vaccins*, *La semaine juridique*, édition générale, n° 41, 5 octobre 2009, *Juris.* n° 308, pp. 13-18.
- Sautel (O.),** *Quelle place pour les bénévoles ?*; in F. Dreifuss-Netter, *Malades en fin de vie. Soins, éthique et droit*, op. cit., pp. 36 s.
- Sauvé (J.-M.),** *Le droit des malades, 10 ans après la loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in Colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES, 5 mars 2012, « *L'approfondissement de la démocratie sanitaire, objectif global de politique publique* », www.conseil-etat.fr.
- Savatier (R.),** *D.* 1948, 298.
- Savatier (R.),** *Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le permis d'opérer et les pratiques américaines*, Recueil Dalloz, Paris, 1952, *Chron.* XXXII, pp. 157-160.
- Savatier (J.),** « *Et in hora mortis nostrae* », *le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre*, in *D. chron.*, Paris, 1968, p. 90.
- Savatier (J.),** *Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui*, in *LPA*, 14 juillet 1994, n° 149, p. 9.
- Tancelin (M.),** *Les cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, pp. 1035-1038.
- Terré (F.),** *La vie privée*, in P. Tabatoni et al., *Société d'information et vie privée*, Tome III, PUF, 2002, chap. 7, pp. 138-151.
- Thouvenin (D.),** *De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques »*, in *RTDC* 1994, p. 717.
- Thouvenin (D.),** *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil*, *D.*2000, *chron.* p. 487
- Thouvenin (D.),** *Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations*, *Revue générale de droit médical*, n° 13, 2004, pp. 79-100.

- Tinland (F.),** *La notion de sujet de droit dans la philosophie de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau*, in *Le sujet de droit*, Arch. phil. droit., n° 34, p51-66.
- Tour, De la (R.),** *La vie personnelle du salarié*, R. 1999, p. 191.
- Tourneau le (Ph.),** *Responsabilité en général*, Rép. Civ. Dalloz, V, 2002.
- Trigeaud (J.-M.),** *Le droit naturel, fondement des droits de l'Homme. Une approche de théologie du droit*, in *Droits de Dieu et droits de l'Homme*, Tequi, 1989.
- Trigeaud (J.-M.),** *Droit et religion. Observations finales*, in Arch. phil. droit., n° 38, 1993, pp. 231-242.
- Trigeaud (J.-M.),** *Sur la mort et sur « celui-qui-voulait-mourir ». Eléments de réflexion*, Politeia, n° 3, 2003.
- Trigeaud (J.-M.),** *Le droit privé, première base de réflexion du philosophe juridico-politique*, in *Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau*, Dalloz, Libre droit, 2007, pp. 1004-1021.
- Truchet (D.),** *La décision médicale et le droit*, in *L'intervention publique dans le domaine de la santé*, in AJDA 20 septembre 1995.
- Tunc (A.),** *La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens*, in JCP G 1945, I, 449, n° 6.
- Vayre (P.), Vannineuse (A.),** *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale. Complications, dommages, responsabilité, indemnisation ...*, Springer-Verlag, France, 2003, pp. 677 s.
- Véron (M.),** in *Dr penal*, chron. 65 et 67; "Bio-éthique", *Petites aff.*, n° special 149, 14 déc. 1994.
- Véron (M.),** *La responsabilité au sein d'une équipe médicale*, Drt. Pén. Mai 2011, com. 61.
- Vialla (F.),** *Licence to kill ? Mon nom est Thanatos (...)* *Eu Thanatos*, *Revue Droit et Santé*, n° 40, pp. 175-176.
- Vialla (F.),** *Bref retour sur le consentement éclairé*, in *D.* 2011, p. 292
- Vialla (F.),** *Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle, et institution sanitaire ou médico-sociale*, *Revue Droit et Santé*, janvier 2012, n° 45, pp. 123-129.
- Vialla (F.),** *Précisions quant à la responsabilité du fait des produits défectueux*, *Revue Droit et Santé* n° 48, juillet 2012
- Vialla, (F.),** *La mort sur ordonnance, en 192 heures chrono*, *Revue Droit et Santé*, n° 49, septembre 2012.
- Wester-Ouisse (V.),** *Dépénalisation du droit médical*, *Revue Gén. dr. Médical*, hors série 2008.
- Zollinger (A.),** *La dignité de la fin de vie*, *Légipresse* Janvier 2011 n° 279, p. 29.

*

Doctrines de philosophie et philosophie du droit :

Abensour (M.) et al., *L'animal politique*, Revue Epokhè, Grenoble, 1996, p. 11

Alton d' (A.), *Histoire, justice et connaissance : penser l'histoire du phénomène juridique à la lumière de la connaissance du juste*, Conférence au Symposium international : « Culture, Society, and Knowledge », Société canadienne d'épistémologie, Université de Sherbrooke, 28-29 septembre 2007, publié sur Revue de la BPC, Thèmes, VII/2008, mise en ligne le 23 novembre 2008, www.philosophiedudroit.org.

Ambroselli et G. Wormser, *Du corps humain à la dignité de la personne humaine*, op. cit., pp. 345-352.

Audard (C.), *Ethique publique et démocratie*, in *Le privé et le public*, Arch. Phil. dr., n° 41, 1997, pp. 65-81.

Aumonier (N.), *L'éthique consensuelle au CCNE*, in *Communio : revue catholique internationale*, 109, vol n° XVIII, 5.

Baum (M.), *De la médicalisation à la juridicisation de la fin de vie*, in *Revue Politiques sociales*, numéro spécial « Ethique et santé », mai 2001, p. 1.

Becker (L.), *Les limites du concept d'être humain*, Cahier S.T.S n° 11, *Ethique et biologie*, Ed. CNRS, 1986, p. 139.

Beignier (B.), *Vie privée et vie publique*, Arch. Phil. Droit., n° 41, 1997, pp. 163-180.

Belley (P.-A.), *Connaître par le cœur. La connaissance par connaturalité dans les œuvres de Jacques Maritain*, Pierre Tequi éd., Croire et Savoir, 2003.

Cadoré (B.), *Médicalisation de la mort : déni ou créativité*, in *La mort médicalisée*, Ethica Clinica, 98/9, 1998.

Chatel (T.), *Ethique du « prendre soin », sollicitude, care, accompagnement*, Traité de bioéthique, ss. Dir. E. Hirsch, T1, Paris, Eres, 2011, pp. 84-94.

Ciocan (C.), *La vie et la corporalité dans Être et temps de Martin Heidegger, 1^{ère} partie : le problème de la vie. Ontologie fondamentale et biologie*. Studia Phaenomenologica I (2001), 1-2, pp. 61-93.

Cohen (D.), *Justice publique et justice privée*, Arch. Phil. Droit., n° 41, 1997, pp. 149-161.

Cotta (S.), *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, in *Archives de philosophie du droit*, n°22 La responsabilité, 1977, pp. 23 à 30.

- Delbos (V.),** *Sur la théorie kantienne de la liberté*, in Bulletin de la société française de philosophie, 5^e année, n° 1, janvier 1905, séance du 27 octobre 1904, pp. 5-6.
- Fargot-Largeault (A.),** *Réflexions sur la notion de la qualité de la vie*, Arch. Phil. Droit, Droit et Sciences, Tome 36, 1991, p. 135.
- Fedi (L.),** *Auguste Comte, la disjonction de l'idéologie et de l'État*, Cahiers philosophiques, n° 94, 2003, pp. 99-110.
- Ficin (M.),** *Argumentum, Corpus Hermeticum*, in *Omnia Opera*, 1576, p. 1836 et M. Ficin, *Theologia Platonica*, in *Opera omnia*, p. 1537, in Marsile Ficin, *Opera Omnia*, T. I et T. II, reprise de l'édition de 1576, éd. Miraval, 2008.
- Folscheid (D.),** *La relation médecin-patient*, in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, Paris, 1997, pp. 247 s.
- Goffi (J.-Y.),** *Pour une éthique fondée sur la vertu*, in *Penser l'euthanasie*, Paris, PUF, coll. Questions d'éthique, 2004, pp. 142-150
- Goyard-Fabre (S.),** *Responsabilité morale et juridique selon KANT*, in Archives de philosophie du droit, n°22, La responsabilité, 1977, pp. 113-129
- Goyard-Fabre (S.),** *Le concept de persona civilis dans la philosophie de Hobbes*, in *CPHPJ*, 1983 (3), pp. 56 s.
- Higgins (R. W.),** *L'invention du mourant. Violence de la mort pacifiée*, in *Esprit, Fin de vie pour quoi ?* janvier 2003.
- Kayser (P.),** *Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire*, RRI, 1998. 2, p. 387.
- Lemoine (M.),** *Intimité et secret médical. Interprétation philosophique des rapports entre éthique et droit*, Med. et Droit, 2007, p. 73.
- Les notions philosophiques*, T. II, PUF, Paris, 1990.
- Miquel (P.-A.),** *Respect et inviolabilité du corps humain*, in *Corps et sacré*, Noesis, n° 12, 2007, pp. 239-263.
- Missa (J.-N.),** *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, De Boeck, Bruxelles, 1996.
- Neschke-Hentschke (A.),** *Platonisme politique et théorie du droit naturel. Contributions à une archéologie de la culture politique européenne. Vol. II. Platonisme politique et jusnaturalisme chrétien. La tradition directe et indirecte d'Augustin d'Hippone à John Locke.*, Peeters Publishers, Louvain, 1995, pp. 171-172.
- Oubrou (T.),** *La shar'ia et/dans la laïcité*, in *Laïcité*, Arch. Ph. Droit, Tome 48, 2005, pp. 157-167.

- Parizeau (M.-H.),** Le concept éthique de consentement à l'expérimentation humaine : entre l'utilitarisme et la morale kantienne, in *Les Fondements de la bioéthique*, De Boeck, Bruxelles, 1992, pp. 169-195.
- Pena (L.),** *Le paradoxe de l'être mourant chez Saint Augustin et Leibniz*, in *La vie et la mort*, éd. M. Vade, Soc. Poitevine de philosophie, 1996, pp. 287-289.
- Quinche (F.),** *Le corps et la personne*, in Causse (J.-D.) et Müller (D.), (dir.), *Introduction à l'éthique. Penser, croire, agir*, Labor et Fides, 2009, pp. 339 s.
- Rawls (J.),** *L'idée d'un consensus par recoupement*, *Revue de métaphysique et de morale*, n° 1, 1988.
- Ricœur (P.),** *Les trois niveaux du jugement médical*, in P. Kemp (dir.), *Le Discours bioéthique*, Cerf, 2004, pp. 35-49.
- Sinding (Ch.),** *La recherche clinique et l'impensé dans les lois de bioéthique*, in C.
- Souladié (Y.),** *L'inversion contra la Volonté de puissance*, Toulouse, 15 décembre 2006, in D. Hildesheim, *Nietzsche. L'inversion des valeurs*, G. Olms Verlag, Europaea Memoria Bd. 53, 2007, pp. 3-25.
- Theis (R.),** *Respect de la loi : respect de la personne. Kant*, Le Portique, *Revue de philosophie et de sciences humaines, Le Respect*, novembre 2003.
- Tinland (F.),** *La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau*, *Arch. Phil. Droit.*, n° 34, 1989
- Trigeaud (J.-M.),** *Paix éthique et paix juridique*, *Revue de la BPC, Thèmes*, XII/2001, www.philosophiedudroit.org.
- Trigeaud (J.-M.),** *Le complexe de Créon : régir les mœurs ou censurer l'Islam et les autres religions. A propos du projet de loi français sur le voile*, *Revue de la BPC, Thème*, I/2004, www.philosophiedudroit.org.
- Trigeaud (J.-M.),** *Eduquer au principe de réalité, ou l'apprentissage de la philosophie du droit*, *Revue de la BPC, Thèmes*, I/2008, 16 janvier 2008, www.philosophiedudroit.org.
- Trigeaud (J.-M.),** *L'argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne*, conf. Colloque international du 150e anniversaire de la naissance de Léon Duguit : « *Autour de Léon Duguit* », Université Montesquieu Bordeaux IV, 29 mai 2009, sous la dir. prof. F. Melleray, Bruxelles, Bruylant éd., 2011, p. 311-331.
- Trigeaud (J.-M.),** *L'attentat. D'un euphémisme d'agression et non de respect révélateur du discours discriminatoire ambiant.*, in *revue B.P.C.*, in philosophiedudroit.org., mis en ligne le 20/III/2012.

Trigeaud (J.-M.), *La personne n'est pas un « projet »*, Rivista Rosminiana di filosofia e di cultura, Anno CVI, Fasc. I, Centro Internazionale di Studi Rosminiani, Edizioni Rosminiane Sodalitas, Stresa (Italia), marzo 2012.

Trigeaud (J.-M.), *La théologie de l'« entre nous » ou les clés d'un politisme religieux*, Revue de la BPC, Thème, IV/ 2012, 3 mai 2012, www.philosophiedudroit.org.

Verspieren (P.), *Résister au « Lobby » de l'euthanasie*, in Etudes, mai 2007, pp. 581-584.

Villey (M.), *Esquisse historique sur le mot responsable*, in Arch. Ph. Droit., T. 22, 1977.

Zarka (Y. C.), *Le souverain vorace et vociférant*, Cités, n° 30, P.U.F, 2007.

*

Doctrine médicale :

Abiven (M.), *Pour une mort plus humaine. Expérience d'une unité hospitalière de soins palliatifs*, 2ème éd. Interéditions, Masson 1997.

Abras (M.-A.), *Mort et éducation : Cicely Saunders et le mouvement des soins palliatifs*, Le Journal des chercheurs, 28 septembre 2005, www.barbier-rd.nom.fr.

Agence de la biomédecine, *Livret d'aide à la prise en charge des donneurs potentiels d'organe*, septembre 2010, pp. 3-5.

Aubry (R.), *Fin de vie, désir de mort et euthanasie : la société à l'épreuve*, in R. Aubry, coord. *L'euthanasie et la mort désirée : questions pour la société et la pratique des soins palliatifs*, SFAP, Mutualité française, Paris, 2005.

Aubry (R.), *L'alimentation artificielle et l'hydratation chez la personne en état végétatif chronique : soin, traitement, ou acharnement thérapeutique ?*, Med. Palliat Soins Support Accompagnement Ethique, 2008, pp. 74-85.

Baste (J.C.), *Le Code de déontologie*, Université Bordeaux II, CHU de Bordeaux, p. 12.

Bernard (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1^{ère} éd. 1865, éd. actuelle Flammarion, Paris, 1984.

Burucoa (B.), Delzor (M.) et coll., *Pour une sédation vigile non euthanasique : midazolam et methotrimeprazine, alternatives à l'euthanasie*, Info Kara, n° 43, 1996, pp. 21-30.

- Cautaerts (M.)**, « *Je tu(e) il* » : *Psychanalyse et mythanalyse des perversions*, éd De Boeck, 2010.
- Célis (R.)**, *L'éthique médicale à l'épreuve de la sagesse hippocratique*, *Ethique et Santé*, 3-2006, pp. 8-17.
- Cerruti (F.R.)**, *L'euthanasie : approche médicale et juridique*, Privat, 1987.
- Cohen (Ph.)**, *L'interdiction d'exercer*, in *La Gazette santé-social*, n° 55, 2009.
- Couilliot (M.-F.)**, *Le temps du mourir et le temps de l'hôpital : prise en charge des patients en fin de vie aux Urgences*, *Santé publique*, vol. 23, avril 2004, pp. 269-278.
- Delbecq (H.)**, *Les soins palliatifs et l'accompagnement des malades en fin de vie*, *Actualité de la maladie douloureuse*, Ministère des Affaires Sociales de la Santé et de la Ville, Documentation Française, Paris, 1994, pp. 46-47.
- Denoix de Saint-Marc (R.)**, *Patients et professionnels de santé : nouveaux devoirs*, *Table ronde*, Conférence inaugurale du MEDEC du 8 mars 2000, www.conseil-national.medecin.fr.
- Derobert**, *L'inhumation précipitée*, *Ann. Méd.* 1951, p. 285.
- Desfosses (G.)**, *Limites et dérives des équipes mobiles de soins palliatifs*, *European Journal of Palliative Care*, 1998 5 (3), pp. 81 s.
- Dudoit (E.)**, *Du savoir sur soi à la connaissance de soi, du chemin de l'expérience à celui de l'amoureux*, in SFAP, 9^{ème} congrès national, 2003, pp. 239 s.
- Duhamel (G.)**, *Paroles de médecin*, éd du Rocher, 1946.
- Dupont (M.)**, *L'humanisme et l'information médicale*, in M. Mignon, *Humanisme médical : pour la pérennité d'une médecine à visage humain*, éd. John Libbey, 2003.
- Ellien (F.)**, *Angoisse de mort chez le sujet âgé en fin de vie : peut-on entendre ? Doit-on l'écouter ?*, 35^{ème} Journées d'Ivry, Hôpital de la Salpêtrière, Paris, 8-9 mars 2002.
- FHP-MCO, proposition** visant à créer un Club de soins palliatifs ; réunion du 6 septembre 2012.
- Fieschi (M.), Staccini (P.), Bouhaddou (O.) et Lovis (C.)**, *Risques, technologies de l'information pour les pratiques médicales*, Springer, coll. Informatique et Santé, 2009.
- Fondras (J.-C.)**, *La règle du double effet en soins terminaux, critiques justification et limites*, *Médecine palliative*, 1 (2), 2002, pp. 89-94.
- Geoffroy (M.) et coll.**, *Aide à la réflexion et situations extrêmes*, *Ethique et Santé*, 4-2007, pp. 165-168.
- Guillaume-Hofnung (M.)**, *La médiation dans la relation médecin-personne malade*, in *La Lettre de l'espace éthique*, n° 15, 16, 17, Hiver 2001-2002, www.espace-ethique.org.

- Hamburger (J.)**, *Dictionnaire promenade*, in *L'Aventure humaine*, Flammarion, coll. Champs, Paris, 1992, pp. 48-50.
- Hennezel de (M.)**, *Malade, famille, soignants : le besoin d'accompagnement*, in *Fin de vie : le devoir d'accompagnement*, La Documentation Française, coll. Des « Rapports officiels », Paris, 2003, pp. 26-30.
- Jacquelot de (S.)**, *Euthanasie : une proposition de loi pour « stopper l'hypocrisie »*, Le quotidien du médecin, Inf. Gén., n° 6052, 21 avril 1997, p. 15.
- Kahn (A.)**, *L'euthanasie : un droit ? Une liberté ?*, La revue du projet, 6 avril 2011.
- Kahn-Bensaude (I.)**, *La personne de confiance*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 8 octobre 2010, Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre.
- La douleur et la souffrance psychique*, Revue française de psychanalyse, T. 55, n° 4, 1991, pp. 797-1049.
- Lapasset (L.)**, **Milhavet (O.)**, **Prieur (A.)**, **Besnard (E.)**, **Babled (A.)**, **Aït-Hamou (N.)**, **Leschik (J.)**, **Pellestor (F.)**, **Ramirez (J.-M.)**, **De Vos (J.)**, **Lehmann (S.)**, and **Lemaitre (J.-M.)**, *Rejuvenating senescent and centenarian human cells by reprogramming through the pluripotent state*, Genes & Development, Genes Dev., november 1, 2011, 25: pp. 2248-2253.
- Le Quotidien du médecin*, 19 déc. 2002.
- Levray (N.)**, *Le patient-usager, acteur de sa santé*, La Gazette santé-social, n° 74, mai 2011.
- Mal (H.)**, *Témoignage sur une pratique peu répandue en France : l'arrêt d'alimentation artificielle*, intervention lors de la Soirée de travail du 3 novembre 2005 intitulée : Aspects cliniques et psychopathologiques d'un arrêt de sonde de gastronomie, in Ph. Bataille et V. Fournier, *L'épreuve éthique et la fin de vie*, Paris, Centre d'éthique clinique (Hôpital Cochin), 2006, pp. 117-121.
- Malherbe (J.-F.)**, *Pour une éthique de la médecine*, Bruxelles, Éditions Ciaco, 1990.
- Mantz (J.M.)**, *Autonomie du patient et paternalisme médical. Le point de vue du réanimateur*, in *A la recherche des contours de l'autonomie et du champ de la liberté dans la relation médecin-malade*, Colloque Dignité Humaine-Perte de dignité, Centre Sèvres Paris, Association Européenne des Centres d'éthique médicale, 1995.
- Mollaret (P.) et Goulon (M.)**, *Le coma dépassé*, in *Rev. Neurol.* 1959, 101.
- Ordre National des Médecins**, *Commentaire sur l'article 36 du Code de déontologie médicale*, 30 octobre 2003.
- Pasche (F.)**, *Peur de la mort, angoisse de mort, défense du Moi*, Rev. franç. Psychanal., janvier 1996, pp. 49 s.

Plon (M.) et Rey-Flaud (H.), *La pulsion de mort, entre psychanalyse et philosophie*, Erès, Paris, 2004, pp. 161-168.

Plu (I.), Institut médico-légal de Paris, Laboratoire d'éthique médicale et de médecine légale, Université Paris Descartes et **Dr Lecomte (D.),** Institut médico-légal de Paris, Université Paris Descartes, *Constat de mort, certificat de décès, éléments de législation funéraires, autopsie*, mars 2010.

Portes (L.), *Du consentement à l'acte médical*, in *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson, PUF, 1954, pp. 163 s.

Poulain (P.), et Pourchet (S.), *Douleur, fin de vie, sédation et réflexion éthique*, in P. Poulain editor, *Douleur en oncologie*. John Libbey Eurotext, Paris, 2004.

Revue médicale suisse, 6 mai 2005.

Rial-Sebbag (E.), et Thomas (A.), *Ethique et législation pour l'exercice médical*, éd. Estem, De Boeck, 2005.

Richard (J.-F.), *Prise de décision et proportionnalité des soins*, CIU d'accompagnement et de Soins Palliatifs, Maison Médicale Jeanne Garnier Paris, et Centre d'Éthique Médicale Lille, UCL, 2012.

Richard (M.-S.), *Préserver la qualité de la fin de vie plutôt que maintenir la vie à tout prix*, in *Maintenir la vie à tout prix ? Qui décide ?*, Laennec, n° 4, 2003 Centre Laennec, pp. 19, 21-23, 25-27.

Rousseau (P.), *Existential suffering and palliative sedation*, *Anesth Analg.*, 2005, 101, 611-a-612-a.

Saury (R.), *L'éthique médicale et sa formulation juridique. Approche médico-juridique des grands problèmes de l'éthique : de la nécessité à la loi*, Sauramps Médical, 1991.

Schwartzberg (L.) et Vianson-Ponté (P.), *Changer la mort*, Albin Michel, Paris, 1997, p. 290.

Sebag-Lanoë (R.) et Feteanu (D.), *La mort du sujet âgé*, *Revue du Praticien*, n° 89 du 5 mars 1990.

Sfez (M.), *Gestion de la qualité et des risques : comment mobiliser les acteurs ?*, in C. Deschamps, M. Sfez et P. Triadon, *Qualité et gestion des risques en établissements de santé : Gestion des risques et de la qualité*, Ed. Lamarre, 2005, pp. 69 s.

Vialla (F.), *Multiplécité d'acteur et communication de données personnelles. Originalité ou banalité ? Secret, information et consentement*, in *Education du patient : « Limiter les ruptures éducatives : entre recommandations et réalités »*, 2 avril 2011, Montpellier, publié sur le site www.CHU-montpellier.fr.

Vigouroux (P.), *Les limites de la vie*, in *Le Concours médical*, 4 janvier 1969, p. 90.

*

Doctrine étrangère :

Academicia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Academia de Ciencias Médicas, *Muerte Digna*, Textos del Simposio realizado en Cordoba el 20 de mayo de 1999, El Copista, 2000.

Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *A definition of irreversible coma: report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, JAMA, 1968 ; 205:337-340.

Agostino Gemelli (P.), *Immanuel Kant. Volume commemorativo del secondo centenario della nascita*, Vita e Pensiero, Milano, 1924.

Alleyn (R.) et **Beckford (M.)**, *Patients in vegetative state can think and communicate*, Telegraph, le 4 février 2010.

Bernat (J.-L.), **Culver (C. M.)**, et **Gert (B.)**, *On the Definition and Criterion of Death*, Annals of Internal Medicine, 94, 1981, pp. 389-394.

Bernat (J.-L.), *How Much of the Brain Must Die in Brain Death ?*, Journal of Clinical Ethics, 3, 1992, pp. 21-26.

Calahan (D.), *When Self-Determination Runs Amok*, Hastings Center Report, March April 1992.

Ferrand (E.), **Robert (R.)**, **Ingrand (P.)**, et coll. *Withholding and withdrawal of life support in intensive-care units in France: a prospective survey*. Lancet, 6 janvier 2001, 357 (9249), pp. 9-14.

Guillod (O.), *Le rôle des comités nationaux d'éthique*, in *Bioéthique : de l'éthique au droit et du droit à l'éthique*, Institut suisse de droit comparé, Zürich, 1997, p. 257.

Kenis (Y.), *Euthanasie, d'une idée de la bonne mort à une revendication éthique*, in Euthanasie, ss. Dir. G. Hottois et J.-N. Missa, Nouvelle encyclopédie de bioéthique, Bruxelles, De Boek Université, 2001, pp. 427-428.

- Leleu (Y.-H.) et Génicot (G.),** *Les lois belges et néerlandaises en matière d'euthanasie*, in *L'euthanasie en droit belge et en droit néerlandais*, Responsabilité, n°13, ed. Gramm, mars 2004.
- Mallet (D.),** *D'une éthique de conviction à l'apprentissage de la discussion*, European journal of palliative care, 1998 ; 5(6), pp. 196-199.
- Manai (D.),** *Images des droits du patient au miroir de la Convention européenne pour les droits de l'Homme et la biomédecine*. In: Werro, Franz (Ed.). *L'européanisation du droit privé : vers un code civil européen*. Fribourg : Editions universitaires, 1998, pp. 113-127.
- Manai (D.),** *Les droits du patient face à la biomédecine*, Stämpfli, SA Berne, 2006.
- Manai (D.),** *La Suisse, le pays du « tourisme du suicide » ?*, in *La fin de vie et l'euthanasie*, Colloques du CDSA, Les Etudes Hospitalières, 2008.
- Mock (H.),** *Suisse : l'assistance désintéressée au suicide*, in *Euthanasie et suicide assisté en Suisse. Etat des lieux et perspectives*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 57, ed. Bruylant-Nemesis, 2004, pp. 53-54.
- Mock (H.),** *Euthanasie et suicide assisté en Suisse. Etats des lieux et perspectives*, RTDH n° 57/2004.
- Nys (H.),** *Droit médical et droit de la santé : de la coexistence à la symbiose ?*, RILS, 49, 1 : 1-18., n° spécial *La législation sanitaire à l'aube du XXIe siècle*, Genève, OMS, 1998, XVII-289 p.
- O'Hayon Naïm (R.) et Escher (M.),** *Antalgiques en automédication : quels sont les risques ?*, Revue médicale suisse, n° 255, 2010.
- Philips-Nootens (S.),** *La personne en fin de vie : le regard du droit civil du Québec*, R.D.U.S., 40, 2009-10.
- Requena Meana (P.),** *A propos de la « mort cérébrale »*, Institut européen de bioéthique, 17 décembre 2009.
- Ross (A.),** *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, LGDJ, La pensée juridique, 2004.
- Schulman (A.),** *Bioethics and the Question of Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics*, rapport du Conseil du président des États-Unis sur la bioéthique, mars 1998, p.3-18.
- The Multi-Society Task Force on PVS,** *Medical Aspects of the Persistent Vegetative State, Second of Two Parts*, New England Journal of Medicine, 1994, 330.
- Thévenaz (A.),** *La protection contre soi-même, étude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Stämpfli, Berne, 1997, p. 145.

Tooley (M.), *Voluntary euthanasia : active versus passive, and the question of consistency,* in *Revue internationale de philosophie*, vol. 49, n° 193, 3/1995, pp. 305-323.

Trigeaud (J.-M.), *La distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d'un fondement réel,* Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Cordoba (Arg.), coord. P.E. Alferillo, A. Guarino Arias & Chr. G. Sommer, Ed. Advocatus, Tomo I, 2010, p. 143-162.

Werth (J. L.) and Wineberg (H.), *A Critical Analysis of Criticisms of the Oregon Death with Dignity Act,* *Death Studies*, vol. 29, n° 1, janvier-février 2005, pp. 1-27.

Jurisprudence :

De droit privé :

Tribunaux :

Trib. de la Seine, 28 août 1889, *DP* 1892-2-533.

TGI de Nice, 25 septembre 1957, *Gaz. Pal.* 1957, II, 246.

TGI de Colmar, 6 décembre 1957, *D.* 1958. 357 (1 ère esp.), note Bouzat ; *S.* 1958. 245 ;
Gaz. Pal. 1958. 1. 202.

TGI de Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970, p. 136.

TGI de Paris, 2 juin 1976, *D.* 1977. 364, note Lindon .

TGI de Paris, 9 juillet 1980, *D.* 1981, 72, note R. Lindon.

TGI de Paris 11 février 1987, *D.* 1987, Som. 385, obs. R. Lindon, et D. Amson.

TGI de Paris, Réf., 6 mai 1987, *Coudert c. Mme Coudert.*, *JCP*.1988.II.21130, note G.
Mémeteau.

TGI de Paris, Réf., 19 mai 1987, *Mme Coudert c. Coudert*, *JCP*.1988.II.21130, note G.
Mémeteau.

TGI de Paris, 6 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989. 1. p. 30.

TGI de Roanne, 27 juin 1995, *Gaz. Pal.*, 1995.1.2 ; note J. Bonneau

TGI de Paris, réf., 13 mars 1996, *JCP* 1996. II. 22632, note Derieux ; Mémeteau, *Gaz. Pal.*
1996. 2. Doctr. 754 ; *RTD civ.* 1997. p. 499, obs. Normand ; Massis, *D.* 1997. Chron. p. 291.

TGI de Paris, 11 janvier 1997, *JCP G*, 1977, 18 711, note D. Ferrier.

TGI de Lille, 10 novembre 2004, *D.* 2005 n° 14, p. 930, note X. Labbé.

TGI de Dijon, 17 mars 2008.

TGI de Nanterre, 2 avril 2010.

TGI de Nanterre, 20 avril 2010, 09/04971.

Cours d'appel :

- CA de Amiens, 22 avril 1898** ; *DP* 1899. 2. 329, note Josserand ; *S.* 1899. 2. 1, note Roux.
- CA de Lyon 27 juin 1913**, *Gaz. Pal.* 1913, p. 507.
- CA de Grenoble, 14 avril 1958**, *D.* 1958, 414, note Rodière.
- CA de Paris, 9 juillet 1980**, *D.* 1981, *Juris.*, p. 72.
- CA de Paris, 17 mars 1986**, *Assistance publique de Paris / P. et autres, Ch. Nobel*, in *Gaz. Pal.* 3 juillet 1986.
- CA de Versailles 30 juin 1987**, *JCP* 1988, IV, 148.
- CA de Bordeaux, 18 avril 1991**, *D.* 1992, II, *juris.*, pp. 14 s., note S. Gromb ; *D.* 1992, somm. p. 274, obs. J.-L. Aubert. .
- CA de Douai 16 janvier 1995**, in *JCP. Clinical Molecular Pathology*, 1996, II, 22.717, note Y. Buffelan-Lanore.
- CA de Paris, 6 novembre 1997**, *Médecine et Droit*, 1998, n° 30, pp. 1-5, note P. Catala.
- CA de Paris, 24 février 1998.**
- CA de Paris, 16 septembre 1998**, *D.* 1998, IR 239.
- CA de Paris, 1^{ère} ch. B, 9 avril 1999**, *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. 316
- CA de Paris, 28 janvier 2000**, *RTD com.* 2000, 399, obs. Rontchevsky.
- CA de Lyon, 1^{ère} ch. civ. 13 avril 2000**, *M. G c. Delle E.*, *Resp. civ. et ass.*, n° 1, 1er janvier 2001, pp. 18-19, note L. Grynbaum, *Responsabilité médicale, de l'obligation de sécurité du médecin* ; L. Dogniaux, *Lamy Assurances*, n° 69, 1^{er} janvier 2001, pp. 1-4.
- CA de Besançon, 1^{ère} ch. civ., 12 septembre 2001**, *Mme R c. M. M.*, *Resp. civ. et ass.*, n° 12, 1er décembre 2001, pp. 20-21, note L. Grynbaum.
- CA de Versailles 28 novembre 2003**, *D.* 2004, 2814, note Hennion-Jacquet.
- CA de Nancy du 14 septembre 2006**, *RCA* 2007.
- CA de Basse-Terre 1^{ère} civ., 8 septembre 2008**, RG 05/00255.
- CA de Montpellier, 13 octobre 2010**
- CA de Douai, 21 octobre 2010**, note A. Zollinger, *La dignité de la fin de vie*, *Légipresse* Janvier 2011 n° 279, p. 29.

Cour de cassation :

- C. cass. 14 novembre 1832**, *Duhamel c. Dayez*, S. 1832 concl. De Broë, note J.-B. Sirey, et L.-M. Villeneuve, Paris 1833, p. 34.
- C. cass. Req., 18 juin 1835**, *Thouret-Noroy*, DP 1835.1.300, concl. Dupin ; S.1835.1.401.
- C. cass. Req., 1^{er} juin 1932**, D. 1933, 1, 102 ; S. 1933, 1, 49, note H. Mazeaud.
- C. cass. 20 mai 1936**, *Epoux Nicolas c. Mercier*, D.1936, 1, 88. concl. Matter, rapp. Josserand ; S. 1937, 1, 321 note Breton ; J.C.P. 1936, 1079. ; DP 1936, 1, 88, rapport Josserand, concl. Matter ; *Gaz. Pal.* 1936, 2, 41 ; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue ; GAJC, 11e éd., no 161, p. 116.
- Req., 28 janvier 1942**, *Parcelier c. Teyssier*, DC 1942.63 ; *Gaz. Pal.* 1942.1. p.177.
- C. cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1951**, *Bull. civ.* n° 162, p. 125 ; D. 1952, 53, note crit. Savatier.
- C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 1955**, D. 1956. 3 ; JCP. 1955. 9014, note Savatier.
- C. cass. 1^{ère} civ. 21 février 1961**, *Bull.civ.* I., p. 92.
- C. cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1966**, *Bull.civ.* 1966, I, n° 298, p. 228
- C. cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1969**, *Bull. Civ.* I, n° 117, *RTD civ.* 1969, 798, obs. Durry.
- C. cass. 1^{ère} civ. 2 décembre 1969**, D. 1970, 104, note C.-M. ; *RTD civ.* 1970, 589, obs. G. Cornu.
- C. cass. soc. 1 mars 1972** : D.S. 1972.426, note M. Le Roy ; *Gaz. Pal.* 1973.I.22, P.J. Doll notamment.
- C. cass. 1^{ère} civ. 23 mai 1973**, JCP. 1975. II. 17955, note Savatier ; *Gaz. Pal.* 1973. II. 885, note Doll.
- C. cass. 1^{ère} civ. 12 mars 1975**, *Bull. civ.* I, n° 108.
- C. ch. mixte, 30 avril 1976**, *Epoux Wattelet c. Petit-corps et du même jour, Consorts Goubeau c. Alizan*, *Bull. civ.* Ch. mixte n° 2, p. 1 ; D. 1977. 185, note Contamine-Raynaud ; *RTD civ.* 1976. 156, note Dury.
- C. cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1976**, *Bull.* 1976, I, n° 258.
- C. cass. 3^{ème} civ. 7 mars 1978**, *Bull. civ.* III, n° 108.
- C. cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1980**, *Bull.* 1980, I, n° 210.
- C. cass. 1^{ère} civ. 5 mai 1981**, GP 1981, 2, som. 352.
- C. cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1982**, *Bull. Civ.* n° 245.

C. cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1984, *D.* 1985, *somm.* p. 368, *obs.* J. Penneau.

C. cass. soc. 18 février 1988, *Bull. Civ.* V, n° 90 ; *JCP* 1988. I. 161, n° 7, *obs.* Alliot.

C. cass., 1^{ère} civ. 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988. I. n° 280 p. 192.

C. cass. 1^{ère} civ. 11 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21358, *note* A. Dorsner-Dolivet.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 février 1990, n°87-14797.

C. cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 74.

C. cass. 1^{ère} civ. 23 octobre 1990, *Bull.* 1990. I, n° 122, p. 158.

C. cass. 1^{ère} civ. 4 décembre 1990, *Bull.* 1990, I, n° 279.

C. cass. 1^{ère} civ. 14 janvier 1992, *Bull.* 1992, I, n° 16.

C. cass. com. 28 janvier 1992, *Bull.* n°187, *P. Perrino* ; *RJF* avril 1992, n° 569.

C. cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 2-3 février 1994, *note* Mme Dorsner-Dolivet.

C. cass. 1^{ère} civ. 27 janvier 1993.

C. cass. com. 12 octobre 1993, *Rochas*, in *Bull.* IV n° 38, *note* G. Vinet, *D.* 1994, p. 124.

C. cass. 1^{ère} civ. 23 mars 1994, *JCP* 1995. II. 22439, *note* Paillet ; *RTD civ.* 1994. 567, *obs.* Hauser.

C. cass. 1^{ère} civ. 6 avril 1994, *Bull.* 1994, I, n° 142, p. 104.

C. cass. 1^{ère} civ. 15 juin 1994, *Bull.* 1994, I, n° 213, p. 155.

C. cass. civ. 2^{ème} 22 février 1995, *RTD civ.* 1995, *note* Jourdain, ; *JCP* 1996. 22570, *note* Dagonne-Labbe ; *D.* 1996- 69, *note* Chartier ; *Gaz. Pal.* 1996 20/21-3-1996, *note* Evade.

C. cass. 1^{ère} civ. 24 octobre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 372, p. 258.

C. cass. 1^{ère} civ. 26 mars 1996, *Bull.* 1996, I, n° 156, p. 109.

C. cass. 1^{ère} civ. 5 novembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 378.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 janvier 1997, *JCP* 1997, *Clinical Molecular Pathology*, II, 22.830, *note* B. Beignier.

C. cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, *Hedreul*, *Bull. Civ.* 1997, I, n° 75, *Gaz. Pal.* 1997. 1. 274, *rapp.* P. Sargos, *note* J. Guigue ; *JCP* 1997. I. 4025, no 7, *obs.* G. Viney, *Defrénois* 1997. 751, *obs.* J.-L. Aubert ; *D.* 1997, *somm.* 319, *obs.* J. Penneau ; *RTD civ.* 1997. 434, *obs.* P. Jourdain ; *RDS.* 1997. 288, *obs.* L. Dubouis *Bull.* 1997, I, n° 75, p. 49.

C. cass. 2^{ème} civ. 10 mars 1997, *Bull. civ.* II, n° 75

C. cass. 1^{ère} civ. 18 mars 1997, *Bull. civ.* I, n° 99 ; *D.* 1997, *somm.* p. 315, *obs.* J. Penneau ; *JCP* 1997, II, 22829, *rapp.* P. Sargos ; *JCP* 1997, I, 4068, n° 1, *obs.* G. Viney ; *RTD civ.* 1999, p. 117, *obs.* J. Mestre ; *Méd. & Dr* 1997, n° 27, p. 19, *obs.* P.B.

C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 1997, *Bull. civ.* n° 278, p. 188, *rapp.* P. Sargos, *JCP.* 1997. II.22942 ; *RD sanit. Soc.* 1998. 68, *note* Harichaux ; *RD sanit. Soc.* 1998. 62, *obs.* Dubouis.

C. cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1998, *Bull.* 1998, I, n° 225, p. 155.

C. cass. 1^{ère} civ. 6 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 274 ; *D.* 1999. Somm. 376, obs. Lemouland ; *RTD civ.* 1999. 62, obs. Hauser.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 octobre 1998, deux arrêts, *Bull. civ.* I. n° 287, p. 199, et n° 291, p. 202 ; *JCP* 1998. II. 10179, concl. Sainte Rose, note Sargos ; *D.* 1999. 145, note Prochy ; *RTD civ.* 1999. 111, obs. Jourdain.

C. cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1999, *Bull. Civ.* 1999, I, n° 220 et 222, p. 141.

C. cass. 1^{ère} civ. 14 décembre 1999, *JCP* 2000, 10241, concl. Petit.

C. cass. 1^{ère} civ. 18 janvier 2000, pourvoi n° 97-17716, *JCP* 2001, II, 10473, note A. Dorsner-Dolivet ; *D.* 2001. p. 3559, note M.-L. Mathieu-Izorche.

C. cass. 1^{ère} civ. 23 mai 2000, *société Le Sou Médical et autre c. Mlle C. a.*, *Bull. civ.* I, n° 253 ; *Gaz. Pal.*, n°352, 17 décembre 2000, pp. 43-46, note J.-L. Virfolet..

C. cass. 1^{ère} civ. 6 juin 2000, *Pocherond c. Peschaud*, in *Bull. civ.* n° 176.

C. cass. 1^{ère} civ. 20 juin 2000, *Bull.civ.* n° 193.

C. cass. 1^{ère} civ. 18 juillet 2000, *Bull. civ.* n° 227.

C. cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2000, *Bull. civ.* I. n° 287, p. 186 ; *JCP* 2001. II. 10493, rapport Sargos, note Chabas.

C. cass. 1^{ère} civ. 20 décembre 2000, *D.* 2001, note J.-P. Gridel, *Dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité.*

C. cass. 1^{ère} civ. 13 février 2001, *Bull. Civ.* 2001, I, n° 32, p. 20.

C. cass. 1^{ère} civ. 6 mars 2001, *JCP*, Gén., 2001, n° 18, 2 mai, Sommaires de jurisprudence, Cour de cassation, p. 897 ; *Droit & Patrimoine*, 2001, n° 94, juin, jurisprudence & législation, p. 95, note Grégoire Loiseau.

C. cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001, *Bull. Civ.* I, n°249 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; *Gaz. Pal.* 17-18 octobre 2001, p. 19 ; *Gaz. Pal.* 2001, juris. p. 1818, note J. Guigue ; *RTD civ.* 2002, p. 176, obs. R. Libchaber ; *JCP* 2002, II, 10045, note O. Cachard. Rapport annuel 2001 p. 421. Voir aussi doctrine **C. Clément** ; **F. Chabas** ; **B. Pitcho**.

C. cass. soc. 10 juillet 2002, *Bull. Civ.* V, n° 251.

C. cass. 1^{ère} civ. 13 novembre 2002, *Bull. civ.* 2002 I n° 263 p. 205.

C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2003, juris data n° 00-20979

C. cass. 1^{ère} civ. 23 septembre 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 188, p. 146 ; *RTD civ.*, janvier - mars 2004, n° 1, pp. 101-103, note P. Jourdain ; *La semaine juridique*, Ed. générale, 7 janvier

2004, n° 1/2, pp. 23-26, note G. Viney ; *Le Dalloz*, 1er avril 2004, n° 13, pp. 898-902, note Y-M. Serinet et R. Mislawski.

C. cass. 1^{ère} civ. 20 janvier 2004, *Bull. civ.* 2004, n° 19, p. 15.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 décembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 302.

C. cass. 2^{ème} civ. 9 décembre 2004, *RCA* 2005, n° 50, note Groutel

C. cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2005, *Bull. civ.* 2005, n° 59.

C. cass. 1^{ère} civ. 15 février 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 86

C. cass. 1^{ère} civ. 5 avril 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 173, p. 146, *RTD. civ.*, juillet-septembre 2005, n° 3, pp. 607-610, note P. Jourdain ; *JCP* 2005, I, n° 149 note Viney, p. 1227.

C. cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005, *Bull. civ.* 2005, I., n° 265, p. 222.

C. cass. 1^{ère} civ. 24 janvier 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 33, p. 130.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 142 et 143, p. 130 ; *R.C.A.*, mai 2006, n° 5, pp. 14-15, note Ch. Radé ; *RTD civ.*, 2006-3, pp. 565-567, note P. Jourdain.

C. cass. 1^{ère} civ. 4 avril 2006, *Bull.* 2006, I, n° 191, p. 167, *RTC*, juillet-septembre 2006, n°3, chroniques-5, pp. 567-569.

C. cass. 1^{ère} civ. 3 avril 2007, *RCA* juillet 2007, comm. 220.

C. cass. 1^{ère} civ. 31 mai 2007, pourvoi n° 06-12.641.

C. cass. 1^{ère} civ. 06 décembre 2007, *D.* 2008, p.192, note P. Sargos, *D.* 2008, p.804, note L. Neyret, *JCP G*, 2008, I, 125, obs. P. Stoffel-Munck.

C. cass. 1^{ère} civ. 13 novembre 2008, *BICC* n°698 du 15 mars 2009

C. cass. 1^{ère} civ. 27 novembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 273 ; *BICC* n° 699 du 1er avril 2009.

C. cass. 1^{ère} civ. 22 oct. 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 211.

C. cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 20 ; , *BICC* n° 724 du 15 juin 2010 ; *Rev. Resp et Ass.*, n°4, avril 2010, commentaire n°85, pp. 20-21, note Ch. Radé.

C. cass. 1^{ère} civ. 11 mars 2010, *Recueil Dalloz*, n°18, 6 mai 2010, Études et commentaires, pp. 1119 à 1124, note M. Bacache.

C. cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, *Bull.civ.* 2010, I, n° 128.

C. cass. 1^{ère} civ. 1^{er} juillet 2010, *Société de conception de presse et d'édition, SCPE c. Mme X et consorts*, *Bull. civ.* n° 7, 2010, pp. 142-144.

C. cass. 1^{ère} civ. 16 septembre 2010, *D.* n° 33, 30 septembre 2010, *Act. droit civil*, p. 2157, note C. Le Douaron, *Exposition « our body » : confirmation de l'interdiction ; Communication, commerce électronique*, n° 11, novembre 2010, comm. n° 112, pp. 34-36, note Agathe Lepage, *Première application de l'article 16-1-1 du code civil par la Cour de cassation ; Legipresse*, n° 277, novembre 2010, *Cours et tribunaux*, n° 276-11, pp. 363-366,

note Agnès Tricoire, *Le corps comme objet d'exposition* ; *Gaz.Pal.* 3 mars 2011 ; *BICC* n° 733 du 15 décembre 2010 ; E. Putman, *Respect des restes humains : la Cour de cassation apporte à l'affaire « Our Body » son épilogue judiciaire*, *Revue juridique Personnes et famille*, n°11, novembre 2010, p. 11-12.

C. cass. 1^{ère} civ. 14 octobre 2010, in *BICC* n°735 du 1er février 2011.

C. cass. 1^{ère} civ. 25 novembre 2010, *Bull.* 2010, I, n°246, note Le Nestour Drelon (G.), *Responsabilité médicale : un arrêt qui fera date*, *Revue Lamy droit civil*, 2010, n°3805, p. 26.

C. cass. 1^{ère} civ. 20 janvier 2011, *D.* 2011, 376, obs. I. Gallmeister.

C. cass. 1^{ère} civ. 31 mars 2011, *Bull. civ.* 2011, I, n° 69 ; *Revue Resp. civ. et ass.*, note Ch. Radé, *Conditions de l'indemnisation par l'ONIAM* , n°5, mai 2011, commentaire n°188, pp. 33-34.

C. cass. 1^{ère} civ. 7 juillet 2011, *Gaz. Pal.* note C. Collin.

C. cass. 1^{ère} civ. 3 septembre 2011, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologie*, note C. Caillé.

C. cass. 1^{ère} civ. 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24447, non publié au bulletin.

C. cass. 1^{ère} civ. 26 janvier 2012, n° 10-26. 705.

C. cass. 2^{ème} civ. 31 mai 2012, pourvoi n° 11-15294 11-15426.

C. cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012, n°11-18.327, *D.* 2012, p. 1794.

De droit public :

Tribunaux administratifs :

TA de Paris 6 octobre 1982, *RHF* 1983, p. 736

TA de Versailles 26 juin 1997, *Lahiaoui, Petites affiches* 23 février 1998, p. 12, note J. Kurlic.

TA de Versailles, 12 mars 1998, *M. Seidel c/ Centre hospitalier de Perray-Vaucluse*.

TA de Paris, 9 décembre 1999, *D.* 2000, n°7, IR, 50-51.

TA de Lille réf. , 25 août 2002, *M. Jérôme G. et Mme Carole G.*

TA de Versailles 14 novembre 2008, *Montet-Toutain*, JCP éd. G. n° 4, 21 janvier 2009, II 10014.

TA de Clermont-Ferrand, 1^{ère} ch. 25 mai 2010.

Cours administratives d'appel :

CAA de Nancy, 13 juin 1989, *CH Roubaix*, Rec. p. 910.

CAA de Paris 20 juin 1989, *GP* 1990, 1 somm., p. 400.

CAA de Bordeaux 5 juillet 1990, Rec. p. 976.

CAA de Lyon, 20 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Rec. p. 498, *AJDA* 1991, p. 167, chron. J.-P. Jouguelet et F. Louloum, p. 126, *JCP* 1991, II, n° 21698, note J. Moreau, *Rev. Drt. San. Soc.* 1991, p. 258, note R.G. Medouze, *D.* 1991, somm. p. 292, obs. P. Bon et Ph. Terneyre.

CAA de Bordeaux 11 juin 1991, *Cts Guignard*, RT 1185.

CAA de Nantes, 2^{ème} ch. 10 février 1994, *Rec. Cons d'Et.* 847 ; *AJDA* 1994. 802.

CAA de Bordeaux 13 novembre 1995.

CAA de Paris, 6 mars 1997, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*, req. n° 94PA01139 et n° 95PA02196.

CAA de Limoges 17 décembre 1997, *Méd. et Droit*, 1998, n° 29, p. 19.

CAA de Paris plén., 9 juin 1998, *Mme Senanayake et Mme Donyoh*, *D.* 1999, p. 277, note G. Péliissier ; *RD publ.* 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; *Petites affiches* 23 avril 1999, p. 10, note G. Mémeteau.

CAA de Douai, 9 avril 2002, n° 98DA02304.

CAA de Paris, 24 juin 2003, *D.* 2004, 983, note Sériaux.

CAA de Nantes, 27 juin 2003, *consorts Martinot*, *AJDA* n°35, pp. 1871-1876, concl. F. Millet.

CAA de Douai 27 décembre 2004, n° 02DA00026.

CAA de Marseille 9 octobre 2007, *Assistance publique des hôpitaux de Marseille c/ Chatain*, n° 05MA03291

CAA de Douai 16 mars 2010, *M. et Mme A. c/ ONIAM*, com. Colloque *Prix et remboursements des médicaments : bilan d'une politique*, *IDS Paris Descartes*, 23 juin 2010, p. 8.

CAA de Lyon 3 février 2011, n° 09LY01486.

CAA de Nantes, 23 février 2012, n° 10NT01748.

CAA de Nantes 24 juin 2012, n° 10NT01784.

CAA de Nancy 5 juillet 2012, n°11NC01236.

Conseil d'Etat :

CE. 1^{er} juillet 1904, Rec. Lebon, p. 536.

CE. 10 février 1905, Rec. Lebon p. 139, concl. Romieu ; comm. Hauriou.

CE. 3 septembre 1928, *Bacon*, Rec. p. 1035, S. 1929.3.3.

CE. Sect. 8 novembre 1935, *Dame Vion*, Rec. 1019.

CE. Sect., 21 févr. 1936, *S.A. Les Armateurs Français*, Rec. p. 226.

CE. Ass. 1^{er} avril 1938, *Soc. L'alcool dénaturé de Coubert*, p. 337, *RDP* 1939, p. 487, concl. R. Latournerie.

CE. Sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. 133 ; *D.* 1945. 110, concl. Chenot, note Soto ; *RDP* 1944. 256, concl. Chenot, note Jèze ; *GAJA*, n° 57.

CE. Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. 213 ; S. 1946. 3.1, concl. R. Odent ; *D.* 1946. 158, note G. Morange ; *EDCE* 1947. 48, concl. R. Odent.

CE. 26 juin 1959, *Rouzet*, Rec. p. 405 ; *AJDA* 1959, p. 273, concl. Fournier et p. 160. *chron.* Combarrous et Galabert ; *JCP* 1959, II, 11339.

CE. 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec. 464 ; *D.* 1951. 620, note Nguyen Do ; *JCP* 1951. II. 6532, note J.J.R ; *JCP* 1952. II. 6734, note Eisenmann ; *RDP* 1951. 1087, note M. Waline ; S. 1952. 3. 25, note Mathiot ; S. 1953. 3. 57, note Meurisse.

CE. Sect., 12 février 1960, *Ste Eky*, *GAJA* n° 8-4, 19-4, 79-1, 84-2.

CE. Ass., 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand*, Rec. 661, *D.* 1962. 34, concl. Heuman ; S. 1962. 82, concl. Heuman, note Vignes ; *AJ.* 1962. 22, chr. Galabert et Gentot ; *JCP* 1962. II. 12425, note Luce ; *RDP* 1962. 330, note M. Waline ; *GAJA*, n° 82.

CE. 11 octobre 1963, *La France*, Rec. p. 485.

CE. 15 juillet 1964, *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, Rec. 410, *AJ* 1964.555, chr. Fourré et Puybasset ; *RDP* 1964.1010 ; note M. Waline.

CE. 4 octobre 1968, *Mlle Doukakis*, Rec. CE, p. 903, *D.*, 1968.J, p. 712, concl. Morisot ; *JCP* 1968.II.15668, note R. Savatier, *AJDA* 1969, p. 369, note J. Moreau.

CE. 12 novembre 1969, *sieur Pasquier*, *RDP.* 1970.394, note M. Waline.

CE. Ass. 28 mai 1971, *Centre hospitalier de Reims*, Rec. 418.

CE. 11 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972. II., *Somm.* p.59 ; *D.* 1972.426.

CE. 2 décembre 1977, *Rossier*, in *RDSS* 1978, p. 362.

CE. 6 décembre 1978, Rec. CE, p. 947.

CE. Sect., 23 février 1979, *Tolub*, Rec. CE, p. 80, *AJDA*, déc. 1979, p. 31 concl. Bacquet.

CE. 23 janvier 1981, *Hôpital Meulan*, in *RDP* 1982, p. 214.

CE. 19 février 1982, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins du bas-rhin*, G.P. 1982, 2, pan. dr. Adm. p. 338.

CE. 23 janvier 1984, *HC Lyon*, *RHF* 1984, p. 695.

CE. 30 mars 1984, *Hôpital-Hospice de Mayenne c. Baras*, Rec. 142, p. 46.

CE. 6 juillet 1984, *Mlle Puccio*, *RD sanit. Soc.* 1985, n° 1, p. 49 ; CE, 1^{er} mars 1989, *D.* 1989. *I.R.*106. Comm. Moderne et Bon.

CE. 19 décembre 1984, *Boehrer*, Rec. 433, concl. Stirn.

CE. 6 mai 1985, *RDP* 1986, p. 899.

CE. 23 juin 1986, *Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche*, Rec. 1986, p. 720.

CE. 25 juin 1986, *Sacaze*, Rec. CE, t. 729 ; *D.* 1987, S.C. p. 16, obs. X. Prétot ; *AJDA* 1986, p. 596, obs. J. Moreau ; *RTDSS.* 1987, p. 41, concl. Lasserre.

CE. 16 octobre 1987, *Mademoiselle Richard*, Rec. 283.

CE. 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris/ Léone*, in, *AJ.* 1988, 255., note Moreau.

CE. 14 octobre 1988, *M. Martin, Sanchez*. n° 50077.

CE. 9 décembre 1988, *Cohen*,

CE. 20 juillet 1990, *Cs Fernandez c. Centre Hospitalier Intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël*, n° 60877.

CE. Sect. 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242, *RFDA* 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai.

CE. Sect. 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, Rec. p. 12 ; *AJDA* 1991, p. 479, note X. Prétot ; *RDSS* 1991, p. 269, concl. Hubert.

CE. Sect. 20 mars 1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulouse c. consorts Oulié*, in *RDP* 1991, chron. Y. Gaudemet.

CE. 4 octobre 1991, 4/ 1 SSR, n° 100064, et CE. 4 octobre 1991, 4/1 SSR, n° 103045, *Milhaud*, note J.-P. Théron, *AJDA* 1992, pp. 233 s.

CE. Ass. 10 avril 1992, *Epoux V...*, Rec. 1992, p. 171., *AJDA* 1992, p. 355, concl. Legal ; *RFDA* 1992, p.571, concl. Legal ; *D.* 1993, somm. p. 146, obs. Bon et Terneyre ; *Petites Affiches* 3 juillet 1992, p. 23, note V. Haïm ; *JCP* 1992, II. 21881, note J. Moreau ; *Quot. Jur.* 23 juillet 1992, drt. adm. n° 59, note Deguergue.

CE. 9 avril 1993, *Bianchi.*, Rec. 126, concl. Daël ; *RFDA* 1993.573. concl. Daël ; *AJ* 1993-344. chr. Maugué et Touvet ; *D.* 1994.S.C.65, obs. Bon et Terneyre ; *JCP* 1993.II.22061, note Moreau ; *RDP* 1993.1099, note Paillet, *RA* 1993.561, note Fraisse ; *GAJA* n° 101-4 et 101-5.

CE. Ass. 2 juillet 1993, *Milhaud*, Rec. p. 194, concl. Kessler, p. 201 ; *AJDA* 1993, p. 530.

CE. 29 juillet 1994, *Garnier*, *RD sanit. Soc.* 1995, p. 57, note L. Dubouis ; *Conc. Méd.* Octobre 1995, p. 2559, note J.-P. Almeras.

CE. 28 juillet 1995, *M K.*, in *RFDA* 1996, note Maugue, p. 393.

CE. Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372, concl. Frydman ; *RFDA* 1995.1204, concl. Frydman ; *RFDD* 1996, n° 3, p. 85, concl. Frydman, obs. Vigouroux ; *RTDH* 1996.657, concl. Frydman, note Deffains ; *AJ* 1995,878, chr. Stahl et Chavaux ; *D.* 1996,177, note G. Lebreton ; *JCP* 1996.II.22630, note F. Hamon ; *RDP* 1996,536, note Gros et Froment.

CE. 9 février 1996, n° 160167.

CE. Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, *RFDA* 1996. 870 et *RTDH.* 1997.747, concl. Delarue ; *RFDA* 1996.882, notes H. Favoreu, Gaïa, H. Labayle, P. Delvolvé ; *AJ* 1996.722, Chr. Chavaux et Girardot ; *D.* 1996-509, note Julien-Laferrière. *GAJA*, n° 105.

CE. 23 avril 1997, *Cts Alix*, Rec. p. 167, *D.* 1997, IR p. 136 ; *RFDA* 1997, p. 674.

CE. Sect.20 juin 1997, *Theux*, req. n° 139495, *RFDA* 1997, p. 894.

CE. 13 octobre 1997, *Consorts Sébastien et Désiré Klein*, req. n° 168851.

CE. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles.*, Rec. 412 ; *RFDA* 1998.90, concl. Péresse ; *AJ* 1997. 959, chr. Girardot et Raynaud ; *D.* 1998.J.146, note Chrestia et 1999.SC.45, obs. Bon et Béchillon ; *DA* 1998 n° 32, note Esper ; *G.P.* 1998.I.1, note Bonneau et 31, note Hermon ; *JCP* 1998.II.10016, note Moreau ; *RDP* 1998.891, note J.-M. Auby ; *RDSS* 1998.519, note Clément. *GAJA* n° 101-4.

CE. ss. Sect. 5, 5 janvier 1999, *AP-HP de Paris c. Guilbot*, voir E. Martinent, *Libre propos autour de l'arrêt Guilbot et la loi du 4 mars 2002*, Droit, Déontologie et Soins, vol. 3, n° 4, décembre 2003, pp. 557-571.

CE. 29 novembre 1999, *Fédération Française des Pompes Funèbres*, in *AJDA* 2000, p. 178.

CE. 5 janvier 2000, *AP-HP de Paris* et *Cts Telle*, 2 espèces, *RFDA* 2000, p. 357, concl. D. Chauvaux ; *AJDA* 2000, p. 137, obs. M. Guyomar et P. Collin ; *RD sanit. soc.* 2000, p. 357, note L. Dubouis ; M.-L. Moquet-Anger, *Chronique de jurisprudence, Méd. & Dr.* 2000, n° 43, p. 12 ; *AJDA* 2000, p. 180, chron. M. Collin ; *JCP* 2000, II, 19272, note J. Moreau ; *Gaz. Pal.* 28-29 juin 2000, p. 21 ; *D.* 2000, inf. rap. p. 28 ; *Petites affiches* 25 février 2000, p. 15, note C. Clément.

CE. Sect., 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. consorts Jacqué*, Rec. 147, concl. Chauvaux ; *D.* 2000. 563, note Bourel ; *DA.* 2000 n° 122, obs. Esper ; *JCP* 2000. II. 10360, note Derrien.

CE. Sect., 27 octobre 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, Rec. 478 ; *D.* 2001. 1196, concl. Chauvaux ; *AJ* 2001. 307, note Deguegue ; *AJDA* 2001, p. 394, concl. Chauvaux, *LPA*, 2001, n° 132, p. 19, note C. Guettier ; *D.* 2002, somm. p. 448, obs. P. Bon et D. de Béchillon.

CE. 15 janvier 2001, *Assistance publique Hôpitaux de Paris*, *RCA* 2002, comm. n° 3, note C. Guettier.

CE. 26 octobre 2001, *Mme Senanayake*, *JCP* 2002, II, 10025, note J. Moreau ; *RD publ.* 1999, p. 235, note J.-M. Auby ; B. Siau et J.-L. Respaud, *JCP* 2002, éd. E, suppl. *Cah. Dr. entr.* 2002/1, p. 53 ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Duguergue ; *Rev. Gén. Dr. méd.* 2002, n° 8, p. 111, comm. M.-Th. Pain-Masbrenier et K. Duluc ; *JCP* 2001, I, 118, n° 13, obs. L. Levoyer ; *JCP* 2001, I, 124, n° 14, obs. G. Viney.

CE. 9 décembre 2002, n° 238015.

CE. Sect. 18 décembre 2002, *Duvignères*, Lebon 463, concl. P. Fombeur.

CE. Ord. 16 août 2002, *Cts Feuillatey*, *JCP* 2002, II, 10184, note P. Mistretta ; J. Penneau, *Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical*, Interview, *D.* 2002, p. 2877 ; *DA.* 2002 n° 188, obs. E. Aubin ; *Petites Aff.*, 26 mars 2003, n°61, p. 4, note C. Clément.

CE. 19 février 2003, *Maurice c. AP-HP*, Rec. 41 ; *AJDA.* 854, note M. Deguegue ; *D.* 2004. SC. 530, obs. Douchy-Oudot ; *RFDA* 2003. 349, concl. D. Chauvaux.

CE. Ass. 4 juillet 2003, 4 juillet 2003, *Mme Moya-Caville*, *AJDA* 2003, p. 1598, note F. Donnat et D. Casas.

CE. 3 décembre 2003, *Centre hospitalier de Caen*, *AJDA* 2004, p. 614.

CE. 12 mai 2004, *Association Vojra triomphant, M. Bourdin*, in *AJDA* 2004, p. 1109.

CE. 19 mai 2004, *CRAM Île-de-France et a. c. Truszkowski*, Rec. n° 228, *AJDA* 2004. 1361, chron. Landais et Lenica.

CE. 24 novembre 2004, *M. et Mme Maridet*, *AJDA* 2005, p. 336, concl. Olson.

CE. 12 janvier 2005, X., *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *RDSS*, 2006, 53, note D. Cristol.

CE. 16 mars 2005, n° 263117, note C. Delpiano, *Action en responsabilité médicale : prescription quadriennale ou prescription décennale ?*, *Revue Droit et Santé*, n° 7, septembre 2005.

CE. 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *RDSS*, 2006, 53, note D. Cristol.

CE. 6 janvier 2006, *Martinot.*, *D.* 2006, IR, p. 327 ; *Defrénois* 2006, p. 502, note H. Popu ; AJDA n° 14, pp. 759-761, note L. Burguorgue-Larsen.

CE. 5e et 4e s.-sect. réun. 9 mars 2007, note L. Neyret, *D.* 2007, pp. 2204-2208.

CE. Sect. 21 décembre 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c. M. Joncart.*, RFDA 2008, p. 1023, note S. Boussard.

CE. 1^{er} mars 2006, *Centre Hospitalier de Saulieu*, n° 263117, Rec. p. 800.

CE. 21 mai 2008, *M. B.* n° 296686.

CE. 25 juin 2008, *JCP Adm. et coll. loc.* n° 28, 7 juillet 2008, act. 619.

CE. 24 octobre 2008, *M. Pietri*, Rec. 359

CE. 26 novembre 2008, *Syndicat mixte de la Vallée de l'Oise*, *Rev. mensuelle du Juriscl., Environ.*, janvier 2009, n° 1, p. 18 ; Code permanent Environnement et nuisances, *bull.* n° 374, p. 2506 ; *Gaz. Pal.* 3 juillet 2009, n° 184-185, pp. 32-38.

CE. 12 octobre 2009, *Sté Laboratoires GlaxoSmithKline Biologicals*, AJDA 2010, p. 1889, note B. Arvis.

CE. 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, RFDA, n° 4, juillet-août 2010, note M. Canedo-Paris.

CE. 19 mars 2010, *Consorts Ancsey*, *JCP A* 2010, p.2315, note C. Lantero.

CE. 4^{ème} et 5^{ème} ss-Sect. 26 mai 2010, in *JCP A* 2011, 2045, n° 4, obs. H. Muscat.

CE. 4 octobre 2010, n° 316.310.

CE. 27 avril 2011, *JCP Adm. et coll. terr.*, n° 19, 9 mai 2011, act. 340.

CE. Ass. 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, M. P.*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 43, 24 Octobre 2011, 1174 ; J.-F. Amedro, *Les collectivités territoriales et les cultes : le Conseil d'État précise la portée et les limites de la règle de non subventionnement de l'exercice du culte*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 39, 26 Septembre 2011, p.10.

CE. 5^{ème} ss. Sect. 17 octobre 2011, n°333543.

CE. 24 avril 2012, n° 331967.

Décisions du Conseil constitutionnel :

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.*

Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*

Décision n° 87-237 DC 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988.*

Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*

Décision 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, JCP 1995. II. 22404, note Boussole ; D. 1995. Somm. 351, obs. Gaïa ; RTD. Civ. 1996. 151, obs. Mestre.*

Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite, JCP 1997. 4039, n° 5, obs. Fabre-Magnan.*

Décision 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, p. 315, Cahiers Cons. constit. 1999, n° 6, p. 9, *JCP 1999, I, n° 128, chron. J. Petit.*

Décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ; RTD. Civ. 1998. 796, obs. Molfessis.*

Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.*

Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie.*

Décision n° 2010-33 DC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF, Le Conseil constitutionnel a été saisi le 1er juillet 2010 par la Cour de cassation (arrêt n° 12112 du 25 juin 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la Société Esso SAF, relative à la conformité du e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme aux droits et libertés que la Constitution garantit .*

De droit pénal :

Tribunal correctionnel :

Trib. corr. De Château-Thierry, 4 mars 1898, *DP* 1899. 2. 329, note Josserand ; *S.* 1899. 2. 1, note Roux.

Trib. corr. de la Seine, 5 mai 1965, *JCP G* 1965, 14332, note P. Esmein.

Trib. corr. Paris, 11 juillet 1985, *Chantal Nobel*.

Cours d'assises :

Cour d'assises du département du Bas-Rhin, 4 octobre 1985, n° 29/85.

Cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, 11 mars 1998, arrêt n° 1798, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologie*, *Bull.* n° 61, 12 mai 1998, p. 8504.

Cour d'assises de Paris 1^{ère} sect., 16 octobre 2003, n° 3/0083.

Cour d'assises d'Angers le 14 juin 2006, *affaire Morten Jensen*.

Cour d'assises de Dordogne le 15 mars 2007, *affaire Docteur Laurence Tramois et Chantal Chanel*.

Cour d'assises du Lot le 30 mai 2007, *affaire Corinne Teyssedou; affaire Lydie Debaine, acquittement par la Cour d'assises du Val d'Oise le 9 avril 2008*.

Chambre criminelle de la Cour de cassation :

- C. cass. crim. 31 janvier 1835**, *S.* 1835. 1. 564.
- C. cass. crim. 22 juin 1837**, I, 465.
- C. cass. crim. 23 juin 1838**, *S.* 1838, I, 626.
- C. cass. crim. 9 mai 1956**, *JCP* 1956, II, 9435, obs. R. Savatier.
- C. cass. crim. 5 février 1957**, *Bull. Crim.* n° 110.
- C. cass. crim. 25 juin 1964**, *D.* 1964. p. 594, *Gaz. Pal.* 1964. 2. p. 385.
- C. cass. crim. 13 mai 1965**, *Bull. crim.* n° 139.
- C. cass. crim. 24 février 1970**, *JCP G* 1970, 16456, note Ph. le Tourneau.
- C. cass. crim. 3 janvier 1973**, *Bull. crim.* 1973, n° 2, p. 4 ; *D.* 1975 p. 591, note Levasseur.
- C. cass. crim. 26 février 1974**, *Bull. crim.* n° 273, *Schiavon.*
- C. cass. crim. 28 février 1974**, *Bull. Crim.*, n° 88, *JCP* 1974. II. 17774.
- C. cass. crim. 30 octobre 1974**, *D.* 1975 p. 178, note Savatier.
- C. cass. crim. 18 mars 1975**, *Bull. Crim.*, n° 79.
- C. cass. crim. 9 juin 1977**, *Bull. Crim.* n° 211 ; *D.* 1977. IR. 369 ; *Rev. sc. Crim.* 1978. 97, obs. Levasseur.
- C. cass. crim. 13 novembre 1990**, *Rev. sc. Crim.* 1991. 345, obs. Levasseur.
- C. cass. crim. 8 janvier 1991**, *Bull. crim.* n° 14 ; *D.* 1992. 115, note Croisier-Nerac ; *Rev. sc. Crim.* 1991. 760, et 1992. 748, obs. Levasseur.
- C. cass. crim. 8 juin 1993**, *Bull. crim.*, n° 203, p. 507.
- C. cass. crim., 4 janvier 1994**, *JCP* 1995, IV, 862.
- C. cass. crim. 31 janvier 1996**, *Bull. crim.* n° 57 ; *Dr. Pénal* 1996. 87, obs. J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 1996. 2. Somm. 319, note Bonneau ; *ibid.* 1998. 1. *Doctr.* 336, obs. Pain-Masbrenier ; *JCP* 1996. II. 22713, note Drosner-Dolivet ; *Rev. sc. Crim.* 1996. 670, obs. Delmas Saint-Hilaire, et 848, obs. Bouloc.
- C. cass. crim. 3 avril 1996**, *Bull. Crim.* n° 150 ; *Dr. Pénal* 1996. Comm. 252, obs. Maron.
- C. cass. crim. 19 février 1997**, *Girer, Gaz. Pal.* I, Chro. I, 4° ; *D.* 1998, p. 236, note Legros ; *JCP* éd. G. II, 22889, note Chevallier.
- C. cass. crim. 26 février 1997**, pourvoi n° 96-80511.
- C. cass. crim. 2 juillet 1998**, *JCP* 1998.10132, note Rassat ; *D.* 1998,457, note Pradel.

C. cass. crim. 29 juin 1999, pourvoi n° 98-82300.

C. cass. crim. 30 octobre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 299.

C. cass. crim. 26 janvier 2000, *Bull. crim.* n° 46.

C. cass. crim. 25 oct. 2000, *D.* 2001, p. 1052.

C. cass. Ass. plen. 29 juin 2001, *Bull. plen.* n° 8, *Bull. crim.* n° 165, p. 546, *Gaz. Pal.* 85, I, concl. Sainte-Rose.

C. cass. crim. 25 septembre 2001, *Bull. crim.* 2001 n° 188, *RSC* 2002, chron. p. 100, obs. Y. Mayaud.

C. cass. crim. 2 décembre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 226, p. 911.

C. cass. crim. 18 juin 2003, *JCP* 2003, 325.

C. cass. crim. 9 novembre 2004, *Bull. crim.* 1994, n° 273 p. 1022.

C. cass. crim. 10 janvier 2006, pourvoi 05-81259.

C. cass. crim. 16 janvier 2007, *Bull.* n° 8, *RSC* 2007, p. 530, obs. Mayaud ; *Droit pénal* 2007, comm. 49 ; *JCP G* 2007, I, 187, obs. M. Véron.

C. cass. crim. 13 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 43, p. 257 ; *JCP G* 2007, II, 10107, note P. Mistretta ; I, 187, note M. Véron.

C. cass. crim. 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 739.

C. cass. crim. 3 novembre 2010, *Bull. crim.* n° 170, pp. 699-706.

C. cass. crim. 8 février 2011, note M. Veron, *La responsabilité au sein d'une équipe médicale*, *Drt. Pén.* Mai 2011, com. 61.

C. cass. crim. 6 septembre 2011, pourvoi n°10-88597.

Tribunal des conflits:

TC. 8 février 1873, Blanco, Rec. 1^{er} suppl 61, concl. David, *D.* 1873.3.20, concl. David ; *S.* 1873.3.153, concl. David. Voir GAJA, n° 1.

TC. 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte-d'Ivoire c. Société de l'ouest africain*, arrêt dit *Bac d'Eloka*, Rec. p. 91, *D.* 1921, 3, 1, concl. Matter, GAJA, n° 38.

TC. 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. 708 ; *JCP* 1954. 385, concl. Letourneur ; *D.* 1955. 385, note Chapus, *JCP* 1954. II. 8334, note Vedel.

TC. 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, deux arrêts, Rec. p. 710.

TC. 19 mars 1979, Rec. Lebon, p. 563.

TC. 19 février 1990, *Hervé*, Rec. Lebon, p. 390

*

Décisions des Cours européennes :

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, *AJDA* 1992, p. 143, note P. le Mire ; *RFDA* 1992, p. 1, note L. Dubouis ; *JCP* 1992, 21783, note A. Barav ; *RTD eur.* 1992, p. 27, note F. Schockweiler.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Bundesrepublik Deutschland*.

CJCE, 5 mars 1996, *The Queen and Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd et a.*, *Factortame III*.

CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*.

CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, *JCP* 1998, I. 105, n° 108, obs. F. Sudre.

CEDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*.

CEDH, 10 mai 2001, *Z. c. Royaume-Uni*.

CEDH, 29 avril 2002, arrêt *Pretty c/Royaume-Uni*.

CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Şahin c/ Turquie*, in *RDP* 2005, pp. 789-790, obs. G. Gonzalez ; *JDI* 2005, pp. 529-531, obs. E. Decaux.

CEDH 21 juin 2006, *Maurice c. France*, *JCP G* 2006, II, 10162 ; *La semaine juridique*, éd. G., 4 octobre 2006, n° 40.

CEDH, 23 juillet 2009, arrêt *Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France*.

CEDH, 20 janvier 2011, arrêt *Haas c/ Suisse ; Byk (Ch.)*, *Suicide digne et obligation de l'État*, *Semaine Juridique* 2011, Éd. G, p.122.

Cours étrangères et étrangères à l'UE :

Cour suprême du Canada, 30 septembre 1993, *Rodriguez c. Procureur général du Canada*.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, *BVerfGE* 39, 1 (42); 72, 105 (115); 109, 279 (311).

Législation :

Française :

- DDHC du 26 août 1789.
- Loi du 7 août 1851, *portant création des hospices et des hôpitaux.*
- Loi n° 637 du 29 juillet 1881, *sur la liberté de la presse.*
- Décret-loi du 28 juillet 1939, non appliqué.
- Loi du 21 décembre 1941, *réorganisation des hôpitaux et des hospices civils.*
- Décret n° 43-891 du 17 avril 1943, *portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics.*
- Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945, *portant organisation de la Sécurité Sociale.*
- Ordonnance n° 45-2454 du 19 octobre 1945, *relative au Régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles.*
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**, au chapeau de la Constitution du 4 octobre 1958.
- Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947, *portant code de déontologie médicale.*
- Décret n° 47-2057 du 20 octobre 1947, *relatif aux autopsies et aux prélèvements dans les « établissements hospitaliers figurant sur une liste établie par le ministre de la santé publique. »*
- Ordonnance 58-1373 du 30 décembre 1958, *relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale.*
- Circulaire du 9 septembre 1963, *relative à l'autorisation d'accès des intervenants extérieurs aux hôpitaux.*
- Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964, *tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.*
- Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, *portant réforme du droit des incapables majeurs.*
- Circulaire dite *Jeanneney* du 24 avril 1968.
- Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968, *d'orientation de l'enseignement supérieur.*

- Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, *tendant à renforcer les droits des libertés individuelles des citoyens.*
- Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, *portant réforme hospitalière.*
- Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971, *relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux.*
- Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974, *relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux.*
- Circulaire du 20 septembre 1974, *relative à la charte du malade hospitalisé.*
- Circulaire n° 661 du 4 mars 1975, *relative au bénévolat dans les établissements d'hospitalisation publics.*
- Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, *relative aux prélèvements d'organes.*
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*
- Décret n° 78-435 du 29 mars 1978, *relatif à l'absence et à la protection des incapables majeurs.*
- Décret n° 78-501 du 31 mars 1978 portant application de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, *relative aux prélèvements d'organes.*
- Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.*
- Circulaire n° 79-4049 du Ministère des Universités, du 23 Juillet 1979.
- Décret n° 83-132, 23 février 1983, *portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.*
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée, *relative aux droits et obligations des fonctionnaires.*
- Circulaire n° 83-24 du 1^{er} août 1983, *relative à l'hospitalisation des enfants.*
- Lettre circulaire n° 1034/DH9C du 14 octobre 1983, *concernant l'accès des notaires à l'établissement hospitalier.*
- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.*
- Circulaire DGS/3 D du 26 août 1986 *relative à l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale*, B.O. Du Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la protection sociale, n° 86/32 bis 1986.
- Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, *relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.*

- Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, *portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.*
- Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, *relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.*
- Loi n° 91-748 du 31 décembre 1991, *portant réforme hospitalière.*
- Arrêté du 9 août 1991, *portant application de l'article R. 5203 du code de la santé publique dans les établissements mentionnés à l'article L. 577 du même code.*
- Loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, *relative à la législation funéraire.*
- Décret n° 93-221 du 16 février 1993, *relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières.*
- Circulaire n° 94-3 du 7 janvier 1994, *relative à l'organisation des soins et la prise en charge des douleurs chroniques.*
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*
- Loi n° 95-116 du 4 février 1995, *portant diverses dispositions d'ordre social.*
- Circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995, *relative aux droits des patients hospitalisés.*
- Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995, *portant code de déontologie médicale.*
- Ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996, *relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins.*
- Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996, *sur l'organisation des services publics hospitaliers.*
- Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996, *relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat).*
- Circulaire n° 96-733 du 4 décembre 1996, *relative au constat de mort préalable au prélèvement d'organes , de tissus, de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques.*
- Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, *relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.*
- Arrêté du 20 juillet 1998, *fixant la liste des maladies contagieuses portant interdiction de certaines opérations funéraires prévues par le décret n° 76-435 du 18 mai 1976 modifiant le décret du 31 décembre 1941.*
- Circulaire n° 98-688 du 23 novembre 1998, *relative au régime de visite des enfants hospitalisés en pédiatrie.* Charte de l'enfant hospitalisé adoptée en 1988 ; et enfin
- Arrêté du 31 mars 1999, *relatif à la prescription, à la dispensation et à l'administration des médicaments soumis à la réglementation des substances vénéneuses dans les établissements de santé, les syndicats interhospitaliers et les établissements médico-sociaux disposant*

d'une pharmacie à usage intérieur mentionnés à l'article L. 595-1 du code de la santé publique.

-Note d'orientation DGS-S72 n° 99-234 du 19 avril 1999, *relative à la diffusion de l'enquête « Etats des lieux-soins palliatifs à domicile ».*

-Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *portant création d'une couverture maladie universelle.*

-Loi n° 99-477 du 9 juin 1999, *visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.*

-Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.*

-Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000

-Décret n° 2002-194 du 11 février 2002, *relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier.*

-Circulaire n° 2002-98 du 19 février 2002, *relative à l'organisation des soins palliatifs et de l'accompagnement*

-Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative au droit des malades et à la qualité du système de santé.*

-Décret 2002-637 du 29 avril 2002, *relatif à l'accès aux informations personnelles détenues par les professionnels et les établissements de santé en application des articles L. 1111-7 et L. 1112-1 du code de la santé publique.*

-Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, *relative à la responsabilité civile médicale.*

-Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003, *relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique ; portant abrogation du décret du 2 décembre 1996.*

-Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics .*

-Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004, *relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, portant modification du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.*

-Loi n° 2006-800, 6 août 2004, *relative à la bioéthique.*

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

-Loi n° 2004-810 du 13 août 2004, *relative à l'assurance maladie.*

-Circulaire n° 2004-471 du 4 octobre 2004, *relative à la convention définissant les conditions d'intervention des associations de bénévoles dans les établissements de santé et comportant une convention type.*

- Circulaire n° DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005, *relative à la laïcité dans les établissements de santé.*
- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie.*
- Décret n° 2005-949 du 2 août 2005, *relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique.*
- Décret n° 2006-119 du 6 février 2006, *relatif aux directives anticipées.*
- Décret n° 2006-120 du 6 février 2006, *relatif à la recherche sur les embryons et les cellules embryonnaires.*
- Décret n° 2006-121 du 6 février 2006, *relatif à la procédure collégiale prévue par la loi du 22 avril 2005.*
- Circulaire n° 2006-90 du 2 mars 2006, *relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée.*
- Décret n° 2006-965 du 1^{er} août 2006, *relatif au décès des personnes hospitalisées et aux enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil dans les établissements publics de santé.*
- Loi n° 2007-292 du 5 mars 2007, *relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme.*
- Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, *réformant la protection de l'enfance.*
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, *portant réforme de la protection juridique des majeurs ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.*
- Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007, *relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé.*
- Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008, *relative à la législation funéraire*
- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.*
- Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « Hôpital, patients, santé et territoire » (HPST), *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.*
- Arrêté du 20 janvier 2010 modifiant l'arrêté du 12 décembre 2008 pris pour l'application de l'article R. 1311-3 du code de la santé publique et, *relatif à la formation des personnes qui mettent en œuvre les techniques de tatouage par effraction cutanée et de perçage corporel.*
- Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010, *relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement.*

- Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010, *de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.*
- Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, *relative au Défenseur des droits.*
- Décret n° 2011-551 du 19 mai 2011, *relatif aux procédures de fixation d'un objectif de réduction des prescriptions ou de mise sous accord préalable des médecins.*
- Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, *relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.*
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, *relative à la bioéthique.*
- Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, *relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.*
- Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012, *relative aux recherches impliquant la personne humaine.*
- Décret 2012-597 du 27 avril 2012, *relatif à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.*
- Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012, *portant modification du code de déontologie médicale.*
- Décret n° 2012-875 du 16 juillet 2012, *portant création d'une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.*

Etrangère et internationale:

- *Charte du tribunal militaire international du 8 août 1945.
- *Résolution des Nations Unies du 13 février 1946.
- *DUDH du 10 décembre 1948, adoptée à Paris.
- *Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin-22 juillet 1946, entrée en vigueur le 7 avril 1948.
- *Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949.
- *CEDH et des Libertés Fondamentales, 4 novembre 1950.
- *Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, adoptée à Turin.
- *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.
- *Conseil de l'Europe Directive-cadre 89/391/CEE du Conseil, 12 juin 1989.
- * *Compassionate Use Act*, proposition n° 215, Etat de Californie.
- *Convention sur les droits de l'homme et la *biomédecine* du 19 novembre 1996.
- * Directive 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 relative aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.
- *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000.
- *Loi du 12 avril 2001 relative à l'interruption de la vie sur demande et l'aide au suicide est entrée en vigueur le 1er mars 2002. (Pays-Bas).
- *Loi du 28 mai 2002 dépénalise l'euthanasie et l'encadre via la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie (CFCEE). (Belgique).
- *Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007.
- *Législation réglemantant les soins palliatifs ainsi que l'euthanasie et l'assistance au suicide, Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, A-N° 46, 16 mars 2009.
- *Article 115 du Code pénal Suisse.
- *Stratégie nationale en matière de soins palliatifs 2010-2012, Département fédéral de l'intérieur, DF1, Office fédéral de la santé publique, OFSP, Conférence suisse des directeurs et directrices cantonaux de la santé, octobre 2009.

Avis et études du CCNE :

CCNE, Avis n° 7, Avis sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique. Rapport, 1986.

CCNE, Avis n° 12, Avis sur l'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébrale. Rapport, 1988.

CCNE, Avis n° 13, Recommandations sur les Comités d'éthique locaux, 1988.

CCNE, Avis n° 21, Avis sur la non-commercialisation du corps humain, 1990.

CCNE, Avis n° 26, Avis concernant la proposition de résolution sur l'assistance aux mourants, adoptée le 25 avril 1991 au Parlement européen par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs, 1991.

CCNE, Avis n° 44, Refus de traitement et autonomie de la personne.

CCNE, Avis n° 63, Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie, 2000.

CCNE, Avis n° 65, Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale, 2000.

CCNE, Avis n° 82, Avis sur l'allotransplantation de tissus composites (ATC) au niveau de la face, greffe totale ou partielle d'un visage, 2004.

Mattei (J.-F.), La révision des lois dites de bioéthique, Les Cahiers du CCNE, 2004.

Fainzang (S.), L'autonomie du malade : le droit de désobéir, Libre-propos sur l'Avis n° 44 du CCNE : Refus de traitement et autonomie de la personne, Les Cahiers du CCNE, 25-26, 2005.

CCNE, Avis n° 87, Refus de traitement et autonomie de la personne préservée, 2005

CCNE, Avis n° 96, Questions éthiques posées par les nanosciences, les nanotechnologies et la santé, 2007.

CCNE, Avis n° 101, Santé, éthique et argent, 2007.

CCNE, Avis n° 104, Le dossier médical personnel, et l'information des données de santé, 2008.

CCNE, Avis n° 108, Avis sur les questions d'éthique liés au développement et au financement des soins palliatifs, 2009.

CCNE, Avis n° 115, Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, 2011.

Recommandations, rapports et avis :

***Conseil de l'Europe**, *Discussion par l'Assemblée* le 28 janvier 1976 (23e séance) (voir Doc. 3699, rapport de la commission des questions sociales et de la santé), *Texte adopté par l'Assemblée* le 29 janvier 1976 (24e séance)

***Rapport G. Laroque**, *Soigner et accompagner jusqu'au bout*, 1985.

***Conseil d'Etat**, *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation française, Notes et Etudes Documentaires, n° 4855, 1988.

***ADMD**, *Les droits des Vivants Sur la Fin de Leur Vie. Pourquoi La loi Doit les Protéger*, A propos des propositions de la loi n° 312 (Rectifié) déposé au Sénat le 18 mai 1989, n° 999 déposée à l'Assemblée Nationale le 26 octobre 1989.

***Avis du Conseil d'Etat** du 27 novembre 1989, *Avis port du foulard islamique*.

***Les rapports du Sénat**, Neurwith (L.), *Prendre en charge la douleur*, n° 138, Commission des Affaires sociales, 1994-1995.

***Réponse ministérielle** n° 24046, *J.O.A.N.* 8 mai 1995, p. 2382.

***ANDEM**, *Les structures d'évaluation et de traitement de la douleur*, novembre 1995.

***SFAP**, *La lettre de la SFAP*, n° 3, 15 octobre /15 décembre 1997.

***Sénat**, *Soins palliatifs*, Services des affaires européennes, octobre 1998.

***Rapport du Sénat** réalisé par L. Neuwirth pour une politique de développement des soins palliatifs et de l'accompagnement, n°207, 1998-1999.

***Rapport du Conseil d'Etat**, *Rapport public 1998, EDCE n° 49* ; la Documentation française, *Bioéthique et droit*, 1998, pp. 269 et s.

***Conseil d'Etat**, Recommandation n/R 99-3 du Conseil d'Etat, du 2 février 1999.

***Avis du Conseil Economique et Social**, *L'accompagnement des personnes en fin de vie*, présenté par Donat Décisier, Les Editions de Journaux Officiels, séance des 23 et 24 février 1999.

***Ambroselli (C.) et Worsmer (G.), (ss. dir.)**, *Du corps humain à la dignité de la personne humaine. Génèse débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*, Centre National de Documentation Pédagogique, Coll. Documents, actes et rapports pour l'éducation, 1999. Sénat, note de synthèse du 19 mars 1999.

- ***Les rapports du Sénat**, L. Neurwith, *Pour une politique de développement des soins palliatifs et de l'accompagnement*, n° 207, 1998-1999.
- ***Rapport annuel de la Cour de cassation**, J.-F. Burgelin, *L'obligation d'information expliquée aux médecins*, Etude du Procureur général près la Cour de cassation, 1999.
- ***Conseil de l'Europe**, Recommandation 1418 (1999), portant sur la *Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*, Conseil de l'Europe, 25 juin 1999, *Gazette officielle du Conseil de l'Europe*, 25 juin 1999.
- ***ANAES**, *Information des patients, Recommandation destinées aux médecins*, mars 2000.
- ***ANAES**, *Evaluation et prise en charge thérapeutique de la douleur chez la personne âgée ayant des troubles de la communication verbale*, octobre 2000.
- ***Rapport** au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat, Giraud (F.), Dériot (G.) et Lorrain (J.-L.), n° 174.2002, t.III, 2002.
- ***Rapport Comité économique et social**, n° 2002/C 125/07, sur le thème « les soins palliatifs - un exemple d'activité de volontariat en Europe », 20 mars 2002.
- ***Hennezel de (M.)**, *Rapport sur la mission « Fin de vie et accompagnement »*, Ministère de la santé, de la Famille et de Personnes Handicapées, octobre 2003.
- ***Recommandation de l'Ordre national des médecins** sur l'article 36 du Code de déontologie médicale, Le consentement du malade, 30 octobre 2003.
- ***Rapport** de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : *La Réforme des systèmes de santé en Europe : concilier équité, qualité, efficacité*, 11 septembre 2003.
- ***Conseil de l'Europe**, *Recommandations du comité des Ministres aux Etats membres sur l'organisation des soins palliatifs*, 12 novembre 2003.
- ***Commission de réflexion** sur l'application du principe de laïcité dans la République, ss. Dir. B. Stasi, 11 décembre 2003.
- ***OMS**, *Rapport Palliative care*, OMS 2004.
- ***ANAES**, *Recommandations de la conférence de consensus sur l'accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches*, 14 et 15 janvier 2004.
- ***Proposition de loi n° 1446** émanant de M. Y. Cochet, visant à instituer *Le droit de mourir dans la dignité et garantissant aux médecins le droit de conscience*, proposition de loi enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 février 2004.
- ***Sénat**, Etude de législation comparée n° 139, *Les droits du malade en fin de vie*, Note de synthèse, novembre 2004.
- ***Société d'étude et de traitement de la douleur**, *La douleur en questions*, Ministère de la santé et de la protection sociale, novembre 2004.

- ***Rapport Léonetti**, *L'accompagnement en fin de vie*, Tome I et II, juin 2004.
- ***Rapport sur le régime juridique de l'animal**, Ministère de la justice, 10 mai 2005, p. 29.
- ***Bévière-Boyer (B.)**, *La dignité du corps humain vivant*, Séminaire d'actualité de droit médical « Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort – Droit, éthique et culture », sous la coordination de Mme A.-M. Duguet, Les Etudes Hospitalières, juin 2005.
- ***SFAP**, *La sédation pour détresse en fin de vie*, Recommandations de la Société Française pour l'Accompagnement et de soins palliatifs, Groupe de travail « Sédation en fin de vie », 2005.
- ***Institut UPSA de la douleur**, *Soins palliatifs en équipes : le rôle infirmier*, Nouvelle éd., 2006.
- ***Rapport annuel de la Cour de cassation**, *Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé*, Rapport, 2007.
- ***OMS**, *Accès aux médicaments contrôlés*, OMS 2007.
- ***Conseil constitutionnel**, *Droit pénal et droit constitutionnel*, Services du Conseil constitutionnel, janvier 2007.
- ***ADMD**, *Fin de vie : une nouvelle loi est nécessaire*, mars 2007.
- ***Conseil de l'Europe**, Comité des Ministres, *L'e-santé et la démocratie dans les régions*, Recommandation 212-2007, du Congrès des Pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 12 mars 2008 lors de la 1021^{ème} réunion des Délégués des Ministres, CM/Cong(2008) Rec. 212 final 14 mars 2008.
- ***Sénat**, Etude de législation comparée, n° 184, *Les enfants nés sans vie*, avril 2008.
- ***Celestine (E.)**, *Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels*, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25-27 septembre 2008.
- ***Rapport** d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, n° 1287, Tome I, déposé et enregistré, à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008.
- ***Rapport** législatif enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2009, n° 1445.
- ***Commission des affaires culturelles, familiales et sociales**, Compte rendu n° 41, *Examen de la proposition de loi visant à créer une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie (n° 1407) (M. Bernard Perrut, rapporteur)*, séance du Mercredi 11 février 2009.

- ***INPES**, *Patients atteints de maladie grave ou en fin de vie, Soins palliatifs et accompagnement*, Programme de développement des soins palliatifs 2008-2012, mai 2009.
- ***Lalande (O.) et Veber (O.)**, *La mort à l'hôpital, Tome I.*, Inspection Générale des Affaires Sociales, RM2009-124P, La Documentation française, 2009.
- ***Rapport** annuel de la Cour de cassation, *L'obligation d'information médicale*, n° 3866, 2010.
- ***Rapport** d'information n° 434 (2009-2010) de M. G. Barbier, Mme C. Demontès, MM J.-R. Lecerf et J.-P. Michel, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 5 mai 2010.
- ***FIDES** : Ministère de la santé et des sports. Ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, *Cahier des charges de facturation des actes et consultations externes*, Version 0 du 6 mai 2010.
- ***Rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé**, Ministère de la santé et des sports, *Résoudre les refus de soins*, adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010.
- ***Rapport d'information adressé au Sénat**, fait au nom de la Commission des affaires sociales, About (N.), *Contribution au débat sur la fin de vie*, n° 579 (2009-2010), 23 juin 2010.
- ***Rapport annuel de la Cour de cassation**, 2010.
- ***SFAP**, *La sédation pour détresse chez l'adulte dans des situations spécifiques et complexes*, 2010.
- ***Lettre de la HAS**, *Vers des patients acteurs de leur santé*, n° 24, novembre-décembre 2010.
- ***Rapport** remis au Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé : *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*, 24 février 2011.
- ***Rapport** remis à M. le Président de la République et M. le Premier Ministre, *Etats des lieux du développement des soins palliatifs en France en 2010*, R. Aubry, Comité national de suivi du développement des soins palliatifs, avril 2011.
- ***OMS**, *Statistiques sanitaires mondiales*, Bibliothèque de l'OMS, 2012.
- ***Conseil d'Etat**, Section sociale, n°385550, à paraître dans le Rapport d'activité 2012 du Conseil d'État.
- ***Proposition de loi** relative à *l'assistance médicale pour mourir et à l'accès aux soins palliatifs*, présentée au Sénat par R. Coteau, 8 juin 2012.

***Programme de développement des soins palliatifs 2008-2012**, présenté par le Président de la République au Centre Hospitalier de Bourges, le vendredi 13 juin 2012.

*

Cours :

Carbonnier (J.), *Théorie sociologique des sources du droit*, Sociologie juridique, Cours rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de M. J. Carbonnier, 1960-1961 ; www.cujas-num.univ-paris1.fr

Chrétien-Vernicos (G.), *Cours d'histoire du Droit*, Université Paris 8 Vincennes, Saint-Denis, 2001-2002, Cours n°1.

Cianfarani (F.), *Responsabilités pénales, civiles, administratives et disciplinaire*, Faculté de Médecine de Marseille, DCEM 4, module 1, apprentissage de l'acte médical, mars 2005.

Heidegger (M.), *Le nihilisme européen.*, Cours sur Nietzsche, Édition intégrale, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1971.

Penneau (M.), *Cours de droit médical*, Paris V, 27 janvier 2004.

Pottier (R.), *L'élaboration d'un avis du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) : exemple de l'euthanasie*, 3 février 2004, Université Paris-Descartes, résumé par D. Gabrieleff, www.ethique.inserm.fr.

Ribau (C.) et Duchange (N.), *Éléments pour une histoire des conceptions de la douleur*, 2003, Cours-médecine, 2007.

Colloques, actes, et conférences :

Colloque *Dignité Humaine-Perte de dignité, Centre Sèvres Paris, Association Européenne des Centres d'éthique médicale, 1995.

***Conférence inaugurale du MEDEC du 8 mars 2000.** www.conseil-national.medecin.fr.

***35^{ème} journées d'Ivry**, F. Ellien, *Angoisse de mort chez le sujet âgé en fin de vie : peut-on entendre ? Doit-on l'écouter ?*, Hôpital de la Salpêtrière, Paris, 8-9 mars 2002.

****Le malade et sa famille face à la maladie grave***, Périneau (M.), Congrès 2003 de la SFAP.

****L'accompagnement des personnes en fin de vie et de leurs proches***, Conférence de consensus, Hôpital X. Bichat, Paris, sur initiative du ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 14 et 15 janvier 2004.

***Soirée de travail du 3 novembre 2005 intitulée : Aspects cliniques et psychopathologiques d'un arrêt de sonde de gastronomie**, in Ph. Bataille et V. Fournier, *L'épreuve éthique et la fin de vie*, Paris, Centre d'éthique clinique (Hôpital Cochin), 2006.

***Actes du colloque de Toulon 2005**, A. Leca, et G. Rebecq, ss. dir., *La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale*, Centre de Droit de la Santé, coll. de Droit de la Santé, PUAM, 2006.

****La responsabilité civile et pénale du médecin***, F. Terré Académies des Sciences Morales et Politiques, Séance du lundi 25 juin 2007.

Conférence *Droit et dignité, 12 mars 2008, Espace Jean Nancy.

****La prochaine éthique biomédicale***, Fournier (V.), conférence donnée à l'Université Victor Segalen Bordeaux 2 dans le cadre du cycle de conférences « L'invité du Mercredi » / Saison 2007-2008 sur le thème « Demain, Après-demain ». Service culturel Université Victor Segalen de Bordeaux 2 / DCAM.

***Université Montesquieu Bordeaux IV, 29 mai 2009, « *Autour de Léon Duguit* »**, sous la dir. prof. F. Melleray, Bruxelles, Bruylant éd., 2011.

****Etat végétatif et état de conscience minimal : Travaux de recherches récents***, Steven Laureys Coma Science Group, Centre de Recherche du Cyclotron et Service de Neurologie, Univ. De Liège, Conférence de Berlin 4 et 5 juin 2009, www.comascience.org.

***Journées suisses**, Guillot (O.), Manai (D.), Ass. Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie*, Aspects du droit de la santé, 8-12 juin 2009.

***Conférence suisse** des directeurs et directrices cantonaux de la santé, octobre 2009.

***Colloque organisé à l'occasion du 90ème anniversaire de la création du Tribunal administratif de Strasbourg**, *Dignité humaine et juge administratif*, Intervention de Jean-Marc Sauvé lors des Rencontres européennes de Strasbourg ; vendredi 27 novembre 2009.

***Actes du Laboratoire d'éthique médicale et de médecine légale**, I. Plu, G. Moutel, Ch. Hervé, *La mort*, Univ. Paris Descartes, 2010

***Colloque sur la biomédecine et le droit** tenu à Chambéry le 8 janvier 2010.

***Colloque Prix et remboursements des médicaments : bilan d'une politique**, IDS Paris Descartes, CAPPS, EHESP, 23 juin 2010.

***11^{ème} journées régionales d'échange du CHESP**, Vialla (F.), *Multipllicité d'acteur et communication de données personnelles. Originalité ou banalité ? Secret, information et consentement*, in *Education du patient : « Limiter les ruptures éducatives : entre recommandations et réalités »*, 2 avril 2011, Montpellier, publié sur le site www.CHU-montpellier.fr.

***La territorialisation des politiques de santé**, Journées d'Études du CERDARE ayant eu lieu en date du 22 novembre 2011.

***Le droit des malades, 10 ans après la loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État** ; Colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES, 5 mars 2012.

***Journées d'études radicales**, *Le principe de nécessité en droit pénal*, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012.

Divers :

Bilsen (J.), Cohen (J.), Deliens (L.), *La fin de vie en Europe: le point sur les pratiques médicales*, in Population et sociétés, Bulletin mensuel d'information de l'institut national d'études démographiques, n° 430, janvier 2007.

Boubakeur (D.), *Douleur et souffrance dans l'islam*, www.mosquee-de-paris.net.

Chapouthier (G.), *Le respect de l'animal dans ses racines historiques : de l'animal-objet à l'animal sensible*, Bull. Acad. Vet. France, 2009

Dhôtel (J.-C.), *Souffrir pour le Christ*, in *Christus. Approches de la souffrance. Passion et compassion. Accompagner celui qui meurt. La souffrance des pauvres*, ihs, n° 152, octobre 1991, p. 435.

Eyraud (B.), *Les protections de la personne à demi capable. Suivis ethnographiques d'une autonomie scindée*, Bulletin Amades [En ligne], 84 | 2011, mis en ligne le 07 novembre 2011, Consulté le 12 juillet 2012, www.amades.revues.org/index1330.html.

Favereau (E.), *On meurt seul à l'hôpital*, Libération, 23 septembre 2005.

Fornes (P.), *Cours au sujet de la distinction entre autopsie légale et autopsie hospitalière*, MCU/PH de médecine légale, CHU Cochin, Paris V, 4 février 2003, www.ethique.inserm.fr.

Girard (Y.), *La résurrection de Lazare et son interprétation*, www.interbible.org.

La lettre de François Hollande candidat adressée au CCNE, 2 avril 2012.

Hazan (P.), *La chambre du dernier voyage*, Journal Libération, 16 octobre 2002.

Jablonka (I.), *L'euthanasie en débat*, La Vie des idées, 6 avril 2009, www.laviedesidees.fr

J.-P. II, *Evangelium Vitae*, août 1993.

Le nouvel Observateur, 15 mars 2007, publiant les résultats d'un sondage portant sur l'euthanasie.

Peillon (P.), ministre de l'éducation nationale, et George Pau-Langevin, ministre délégué, la lettre adressée aux personnels de l'éducation nationale par, chargée de la réussite éducative, publiée au *BO* du mardi 26 juin 2012.

Roméro (J.-L.), président actuel de l'ADMD : interview disponible sur www.admd.net.

Sites internet :

www.interbible.org

www.philosophiedudroit.org

www.conseil-national.medecin.fr

www.admd.net

www.ethique.inserm.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.courdecassation.fr

www.ccne-ethique.fr

www.senat.fr

www.ladocumentationfrancaise.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.admd.net

INDEX

A

AAI 573
Abstention. 99, 109, 157, 283, 289,
309, 311, 321, 456, 535, 628,
702, 733
Accompagnement... 4, 5, 6, 10, 24,
25, 27, 40, 41, 60, 90, 91, 94,
96, 100, 101, 102, 114, 115,
132, 133, 134, 147, 149, 152,
153, 164, 170, 179, 180, 181,
182, 185, 186, 187, 190, 191,
194, 195, 206, 225, 231, 234,
253, 264, 271, 272, 277, 278,
281, 288, 293, 297, 298, 299,
300, 309, 325, 352, 353, 354,
356, 357, 360, 361, 362, 363,
364, 365, 366, 367, 369, 371,
372, 373, 376, 394, 395, 399,
401, 410, 411, 412, 415, 433,
442, 445, 447, 448, 453, 454,
457, 458, 471, 475, 486, 487,
488, 495, 503, 506, 511, 513,
530, 531, 549, 551, 552, 558,
559, 560, 563, 564, 566, 567,
569, 570, 571, 572, 573, 579,
580, 588, 589, 593, 594, 604,
638, 642, 643, 645, 649, 654,
661, 668, 672, 676, 677, 682,
731
Acharnement thérapeutique..... 39,
100, 102, 113, 114, 115, 124,
126, 136, 184, 188, 192, 234,
235, 236, 246, 252, 268, 289,
321, 364, 412, 433, 439, 441,
443, 469, 495, 497, 529, 532,
534, 535, 538, 545, 552, 563,
571, 627, 632, 642, 654
Acte médical 40, 43, 77, 79, 91, 99,
135, 149, 156, 160, 191, 252,
256, 259, 272, 289, 294, 301,
302, 305, 306, 308, 316, 317,
318, 320, 321, 400, 434, 435,
440, 450, 456, 458, 482, 490,
494, 496, 497, 499, 502, 503,
505, 506, 528, 599
Altruisme..... 90, 96, 103, 540, 703
Âme. 1, 20, 32, 36, 71, 72, 96, 170,
262, 299, 351, 352, 353, 389,
418, 446, 555, 561, 570, 596,
649, 666, 673, 680, 715, 716,
719, 731
ANAES ... 237, 274, 573, 580, 599,
607, 652, 654
Anonymat 154, 602

Antigone . 117, 191, 270, 368, 404,
697, 746
Aristote . 16, 55, 82, 170, 209, 269,
285, 286, 331, 344, 362, 375,
387, 396, 400, 430, 434, 584,
661, 663, 668, 670, 672
Assassinat 91, 92, 96, 99, 379, 535,
561
Assistance (non) 24, 101, 311, 454
Assistance au suicide 31, 39, 85,
90, 95, 97, 102, 105, 132, 133,
272, 365
Autonomie de la volonté..... 90, 98,
114, 120, 128, 130, 146, 202,
204, 226, 235, 236, 251, 289,
302, 305, 306, 312, 318, 322,
386, 398, 402, 477, 560, 588,
592, 593, 598, 625, 632, 633,
635
Autopsie.. 704, 705, 706, 712, 722,
729
Axiologie 14, 362, 403, 725
Ayants droit 102, 151, 152, 163,
179, 245, 258, 260, 291, 321,
340, 361, 362, 397, 421, 422,
435, 436, 455, 467, 479, 481,
487, 504, 510, 513, 526, 540,
545, 630, 644, 697, 707, 710,
736, 740

B

Biodignité 126, 130
Biodroit..... 9, 19, 35, 68, 100, 104,
106, 108, 114, 117, 121, 123,
124, 125, 126, 127, 128, 130,
169, 202, 214, 217, 218, 220,
228, 229, 230, 240, 372, 374,
376, 377, 411, 413, 414, 447,
448, 452, 471, 553, 558, 565,
576, 579, 580, 581, 584, 670
Bioéthique... 6, 7, 9, 30, 35, 62, 68,
69, 70, 75, 76, 92, 103, 106,
107, 108, 112, 113, 114, 115,
116, 117, 118, 119, 121, 122,
123, 124, 125, 126, 127, 128,
137, 147, 151, 168, 181, 188,
202, 217, 218, 222, 225, 226,
227, 229, 231, 232, 233, 236,
240, 255, 256, 291, 309, 370,
374, 375, 376, 393, 411, 414,
419, 433, 434, 445, 447, 448,
471, 530, 551, 553, 558, 559,
573, 574, 576, 577, 579, 581,
582, 584, 588, 589, 600, 607,
618, 651, 655, 656, 668, 681,

682, 683, 694, 704, 710, 719,
741

Biomédicale (recherche) 9, 35, 68,
71, 112, 114, 121, 143, 236,
237, 238, 333, 347, 448, 618,
622, 683, 685, 719, 724

C

Cadavre 66, 69, 260, 362, 369, 622,
661, 677, 678, 680, 681, 683,
684, 686, 687, 689, 690, 701,
707, 708, 709, 710, 711, 712,
713, 714, 716, 718, 720, 721,
723, 727, 728, 730, 736, 739,
740, 742, 743
Capacité... 5, 37, 61, 64, 66, 68, 70,
71, 91, 98, 125, 135, 140, 164,
171, 173, 176, 177, 179, 183,
193, 199, 204, 247, 248, 249,
274, 278, 285, 288, 290, 322,
323, 324, 334, 343, 348, 351,
362, 386, 388, 403, 440, 442,
458, 466, 470, 487, 546, 562,
564, 565, 583, 585, 625, 630,
634, 635, 649, 725, 740, 741
Cartésien 16, 54, 111, 145, 398,
469, 628, 695
Causalité (lien de) 80, 271, 315,
397, 399, 404, 405, 475, 478,
481, 486, 502, 505, 506, 525,
527, 528, 532, 535, 536, 538
CCNE.... 23, 34, 35, 44, 72, 84, 90,
103, 104, 106, 113, 123, 125,
171, 176, 181, 189, 217, 221,
224, 225, 228, 229, 232, 233,
234, 235, 237, 260, 269, 295,
296, 309, 320, 325, 333, 365,
366, 367, 375, 377, 384, 385,
386, 516, 534, 545, 556, 566,
572, 573, 574, 575, 576, 577,
578, 579, 584, 599, 605, 607,
621, 642, 650, 651, 686, 687,
690, 693, 703, 724
Citoyen de santé 424, 469, 598,
657
Clause exorbitante... 255, 423, 424,
464, 640
Coma 23, 41, 60, 126, 625, 676,
691, 714
Consentement 40, 93, 98, 118, 127,
130, 135, 146, 147, 154, 160,
161, 171, 173, 175, 176, 183,
185, 190, 193, 194, 197, 218,
228, 240, 241, 242, 243, 244,
245, 246, 247, 248, 250, 251,

252, 253, 256, 257, 260, 261, 272, 273, 275, 280, 282, 289, 290, 292, 293, 295, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 312, 317, 318, 319, 320, 321, 324, 332, 333, 334, 337, 339, 341, 345, 346, 347, 348, 352, 357, 359, 360, 413, 420, 421, 422, 426, 427, 428, 434, 436, 451, 456, 458, 464, 527, 535, 553, 560, 608, 609, 618, 620, 622, 626, 628, 629, 630, 631, 635, 638, 639, 640, 641, 648, 649, 683, 685, 686, 689, 694, 710, 716, 720, 721, 733

Consommateur de soins..... 7, 257, 258, 396, 425, 428, 520, 545, 596, 640

Contrat hospitalier de soins 392, 397, 414, 420, 421, 423, 425, 453, 455, 466, 477, 484, 500, 549, 608, 610, 665

Corps humain ... 11, 21, 62, 63, 68, 69, 71, 72, 76, 86, 87, 103, 107, 121, 127, 159, 168, 178, 189, 227, 228, 243, 260, 261, 283, 347, 480, 552, 621, 622, 659, 660, 681, 682, 684, 685, 687, 689, 697, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 720, 724, 737, 740

CRCI468, 513, 515, 516, 517, 522, 540, 545, 605

Créancier .426, 432, 449, 466, 738, 740

Curatelle ..173, 176, 179, 195, 240, 249

D

Dasein 56, 125, 166, 292, 660, 662

DDHC61, 226, 301, 335, 336, 365, 568, 669, 670

Débiteur...196, 251, 404, 422, 426, 432, 449, 452, 454, 464, 465, 477

Défunt.....152, 258, 260, 511, 644, 683, 687, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 711, 716, 717, 718, 721, 722, 723, 729, 731

Déjudiciarisation .. 478, 498, 513, 517, 523, 524, 546

Démocratie sanitaire... 53, 73, 103, 113, 126, 127, 128, 129, 130, 182, 213, 235, 248, 267, 272, 290, 293, 316, 333, 356, 363, 418, 423, 534, 566, 572, 649

Déontologie .30, 36, 43, 48, 52, 76, 89, 92, 101, 136, 143, 154, 155, 158, 163, 171, 175, 176, 188, 190, 191, 212, 218, 220, 221, 222, 225, 226, 233, 237, 242, 244, 245, 256, 263, 264, 269, 275, 277, 281, 282, 283, 289, 290, 291, 293, 295, 299, 300, 303, 304, 306, 309, 310, 313,

317, 319, 320, 321, 326, 339, 362, 364, 376, 393, 407, 408, 411, 414, 417, 422, 434, 440, 443, 444, 445, 448, 454, 481, 483, 494, 535, 559, 568, 582, 588, 596, 597, 601, 602, 605, 621, 622, 623, 628, 631, 635, 639, 668, 669, 670, 684, 686, 704, 706, 715

Déresponsabilisation.....315, 331, 401, 404, 455, 465, 478, 479, 508, 509, 514, 518, 520, 532, 533, 537, 538, 539, 751

Descartes. 20, 39, 54, 64, 199, 267, 273, 309, 375, 398, 414, 546, 551, 583, 597, 606, 633, 661, 668, 670, 698, 706

Devoir-être.. 30, 63, 106, 110, 119, 125, 144, 204, 208, 290, 374, 406, 546, 632, 634, 680, 732, 734, 747

Diagnostic... 21, 23, 43, 62, 79, 82, 121, 151, 154, 184, 187, 192, 227, 290, 293, 294, 295, 305, 343, 354, 399, 400, 407, 422, 432, 434, 449, 459, 461, 475, 479, 480, 485, 487, 490, 491, 493, 495, 496, 499, 502, 510, 559, 591, 601, 602, 724

Discernement .. 135, 171, 192, 197, 198, 199, 200, 243, 247, 248, 250, 290, 293, 294, 328, 334, 341, 643

Discrimination 51, 56, 74, 110, 171, 183, 190, 223, 242, 263, 267, 268, 322, 323, 327, 329, 330, 361, 378, 419, 463, 578, 582, 620, 669, 673, 718, 750

Doctrine 5, 6, 13, 15, 21, 23, 33, 55, 56, 72, 82, 86, 114, 118, 123, 128, 134, 140, 146, 165, 166, 170, 175, 237, 251, 292, 293, 296, 338, 360, 362, 400, 460, 476, 516, 527, 553, 555, 557, 566, 567, 573, 576, 580, 581, 584, 586, 607, 622, 626, 633, 640, 680, 694, 742, 755, 756

Dol.....422, 424

Domicile (chambre)57, 70, 100, 148, 153, 155, 163, 191, 254, 560, 580, 593, 596, 603, 604, 636, 644, 645, 646, 648, 718, 722

Domage 78, 79, 80, 102, 147, 240, 244, 245, 285, 301, 310, 313, 314, 315, 342, 360, 361, 362, 396, 397, 399, 400, 404, 405, 422, 429, 432, 435, 438, 456, 461, 465, 467, 479, 481, 484, 485, 486, 491, 496, 499, 501, 502, 504, 505, 506, 510, 516, 517, 518, 519, 520, 522, 525, 528, 531, 532, 538, 540, 541, 544, 545, 551, 568, 667, 705, 740

Dossier médical.....122, 163, 171, 273, 274, 276, 291, 307, 559, 595, 637

Douleur physique562, 563, 586, 588, 590

Droits de l'homme ..61, 67, 74, 76, 115, 139, 140, 144, 172, 309, 471, 476, 561, 578, 583, 584, 606, 665, 669, 670, 681, 688, 697, 756

Droits premiers....54, 76, 121, 133, 156, 180, 182, 191, 209, 211, 228, 272, 373, 405, 414, 442, 549, 553, 582, 650, 724

E

Empoisonnement...91, 92, 99, 311, 379, 504, 535

EPA.....266, 468, 515, 516, 517

Etablissement public de santé... 88, 148, 258, 260, 304, 313, 314, 336, 342, 346, 356, 392, 399, 404, 420, 421, 422, 423, 424, 428, 429, 456, 462, 467, 468, 481, 506, 508, 517, 519, 520, 589, 601, 648, 726, 731

Euthanasie...22, 23, 31, 39, 41, 85, 89, 90, 92, 93, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 114, 116, 119, 124, 126, 127, 132, 133, 134, 135, 146, 148, 164, 181, 185, 189, 235, 309, 320, 321, 330, 365, 373, 375, 376, 378, 386, 401, 413, 415, 429, 442, 482, 483, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 556, 560, 561, 563, 570, 575, 578, 579, 589, 593, 628, 630, 638, 642, 643, 654, 702, 703, 752

Exonération.....264, 427, 537, 629

Expérimentation199, 218, 366, 581, 582, 618, 620, 621, 623, 633, 683, 685, 693

F

Faiblesse....18, 53, 67, 96, 99, 104, 130, 151, 174, 175, 179, 185, 196, 197, 200, 201, 248, 252, 281, 282, 290, 292, 311, 328, 332, 345, 383, 588, 696, 748

Famille5, 11, 12, 25, 40, 57, 75, 98, 113, 123, 125, 148, 151, 163, 173, 174, 175, 176, 178, 180, 182, 183, 191, 192, 193, 195, 196, 200, 249, 254, 258, 263, 269, 279, 283, 290, 299, 313, 333, 357, 358, 365, 371, 373, 378, 387, 388, 432, 436, 442, 457, 478, 524, 535, 554, 558, 565, 566, 570, 571, 623, 627, 632, 639, 644, 645, 646,

648, 654, 683, 704, 705, 708,
711, 712, 718, 720, 721, 722,
723, 730, 731, 736, 739
Fondamentaux (droits) . 55, 58, 75,
76, 87, 131, 149, 174, 190, 211,
238, 246, 259, 260, 262, 264,
274, 318, 323, 331, 360, 364,
463, 551, 576, 578, 579, 580,
583, 584, 604, 607, 667, 679,
682, 686, 717, 726
Freud 19, 374, 592
Funérailles.....708, 712, 714, 715,
717, 723, 743

G

Généricisme..... 80, 229, 287, 323,
329, 398, 545

H

Habermas 376, 577, 579, 604, 658,
727
HAS.234, 237, 272, 325, 573, 601,
605, 607
Heidegger16, 56, 106, 125, 166,
292, 330, 660, 662, 681
Homicide involontaire..... 42, 101,
270, 311, 379, 454, 475, 478,
494, 496, 531, 535, 536, 659
Homicide volontaire91, 92, 93, 95,
104
Hôpital.4, 6, 12, 27, 28, 31, 32, 33,
36, 47, 49, 51, 52, 62, 70, 86,
89, 92, 95, 112, 148, 153, 163,
173, 176, 183, 184, 186, 189,
207, 209, 211, 215, 221, 238,
254, 255, 256, 258, 279, 282,
284, 285, 291, 294, 308, 325,
334, 343, 364, 372, 405, 413,
422, 423, 428, 436, 437, 454,
475, 479, 482, 484, 489, 530,
535, 541, 549, 566, 571, 572,
589, 593, 598, 604, 620, 621,
644, 661, 701, 702, 704, 711,
714, 718, 727, 728, 730, 731,
732, 733, 734, 746
Hospitalisation..... 45, 48, 50, 173,
175, 193, 194, 257, 270, 291,
292, 305, 345, 494, 646, 647,
723
Humanisme67, 136, 138, 139, 140,
143, 157, 161, 171, 208, 279,
280, 327, 410, 492, 636

I

Idéalisme13, 15, 17, 53, 71, 72,
103, 106, 111, 115, 118, 127,
136, 137, 140, 144, 156, 157,
171, 202, 293, 294, 297, 327,
330, 353, 371, 374, 375, 398,
403, 431, 469, 472, 477, 551,

552, 577, 580, 581, 586, 593,
605, 606, 632, 633, 639, 652,
656, 658, 659, 693, 698, 725,
727, 741, 742, 747, 752
Impératif catégorique 72, 103, 118,
120, 136, 166, 269, 329, 403,
404, 551, 583, 593, 605, 668,
670, 671, 741
Imputation... 91, 96, 379, 403, 417,
542
Incapacité 5, 23, 40, 60, 67, 71, 93,
123, 135, 144, 151, 153, 172,
173, 174, 176, 177, 178, 179,
182, 183, 184, 187, 192, 193,
194, 195, 197, 199, 200, 203,
212, 220, 229, 240, 241, 243,
246, 248, 250, 266, 279, 280,
295, 332, 337, 342, 345, 352,
392, 398, 461, 501, 513, 541,
546, 551, 561, 564, 567, 570,
591, 603, 618, 634, 635, 641,
648, 670, 671
Inconscience5, 334, 340, 341, 349,
389, 415, 439, 470, 562, 564,
654, 677
Indemnisation ... 31, 38, 59, 77, 80,
162, 199, 263, 286, 329, 383,
392, 395, 399, 400, 401, 404,
418, 435, 436, 452, 455, 456,
467, 468, 475, 476, 478, 479,
484, 487, 491, 492, 498, 499,
500, 501, 504, 507, 508, 509,
510, 511, 512, 513, 514, 515,
516, 517, 518, 519, 522, 523,
524, 525, 526, 528, 533, 537,
539, 540, 541, 544, 545, 547,
556, 562, 619, 751
Indignité.. 279, 302, 392, 524, 541,
549
Injonction 301, 308, 337, 364, 365,
370, 388, 428, 433, 441, 709,
724
Intégrité physique 95, 130, 131,
177, 252, 260, 311, 318, 361,
445, 464, 465, 476, 495, 735
Intimité ... 53, 68, 70, 74, 107, 152,
153, 154, 163, 183, 191, 198,
230, 241, 251, 280, 335, 336,
338, 350, 354, 361, 380, 412,
419, 444, 592, 593, 594, 596,
597, 602, 603, 645, 647, 648,
664, 667, 669, 688
IPP 501, 513, 523, 525

J

Juridicité (critère de)... 85, 86, 147,
221, 340, 407, 411, 414, 429,
607, 608, 718
Justice ... 19, 29, 36, 52, 64, 69, 72,
73, 86, 91, 93, 105, 111, 118,
136, 137, 138, 139, 142, 143,
144, 152, 169, 173, 175, 176,
179, 188, 194, 195, 208, 229,
233, 247, 249, 250, 267, 268,
284, 286, 291, 294, 298, 304,

306, 317, 320, 325, 326, 331,
332, 335, 344, 348, 352, 378,
380, 390, 396, 400, 401, 402,
405, 432, 453, 454, 476, 507,
525, 528, 540, 542, 545, 577,
582, 583, 585, 586, 648, 653,
667, 698, 742

K

Kant. 14, 15, 16, 41, 55, 71, 72, 89,
106, 114, 118, 119, 120, 165,
166, 269, 270, 322, 331, 362,
374, 375, 386, 402, 403, 404,
405, 542, 543, 546, 551, 582,
583, 604, 622, 625, 633, 668,
670, 741, 742
Kantien....15, 41, 55, 72, 105, 112,
114, 115, 127, 136, 140, 156,
166, 196, 202, 269, 325, 329,
352, 362, 374, 375, 378, 386,
403, 446, 543, 551, 593, 605,
606, 628, 672, 741
Kantienne..15, 120, 127, 129, 136,
166, 170, 278, 293, 302, 322,
360, 402, 524, 543, 551, 583,
604, 618, 625, 633, 666, 685,
741

L

Liberté absolue....48, 70, 152, 305,
306, 424, 469, 546, 569, 622,
635, 669, 748, 756
Liberté d'expression....56, 57, 131,
688
Lois *bioéthiques* ..61, 62, 121, 127,
189, 190, 217, 226, 410, 580,
686, 721

M

Maladresse101, 294, 489, 490,
497, 506, 536
Matériel médical 506
Médicalisation.....12, 51, 97, 111,
112, 113, 114, 115, 116, 117,
118, 119, 120, 122, 132, 146,
188, 213, 470, 565, 568, 571,
589
Médicamenteuse.....184, 201, 291,
310, 489, 493, 504, 556, 564,
587
Médicamenteux.....158, 451, 503,
563, 570, 590, 591, 595, 638
Métaphysique 8, 12, 13, 14, 15, 16,
17, 19, 26, 33, 34, 35, 56, 58,
72, 85, 90, 95, 96, 111, 114,
118, 120, 137, 139, 142, 162,
165, 166, 169, 180, 191, 216,
217, 226, 267, 269, 270, 284,
302, 306, 320, 323, 325, 328,
367, 374, 375, 378, 387, 403,

430, 470, 540, 546, 551, 556, 564, 572, 577, 581, 583, 585, 586, 592, 606, 619, 620, 621, 626, 633, 650, 652, 656, 658, 661, 662, 664, 665, 667, 668, 670, 680, 693, 698, 715, 725, 737, 741, 742, 743, 747, 755, 756, 757

Mission de service public..... 6, 77, 177, 272, 377, 422, 481, 500, 515, 545, 589

Morale...14, 15, 22, 29, 30, 31, 35, 44, 49, 50, 51, 53, 55, 64, 65, 72, 73, 75, 84, 89, 92, 100, 103, 106, 110, 115, 124, 127, 128, 130, 136, 149, 152, 154, 155, 164, 167, 170, 225, 226, 269, 277, 281, 288, 292, 297, 320, 322, 325, 334, 336, 344, 350, 352, 354, 356, 360, 372, 377, 380, 386, 387, 394, 399, 402, 403, 404, 405, 425, 428, 431, 433, 442, 464, 478, 496, 534, 536, 542, 546, 551, 557, 559, 561, 564, 573, 577, 580, 583, 586, 593, 598, 600, 605, 606, 618, 625, 628, 633, 666, 667, 668, 669, 671, 687, 713, 735, 740, 741

Mort cérébrale.... 21, 23, 114, 127, 182, 295, 366, 553, 617, 618, 619, 621, 625, 676, 677, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 689, 690, 691, 693, 694, 704, 714, 721, 739

Mort effective... 24, 127, 182, 624, 625, 676, 677, 680, 681, 690, 692, 694, 697, 699, 704, 707, 739

Mort juridique .. 23, 182, 618, 621, 623, 676, 677, 684, 693, 699, 701

Mort naturelle..701, 702, 703, 704, 705

N

Nosocomiale (infection). 498, 499, 512, 516

O

Objectivisme .13, 17, 53, 125, 287, 401, 403, 544, 592, 606, 725

Obligation d'information.... 39, 48, 57, 68, 91, 118, 127, 135, 146, 147, 149, 152, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 171, 175, 176, 190, 193, 198, 202, 219, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 254, 256, 257, 258, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 289, 290, 291,

292, 293, 295, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 313, 314, 315, 324, 326, 327, 330, 332, 333, 336, 341, 343, 345, 349, 359, 360, 372, 373, 376, 388, 400, 401, 402, 409, 410, 421, 422, 426, 427, 428, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 449, 451, 455, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 486, 490, 491, 492, 504, 505, 510, 514, 519, 521, 524, 526, 527, 535, 544, 572, 580, 590, 595, 596, 598, 609, 622, 623, 626, 627, 628, 634, 636, 648, 659, 711

Obligation de moyens77, 226, 315, 325, 449, 450, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 459, 467, 468, 485, 638

Obligation de résultat53, 221, 226, 240, 308, 314, 315, 326, 327, 336, 359, 428, 432, 439, 449, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 459, 461, 463, 464, 465, 467, 468, 469, 547, 579, 629

Obligation de sécurité.....242, 327, 336, 360, 456, 457, 463, 464, 465, 466, 467, 471, 506, 532, 547

Obligation de soins ... 77, 100, 178, 236, 259, 262, 397, 404, 413, 416, 420, 421, 432, 433, 434, 440, 442, 462, 463, 464, 465, 471, 632, 640, 677

Obstination déraisonnable...39, 99, 100, 124, 156, 234, 236, 364, 411, 415, 495, 497, 563, 569, 627, 630, 631, 636, 641, 642, 643, 654, 677, 697, 702

Omission91, 95, 99, 124, 235, 309, 311, 314, 378, 379, 401, 402, 417, 487, 531, 536, 628, 634, 712, 713

OMS 20, 21, 92, 187, 213, 232, 266, 489, 625, 678

ONIAM... 273, 467, 468, 501, 513, 515, 516, 517, 522, 525, 540, 545, 605

Ontologie .. 55, 118, 165, 209, 292, 330, 370, 656, 667, 670, 724, 727, 731

Ordre des médecins. 38, 43, 77, 91, 444, 482

Ordre public 26, 44, 61, 75, 76, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 93, 101, 117, 152, 156, 165, 166, 194, 252, 282, 283, 284, 310, 312, 318, 332, 333, 336, 337, 341, 346, 361, 395, 418, 427, 441, 476, 479, 482, 539, 569, 689, 712, 713, 718, 719, 720, 728, 729, 730, 737, 738, 740, 741

P

Paternalime médical 151, 203, 223, 258, 280, 283, 359, 441, 458, 500, 626

Personnage ..16, 45, 48, 53, 56, 60, 61, 210, 215, 229, 258, 297, 302, 352, 362, 374, 403, 626, 629, 650, 653, 711, 743, 750

Personnalité juridique... 23, 24, 25, 27, 57, 59, 60, 61, 62, 64, 68, 71, 75, 76, 80, 111, 117, 125, 126, 135, 136, 144, 154, 168, 172, 175, 178, 180, 182, 187, 189, 198, 200, 201, 213, 220, 238, 239, 241, 247, 253, 288, 337, 349, 392, 408, 516, 517, 573, 582, 583, 590, 595, 604, 606, 623, 625, 639, 648, 655, 659, 660, 661, 662, 665, 676, 678, 683, 684, 685, 688, 689, 692, 698, 701, 705, 706, 707, 711, 716, 738, 739, 740

Personne de confiance.60, 98, 123, 150, 151, 152, 157, 176, 180, 187, 188, 192, 202, 249, 250, 251, 252, 255, 280, 294, 303, 304, 313, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 385, 435, 441, 442, 457, 504, 535, 553, 565, 566, 570, 571, 627, 628, 639, 641, 644, 646, 654, 657, 683, 723

Personne humaine7, 33, 42, 52, 54, 56, 61, 71, 73, 74, 75, 76, 80, 87, 91, 107, 115, 121, 123, 149, 159, 161, 166, 168, 170, 189, 203, 212, 215, 216, 220, 228, 242, 261, 263, 280, 282, 287, 305, 318, 319, 365, 371, 398, 419, 476, 550, 551, 556, 578, 582, 584, 661, 679, 684, 686, 690, 696, 698, 707, 708, 709, 711, 712, 713, 719, 720, 738

PGD223, 679, 687

Phénoménologie.....103, 142, 226, 323, 362, 371, 372

Platon 1, 12, 13, 32, 56, 58, 63, 65, 94, 97, 114, 118, 129, 174, 209, 215, 262, 267, 285, 286, 331, 344, 350, 352, 353, 354, 356, 368, 369, 371, 400, 430, 446, 555, 586, 606, 619, 635, 663, 664, 667, 668, 670, 680, 742

Positivisme138, 139, 142, 229, 286, 326, 327, 419, 606, 652, 658

Préjudice78, 79, 80, 102, 122, 159, 177, 190, 226, 243, 244, 245, 246, 275, 285, 286, 292, 307, 315, 316, 339, 342, 349, 361, 362, 395, 401, 424, 435, 436,

456, 469, 478, 480, 485, 486,
487, 488, 491, 495, 506, 509,
511, 513, 523, 527, 528, 552,
597, 619, 648, 691, 711, 712,
713, 720, 740, 751
Pretium doloris 435, 495, 552, 562,
564, 588, 597, 619, 661, 691
Produits défectueux 395, 465, 498,
503, 507
Pronostic vital..... 4, 5, 60, 94, 161,
184, 187, 267, 311, 312, 316,
340, 385, 409, 494, 569, 618,
627, 630, 631, 649, 691, 697,
705, 733

R

Rationalisme..... 13, 19, 68, 72, 95,
136, 387, 543, 547, 599, 606
Réalisme 9, 87, 118, 125, 137, 162,
324, 343, 371, 381, 385, 419,
541, 553, 558, 576, 577, 581,
650, 658, 663, 693, 715, 747
Récursoire 224, 467, 481
Refus de soins .235, 243, 285, 305,
309, 312, 313, 326, 330, 331,
413, 414, 439, 440, 497, 530,
560, 568, 571, 626, 630, 631,
632, 634, 694
Religieux 11, 12, 30, 70, 82, 85,
88, 169, 199, 297, 325, 380,
540, 554, 635, 646, 649, 666,
680, 717, 718, 719, 726, 731,
732, 733, 734, 735, 736, 743
Religion...70, 74, 85, 88, 135, 154,
263, 309, 336, 354, 380, 385,
604, 646, 650, 688, 732, 734,
743
Responsabilité administrative. 5, 6,
28, 31, 36, 37, 38, 42, 50, 52,
76, 77, 78, 79, 84, 91, 92, 100,
163, 177, 190, 207, 208, 209,
210, 211, 213, 218, 223, 237,
244, 254, 255, 256, 262, 263,
280, 304, 312, 313, 314, 315,
317, 319, 342, 343, 352, 361,
363, 395, 399, 405, 422, 423,
427, 429, 435, 453, 456, 460,
462, 464, 467, 468, 478, 480,
481, 484, 485, 487, 488, 503,
515, 518, 519, 522, 539, 547,
554, 569, 573, 576, 588, 600,
604, 607, 619, 635, 646, 683,
686, 688, 705, 713, 714, 736
Responsabilité civile 38, 40, 50, 52,
58, 79, 87, 102, 147, 154, 157,
195, 196, 198, 212, 226, 244,
250, 280, 282, 285, 300, 301,
304, 310, 314, 315, 316, 342,
354, 356, 360, 361, 382, 383,
394, 395, 397, 399, 400, 403,
418, 428, 429, 432, 436, 440,
443, 446, 467, 468, 475, 481,
484, 492, 493, 498, 500, 501,
502, 507, 508, 509, 510, 512,
513, 514, 515, 518, 519, 520,

522, 528, 532, 537, 539, 545,
552, 569, 582, 588, 594, 710,
711, 713, 714, 720, 740
Responsabilité disciplinaire 42,
224, 310, 312, 319, 326, 342,
395, 396, 429, 464, 480, 481,
482, 483, 484, 537, 602, 607,
618, 628, 686, 687, 697
Responsabilité ordinale... 212, 304,
319, 408, 480, 481, 482, 483
Responsabilité pénale ... 31, 41, 52,
86, 87, 90, 91, 93, 99, 101, 102,
104, 152, 154, 191, 198, 212,
282, 283, 310, 311, 342, 348,
367, 373, 377, 380, 395, 422,
429, 454, 465, 475, 478, 481,
482, 483, 502, 530, 531, 532,
533, 535, 536, 537, 538, 539,
540, 568, 635, 644, 686, 694,
704, 705, 708, 710, 712, 713,
730

S

Sacré 85, 87, 88, 314, 325, 405,
550, 582, 622, 737, 757
Sacrée 11, 56, 85, 86, 172, 670,
688, 726, 737
Secret médical... 53, 148, 150, 151,
152, 153, 163, 171, 192, 290,
291, 361, 596, 648, 649
Secret professionnel 150, 154, 155,
163, 171, 226, 291, 408, 595
Service public 7, 30, 36, 51, 73, 75,
76, 77, 78, 79, 91, 117, 147,
154, 157, 163, 187, 207, 208,
211, 212, 220, 224, 254, 256,
257, 258, 262, 264, 265, 270,
316, 337, 339, 377, 388, 396,
400, 421, 422, 423, 424, 425,
428, 429, 431, 432, 481, 502,
506, 518, 519, 520, 527, 559,
589, 634, 697
Soins palliatifs .. 18, 24, 60, 85, 99,
100, 101, 102, 114, 133, 145,
148, 175, 182, 185, 186, 217,
269, 271, 298, 321, 363, 364,
365, 366, 370, 372, 373, 376,
377, 378, 386, 388, 436, 442,
450, 454, 457, 459, 475, 532,
554, 559, 560, 563, 564, 566,
568, 569, 570, 571, 572, 573,
575, 579, 580, 586, 588, 589,
590, 593, 595, 600, 638, 642,
643, 645, 651, 665
Souffrance... 24, 33, 42, 94, 95, 96,
100, 110, 112, 117, 127, 130,
132, 133, 146, 148, 149, 153,
155, 156, 157, 164, 167, 169,
170, 174, 201, 231, 235, 236,
277, 284, 293, 299, 330, 365,
371, 372, 380, 386, 451, 469,
495, 497, 549, 550, 552, 554,
555, 556, 557, 558, 559, 560,
561, 562, 563, 564, 565, 568,
570, 575, 576, 579, 580, 583,

584, 586, 588, 589, 592, 593,
594, 595, 597, 598, 599, 600,
602, 603, 604, 605, 606, 607,
629, 636, 638, 639, 642, 649,
664, 671, 677, 711, 741
Subjectivisme 13, 17, 20, 120, 125,
287, 288, 386, 398, 541, 546,
592, 652
Sujet de droit 20, 24, 27, 28, 31,
42, 53, 59, 60, 61, 69, 73, 74,
76, 83, 85, 87, 91, 92, 98, 117,
128, 140, 143, 144, 146, 154,
169, 170, 172, 178, 180, 189,
190, 196, 198, 208, 210, 213,
215, 218, 220, 222, 223, 224,
248, 255, 256, 258, 306, 322,
324, 327, 328, 333, 335, 349,
357, 367, 377, 385, 387, 392,
398, 403, 405, 408, 413, 418,
420, 424, 429, 446, 523, 535,
536, 540, 541, 543, 544, 547,
549, 552, 565, 581, 582, 622,
625, 661, 684, 688, 693, 698,
707, 716, 730, 738, 747, 748,
755
Synallagmatique 149, 251, 286,
305, 345, 393, 407, 426, 428,
610

T

Technologisation 35, 108, 297,
298, 433, 451, 457, 565
Thérapeutique 36, 52, 53, 55, 59,
68, 79, 101, 107, 114, 127, 128,
130, 150, 152, 155, 157, 158,
160, 171, 172, 188, 190, 193,
204, 225, 235, 244, 245, 246,
247, 248, 257, 260, 264, 273,
282, 289, 291, 294, 298, 306,
312, 316, 318, 341, 364, 395,
399, 404, 422, 435, 438, 440,
441, 450, 455, 458, 470, 477,
479, 480, 485, 490, 491, 494,
495, 496, 497, 499, 501, 502,
525, 527, 528, 539, 553, 557,
582, 590, 599, 618, 621, 623,
627, 630, 631, 635, 636, 638,
640, 642, 676, 681, 685, 689,
697, 708, 719, 720, 724
Tutelle 25, 27, 28, 77, 84, 173, 177,
179, 195, 224, 238, 249, 303,
307, 337, 345, 347, 375, 415,
468, 516, 517, 641, 650, 654,
722

U

Usager de service public 7, 49, 50,
76, 78, 80, 211, 212, 215, 216,
224, 252, 254, 255, 256, 335,
337, 415

V

Végétatif (état) 366, 534, 553, 562,
618, 619, 621, 661, 678, 680,
690
Vie privée52, 53, 54, 55, 56, 57,
68, 70, 71, 74, 90, 103, 107,

117, 119, 120, 122, 124, 125,
127, 147, 148, 150, 151, 152,
153, 155, 156, 157, 159, 160,
161, 162, 163, 164, 171, 178,
183, 208, 229, 272, 277, 279,
280, 287, 288, 291, 301, 335,
336, 339, 347, 354, 355, 357,
361, 408, 419, 593, 594, 595,

596, 597, 604, 605, 644, 645,
647, 648, 671, 684, 688, 708,
709, 710, 711, 712, 717, 718

Z

Zoôn politikon396, 430, 583

TABLE DES MATIERES

Remerciements	5
INTRODUCTION	9
I. Les problèmes posés et leurs délimitations	9
II. Données préalables.....	11
III. Diversité des champs d'analyse et approches extrinsèques	15
IV. Vers l'unité dans l'approche juridique ?	27
V. De la <i>bioéthique</i> à la philosophie du droit.....	37
VI. Socio-anthropologie du monde hospitalier et biomédical.....	42
VII. Synthèse des apports et recentrage sur le sujet.....	44
Convergences sur « l'euthanasie » et références à la <i>dignité</i>	44
VIII. Perspectives et plan	50
 Première Partie. Devenir mourant : le temps de la promesse de « belle mort »	55
 Titre I. La création conceptuelle du mourant	56
 Chapitre.I. La mise à l'épreuve de la notion de <i>personne</i> dans la maladie : entre personne privée et usager de service public	58
 Section.I. L'encadrement légal de l'accès aux soins pour tous.....	58
Paragraphe.I. L'encadrement de l'accueil par le droit privé	60
A. La <i>personne</i> -malade-mourante en tant que sujet de droit	61
1. Au commencement du malade, la <i>personne</i> à la lumière de la notion de vie privée.	62
2. L'explicitation d'un domaine particulier aux droits du malade, applicable au mourant.....	65
B. Le droit de la <i>personne</i> -malade-mourante	67
1. Au commencement : le patient.....	68
2. La nécessité d'un vocable juridique spécifique.....	68
2.1. Les outils rationnels d'émergence d'un vocable particulier.....	70
2.2. Les difficultés du langage spécifique à désigner un objet fuyant.....	71
3. L'humanité affirmée du patient.....	72
3.1. Humanité de la <i>personne</i> -malade	73
3.2. Un problème non spécifique au seul mourant ; la relativité de la <i>personne</i>	74
C. La <i>personne</i> , avant la maladie, ou, les paradoxes de la qualification	75
1. Exigences légales et localisation de la <i>personne</i>	76
2. Les paradoxes de la personne physique	77
, lorsqu'elle se fait mourante.....	77
3. Humanisme et idéalisme de la <i>personne</i> -malade	79

Paragraphe.II. L'encadrement de la notion de <i>personne</i> sujet malade par le droit de l'ordre public.....	81
A. La <i>personne</i> malade mourante en tant que sujet de d'ordre public.....	82
1. La personnalité juridique d'ordre public.....	83
2. La <i>personne</i> malade mourante en tant qu'usager du service public	84
2.1. Exigences de services publics et obligations à la base de la définition de l'usager malade-mourant.....	85
2.2. L'usager de service public : une <i>victime présumée</i> ?.....	86
2.3. Les stratifications de l'usager de service public.....	88
B. La <i>personne-malade-mourante</i> : archéologie d'un <i>généricisme</i> politique.....	88
1. Abrégé d'histoire de la médecine : des mythes et légendes, à la médecine des hommes	89
2. Convergence des savoirs et politisation de la santé	91
Paragraphe.III. La <i>personne</i> mourante vue par le droit pénal.....	93
<i>ou, la promesse idéale contre les atteintes à la personne, à la lumière de l'ordre public</i>	93
A. Droit pénal et dimension sacrée de la personne face à la mort à l'hôpital.....	94
1. Sacralité de la <i>personne</i> et droit pénal	94
2. La mort : cet évènement exceptionnel nécessitant une protection maximum <i>a fortiori</i> en milieu hospitalier	96
2.1. La mort comme évènement sacré, à l'image de la vie	96
2.2. Le milieu hospitalier : la familiarité de la mort.....	97
B. Des justifications légales incriminant la mort provoquée du <i>malade-mourant</i>	99
1. Le rôle du juge et de la référence normative quant à l'imputation protectrice.....	99
2. L'exigence d'une faute certaine	100
3. Donner une raison à l'action en justice pour homicide volontaire.....	101
C. Causer la mort	103
1. Aperçus sur la mort volontaire	103
2. Mort provoquée et hypothèse de complicité euthanasique	105
3. Aperçus sur la mort par abstention.....	107
D. Arguments éthiques justifiant ou prohibant le fait de <i>causer la mort</i>	110
1. <i>Biodroit</i> pénal de la santé et dessein euthanasique	112
2. Ethique et théories de l'euthanasie.....	113
3. La timidité du législateur français à prendre une position ferme.....	115
4. Artificialités théoriques	116
5. La position rassurante de la CrEDH.....	117
Paragraphe.IV. La médicalisation de la <i>personne</i> : l'avènement de la <i>personne-malade-mourante</i>	119
A. Le phénomène de légifération de la médicalisation de la mort.....	120
<i>Une révolution de l'ère du « tout » technologique</i>	120
1. La nécessité d'encadrer les pratiques médicales d'accompagnement de fin de vie : la marche du <i>bioéthique</i>	122
1.1. La nécessité d'encadrer légalement la médicalisation du mourant	123
1.2. Les sources <i>bioéthiques</i> de l'encadrement légal	125
1.2.1. La spécialisation de l'éthique	126

1.2.2. La nécessité pratique de la <i>science bioéthique</i>	127
2. Vers un <i>biodroit</i> du mourant	129
<i>Des prédispositions dans les lois bioéthiques de 1994 à la consécration de la loi de 2005</i>	129
2.1. La relativité de l'exceptionnalité de principe des lois <i>bioéthiques</i>	129
2.2. Des bonnes intentions, à la systématisation	131
2.3. Institutionnalisation <i>bioéthique</i>	133
B. La persistance de la question euthanasique comme moyen <i>bioéthique</i> .	134
1. De la mort au droit à la vie : les perspectives de la démocratie sanitaire	135
1.1. Des frontières mouvantes	135
1.2. Les fondements de la <i>démocratie sanitaire</i>	136
2. Rationalité et droit de la <i>personne</i> à l'épreuve de la <i>biodignité</i>	138
2.1. <i>Biodignité</i> et conditions <i>biomédicales</i>	139
2.2. Approches de législations euthanasiques comparées	140
2.3. Euthanasie active et euthanasie passive face à la CrEDH.....	142
C. La question du philosophe du droit quant à l'existence d'une <i>personnalité juridique-malade-mourante</i>	144
1. L'existence effective d'une philosophie du droit de la santé	145
2. Humanisme de la santé et principes de philosophie du droit	146
3. Droits subjectifs et promesses de « <i>belle personne</i> ».....	148
4. <i>Droits premiers</i> de la santé.....	150
4.1. Transcender le droit positif pour revenir à sa source, revenir à sa cause première.	150
4.2. Se nourrir aux sources de ce qui fait la <i>personne</i>	152

Paragraphe.V. La maladie en tant qu'objet de droit : le passage de la <i>personne mourante</i> à la <i>personne</i> en souffrance	154
A. La prise en charge de la douleur à l'aune de la vie privée	155
<i>L'émergence des premiers critères de juridicité du concept de personne-mourante</i>	155
1. Le praticien à l'épreuve du secret médical comme garantie de la l'inviolabilité de la vie privée.....	156
1.1. Premières approches des devoirs du praticien comme fondements théoriques visant la <i>personne-mourante</i>	156
1.2. Le secret médical, ou la mise à l'épreuve de la garantie de promesse de protection de la vie privée	158
2. Vie privée aux sources de la prise en charge de l'accompagnement à la douleur.....	161
3. Conceptualisation de l'éthique et politique publique de santé.....	163
B. Le rôle du devoir d'information dans la mise en <i>état</i> de malade	165
1. Une obligation d'origine prétorienne	166
1.1. La jurisprudence de la Cour de cassation aux sources de l'obligation de la loi de 2002	166
1.2. Conseil d'Etat et obligation d'information.....	167
2. L' <i>objectivisation</i> légale des objets de l'information	168

Section.II. De la révélation de la dignité à la philosophie du droit des « beaux prétextes ». Une première approche de la douleur. 170

Paragraphe. I. De la dignité.....	170
A. Vie privée et jurisprudence	171
B. La dignité définie	172
1. De la philosophie.....	172
2. ...à la théorie jurisprudentielle du droit	174
Paragraphe.II. ...aux belles intentions d'opinion.....	175
A. Aspects subjectifs d'un droit subjectif	176
B. Dignité et philosophie du droit de la santé.....	177
Section.III. De la personne <i>saine</i> à l'incapable présumé	180
Paragraphe.I. Une obligation moralement justifiée par la vulnérabilité du mourant	181
A. Le droit privé des incapacités comme première base de protection de la personne-mourante	181
B. Faiblesse et première réflexion sur l'applicabilité d'un droit des incapacités	182
C. Incapacités et obstination de la protection	184
Paragraphe.II. La vulnérabilité comme prétexte à la présomption d'incapacité de fait	186
A. De l'obligation de soins.....	186
B. ...à l'incapable anticipé	187
C. Les étapes de l'incapacitation	189
Chapitre.II.La naissance de la notion de fin de vie : l' <i>indéterminé</i> de la durée facteur d'incapacité	192
Section.I. Allongement de la fin de vie et prise en charge du mourant.....	193
Paragraphe.I. Allongement de la fin de vie et incapacité en toile de fond.....	195
Paragraphe.II. Les protocoles d'accompagnement de l'incapable présumé ...	198
Section.II. Incapacité légale et incapacité réelle de la <i>personne-malade-mourante</i> au regard de sa situation d'hospitalisée.....	201
Paragraphe.I. Pratique de la décision de justice d'incapacité.....	203
Paragraphe.II. Incapacité de fait et régime spécial <i>pseudo</i> juridique.....	205
A. Du discernement juridique au discernement médical.....	205
1. Une approche juridique du discernement.....	206
2. Présomption de discernement et protection de l' <i>être</i>	207
3. Complicité du mourant dans la reconnaissance de sa faiblesse	208
B. Exigences protocolaires et <i>pseudo</i> droit.....	210
Conclusion du Titre.I.....	212
Titre.II. Légaliser la « belle mort ».....	214

Chapitre.I. <i>Ars boni et aequi</i> , ou la quête de protection du mourant par-delà la <i>summa divisio</i>	215
Section.I. La production du mourant, <i>entre</i> droit privé et droit public	215
Paragraphe.I. La chose commune, ou <i>res communa</i> appliquée aux droit privé et droit public	216
Paragraphe.II. Les sources communes <i>des droits</i> du mourant	219
Section.II. La consécration de la juridicisation du rapport au mourant	221
Paragraphe.I. A la recherche d'un droit uniforme du mourant	222
Paragraphe.II. L'émergence d'un « droit » de comité.....	225
A. Une <i>bioéthique</i> de raison pratique.....	226
B. Un cadre législatif évolutif.....	228
1. La normativisation du rapport au malade.....	229
1.1. <i>Première approche</i> des obligations et devoirs, sur les <i>fondations</i> du droit de la santé	229
1.2. L'abandon progressif du <i>droit de la santé</i> au profit du <i>biodroit</i>	230
2. L'émergence d'une normativisation évolutive de l' « éthique ».....	233
2.1. L'invitation jurisprudentielle à faire la loi <i>bioéthique</i>	234
2.2. Phénoménologie de la vie et renouvellement de la globalisation du discours.....	236
B. Le rôle du CCNE, <i>créateur</i> ou <i>créatif</i> des normes du <i>vivant</i> ... et du mourant.....	237
1. Bref aperçu sur <i>désignations</i> et <i>désignés</i>	238
2. Imposer le débat <i>bioéthique</i> par la terminologie	240
3. L'effectivité de l'influence <i>spirituelle</i> du comité.....	242
4. Tentations d'introduction au <i>corpus</i> légal.....	243
5. La valeur spécifiquement obligeante des productions du comité.....	245
Section.III. Conservation et dissolution des effets des droits de la personnalité juridique du mourant à l'hôpital	246
<i>la mise à l'épreuve dans le temps</i>	246
Paragraphe.I....La présomption d'incapacité, ou, la perspective d'un fondement de l'obligation du consentement à l'origine du devoir d'information	249
<i>La conservation des droits</i>	249
A. Une belle promesse de conservation des droits,... sans suite	249
B. Les fondements théoriques et spéculatifs, ou l'incapacité présumée à l'origine de l'obligation d'informer.	252
C. Systématisation des rapports et des droits.....	254
Paragraphe.II. Une procédure de délégation progressive de la personnalité juridique	255
<i>Entre conservation et dissolution</i>	255
A. Présomption de capacité cognitive	255
B. <i>Première réflexion</i> quant au rôle de la personne de confiance	257

<i>L'introduction d'un facteur systématique tendant à dissoudre la capacité du mourant bénéficiaire</i>	257
1. Le dispositif et ses ressemblances	257
2. Unilatéralité et représentation tronquée	259

Chapitre.II. ...La prise en charge systématisée de la <i>personne-malade-mourante</i> , dès l'entrée à l'hôpital	262
---	-----

Section.I. L'accueil du malade : <i>le temps des promesses</i>	263
<i>Une procédure normée en tant que garantie des droits du malade</i>	263

Paragraphe.I. L'admission au service médical concerné : la promesse de « belle mort »	265
A. La prise en charge des soins du mourant.....	267
<i>Les prérogatives non exclusives de l'Etat : l'introduction du critère économique</i>	267
1. Obligation de soins et service rétribué.	267
1.1. Payer un service de protection des droits fondamentaux	267
<i>Un regard d'abord porté sur les aspects physiques</i>	267
1.2. L'obligation de soins comme garantie de la réciprocité dans l'acquittement du service	270
1.2.1. Aux sources de la jurisprudence, une obligation de <i>droits fondamentaux</i>	270
1.2.2. Egal accès aux soins et engagement étatique.	272
2. Sécurité sociale et gestion maîtrisée des dépenses de soins.....	273
<i>Introduction du critère économique à la gestion administrative du mourant</i> 273	
2.1. La Sécurité sociale, ou la spécificité française de l'égal accès à tous..	274
2.2. L'égal accès à tous en concurrence avec les opérations de remboursement.	275
3. Les facteurs discriminants des conditions de l'accueil.	276
3.1. Dérives économiques et discriminations.....	276
3.2. Quantitativisme et santé.	278
B. L'information du mourant sur son état : un devoir d'abord pour le médecin.	280
1. L'obligation légale d'informer.	281
2. Sauvegarde de la dignité du mourant et rétention d'information.....	283
3. Informer l'ignorant et ignorer sa capacité.	286
C. La nécessité de convaincre le patient de la pertinence de l'intervention proposée	289
<i>Quand la promesse se fait protection du mourant contre lui-même</i>	289
1. Déontologie médicale et contrat social	289
1.1. Déontologie médicale et obligation légale du soin	290
1.2. <i>Du contrat social</i> de préserver le mourant	292
1.2.1. Aux sources du contrat de <i>res publica</i>	292
1.2.2. Positivisme et considérations généricistes sur la maladie	294
2. La participation comme garantie contre les débordements irrationnels. 296	
2.1. Le risque de débordements irrationnels comme cause d'intervention . 296	
2.2. Participation et principe de démocratie sanitaire	298
3. Responsabilité morale inversée et passivité justifiée	300

Paragraphe.II. L'autonomie du malade à l'épreuve du <i>diagnostic de la mort</i>	303
A. La place du personnel soignant dans l'accompagnement aux pronostics, diagnostics et soins <i>pour la mort</i>	305
B. Acceptation et refus de recevoir des soins : la promesse du respect de la <i>liberté</i>	308
1. L'expression du consentement- <i>acceptation</i> par le mourant aux sources de la relation conventionnelle <i>de facto</i>	310
1.1. Information et consentement au soin	311
1.2. Respect de la volonté liée à la délivrance de l'information	312
1.3. Contractualisation et conditionnalité de l'autonomie.....	314
2. La volonté du mourant de refuser un soin.....	315
<i>La formalisation différenciée de l'expression du consentement soumise à une procédure stricte</i>	315
C. <i>Les prémices des responsabilités</i> du médecin face au refus du patient : protéger par le refus du refus.....	318
1. La responsabilité du praticien exposée au plan pénal en raison du refus du malade	319
2. Responsabilité <i>a priori</i> , sur fond de juridiction à caractère <i>administratif</i> 320	
3. La responsabilité personnelle du médecin et la faute détachable du service 322	
4. Le <i>revirement de consentement</i> ou, la garantie maximale de l'autonomie du mourant.....	325
4.1. Liberté fondamentale de consentir	325
4.2. L'atteinte légale à l'intégrité comme garantie contre les caprices du mourant.....	326
4.3. Un conflit de norme entre droit privé et droit public	327
D. Premiers éclaircissements de philosophie du droit	330
<i>Appliquée à la responsabilité du refus, comme mode de garantie du sujet de droit</i>	330
1. La <i>relation tronquée</i> , premier fondement d'une discrimination théorisée 331	
2. Une relation fondée sur la nécessité d'une structure <i>a priori</i>	333
3. La conceptualisation du refus du mourant.	336
3.1. Dignité objective et discrimination	337
3.2. Culpabilité de la mort.....	338
3.3. Protection inversée et bénéfice responsable.....	339

Section.II. L'intégration de la personne de confiance au processus décisionnaire
340

Paragraphe.I. La question de la <i>légitimité</i> de la personne de confiance dans la transmission du vouloir du mourant.....	343
---	-----

Paragraphe.II. La représentation du mourant par la personne de confiance ...	345
<i>L'injonction d'ordre public de représentation du consentement</i>	345
A. Incapacité et mesure d'ordre public	345
A la recherche du statut de la personne de confiance	345
B. Un fondement légal bien léger	346

Paragraphe.III. L'influence de la personne de confiance dans le processus décisionnaire	348
Paragraphe.IV. La relation <i>intuitu personae</i> liant la personne de confiance et la personne du mourant	350
A. Aux sources du <i>pseudo</i> -contrat : la confiance	351
1. Confiance et juste mesure	351
2. Un contrat difficile à faire apparaître	353
B. Prospections sur les critères du contrat de confiance	354
Paragraphe.V. L'incertitude de l'expression de la volonté du mourant exposerait la personne de confiance	356
Paragraphe.VI. Pour une approche de philosophie juridico-politique du rôle de la personne de confiance	358
A. La <i>technè</i> , ou l'art de la fonction	358
B. La personne de confiance à l'épreuve de sa fonction	359
1. Les aspects techniques de la confiance	359
2. Au-delà de la technique, l'amour	361
C. Les difficultés concrètes de l'opposabilité des effets <i>pseudo</i> juridique devant le juge	363
D. Une garantie, malgré tout, d'une chance de « belle mort »	365
Paragraphe.VII. L'impossibilité de la responsabilité de la personne de confiance à l'épreuve de la <i>personne</i>	366
A. L'avis à la lumière du droit administratif	366
B. L'autorisation exceptionnelle des recherches <i>biomédicales</i>	367
C. Les fondements théoriques d'une possible opposabilité au regard du statut des intervenants extérieurs	368
D. Un agent de surveillance sans pouvoir de police	370
Chapitre.III.La mise en place d'un accompagnement systématique en soins palliatifs	372
Section.I. Une notion perpétuellement émergente : la difficulté de la quantification	375
Paragraphe.I. De la dignité originelle du mourant	376
Paragraphe.II. La dignité du mourant dans la loi	378
Section.II. Une question discutée, face aux cas d'abus poussant à une qualification pénale	381
Paragraphe.I.....L'insuffisance des critères <i>subjectifs</i>	382
Paragraphe.II. .La dignité : un droit non plus <i>subjectif</i> , mais un droit <i>objectivé</i>	385

Section.III. La divisibilité de la <i>personne</i> -mourante.....	388
Paragraphe.I. Positivisme de la nécessité et divisibilité de la <i>personne</i>	389
Paragraphe.II. Législation <i>bioéthique</i> limitative.....	393
Paragraphe.III. Réalisme et pensée d'une responsabilité sous-jacente.....	395
Conclusion de la Première Partie.....	396
Deuxième partie. Mourir sous condition potestative ?.....	401
Titre.I. La mise en échec programmée de la contractualisation du vivant.....	402
Chapitre.I. ...Aux fondements de la responsabilité des professionnels de santé du fait de l'exercice de leur art dans l'accompagnement à la mort.....	403
Section.I. Propos préliminaires sur la responsabilité en matière santé.....	403
Section.II. La question de la responsabilité du fait de la santé.....	405
Section.III. Nul n'est sensé ignorer les origines <i>subjectives</i> du droit de la responsabilité.....	411
Chapitre.II. Aux origines de la responsabilité : le droit de la santé du contrat hospitalier	416
Section. I. Les critères de juridicité du droit de la santé du mourant.....	416
Paragraphe.I. Le Code de déontologie médicale en toile de fond.....	417
<i>L'obligatorité de la mission du médecin</i>	417
Paragraphe.II. Le droit à recevoir l'information : le critère spécifique de la mission médicale.....	418
Paragraphe.III. Le droit de la santé serait digne, ... et parfois accessoire.....	420
A. Le droit de la santé à l'épreuve du critère de <i>dignité</i>	420
B. L'impossibilité de répondre à toutes les situations.....	422
<i>Le désaveu du biodroit idéaliste</i>	422
Section. II. Un rapport contractuel de double nature privé/public.....	423
<i>A la recherche du régime du contrat hospitalier de soins</i>	423
Paragraphe.I. Les prémices de la responsabilité médicale à l'aune du droit positif de la santé.....	425
Paragraphe.II. Le contrat hospitalier de soins: une fiction <i>biojuridique</i>	429
A. Au commencement, un contrat médical évoluant en contrat hospitalier.	429
1. Un contrat médical de soins comme première base de réflexion.....	429

2.	Les éléments constitutifs du contrat hospitalier	430
B.	Le régime spécifique du contrat hospitalier	432
C.	L'illusion du rapport synallagmatique : les fondements de la <i>condition potestative</i>	435
D.	La primauté du droit privé comme garantie du droit de la <i>personne</i> , en <i>premier</i>	438
Chapitre.III. Les obligations <i>privilégiées</i> du médecin	441
Section.I.	Obligation de soins et enchevêtrement contractuel.....	442
Paragraphe.I.	Obligations et soins : une apparente tautologie	442
A.	Les sources de l'obligation de soins dans la jurisprudence.....	443
B.	L'obligation légale de soins	446
Paragraphe.II.	Obligation de <i>soins-secours</i> , contre la mort	448
Paragraphe.III.	Obligation d'assistance dans la mort	451
Section.II.	La coïncidence entre obligation et liberté : l'obligation de dignité du mourant	452
Paragraphe.I.	La nécessité d'une loi, toutefois incomplète.....	453
Paragraphe.II.	Le devoir d'écoute attentive	455
Section.III.	D'une obligation de moyens à l'obligation de résultat déguisée	458
Paragraphe.I.	L'obligation de moyen en matière médicale d'assistance à la mort	458
Paragraphe.II.	L'obligation de résultat face à l'obligation du résultat <i>raisonnablement</i> possible	461
	<i>La persistance d'une obligation de moyens</i>	461
Section.IV.	Les obligations à l'épreuve de la <i>technologisation</i> des moyens d'accompagnement	466
Paragraphe.I.	Quant aux moyens d'accompagnement.....	467
Paragraphe.II.	Quant aux spécificités de l'information relative aux risques ...	469
Section.V.	L'exigence de sécurité due au mourant : une obligation de résultat ..	472
Paragraphe.I.	D'une obligation de droit commun liée au devoir d'informer se confondant à l'obligation de soins	472
Paragraphe.II.	L'opposabilité au seul médecin ?	475
Section.VI.	Par delà les obligations juridiques, la <i>raison éthique</i>	478

Conclusion du Titre I.....	480
Titre.II. La responsabilité médicale à l'épreuve de la contractualisation du vivant et du mourant.....	482
Chapitre.I.Les conséquences des obligations : la part responsable de celui qui accompagne	488
Section.I. Responsabilités professionnelle et administrative	489
Paragraphe.I. L'action disciplinaire, ou la garantie minimale	491
Paragraphe.II. La responsabilité administrative des établissements publics de santé du fait de la faute du médecin	493
A. Une responsabilité d'abord pour faute consacrée par la loi.....	494
B. La responsabilité du fait des actes médicaux	495
1. La faute de persistance dans l'erreur	495
2. La faute dans la mise en œuvre du traitement d'accompagnement du mourant.....	497
3. D'autres causes d'erreur fautive.....	500
3.1. Faute à l'occasion de la délivrance de l'information préalable à l'acte.	500
3.2. Erreur fautive à l'occasion du diagnostic.....	502
3.3. Faute dans le choix du traitement.....	503
3.4. Faute dans la mise en œuvre du traitement	505
4. Une faute rarement présumée.....	506
Paragraphe.III. La responsabilité sans faute : la résistance face à l'indemnisation extra-judiciaire	507
A. Limitations et redéfinitions de l'indemnisation	508
B. Le cas des infections nosocomiales, ou les circonstances aggravantes quant à l'indemnisation	509
C. La responsabilité du fait des produits médicamenteux	512
D. La responsabilité du fait des matériels dans l'accompagnement à la mort	515
Section.II. La responsabilité civile sur la <i>sellette</i> du droit contractuel	516
Paragraphe.I. La déresponsabilisation civile des médecins hospitaliers : les origines légales d'un droit assurenciel.....	518
A. L'obligation d'assurance responsabilité civile	519
B. Le passage à un régime d'indemnisation négociée.....	520
1. Le GTAM, ou, un bref regard sur l'indemnisation en matière privée ...	520
2. Le palliatif légal au régime d'indemnisation négociée	521
C. Un phénomène de privatisation des domaines publics de la santé.....	524
La <i>démotivation</i> des actions en recours.....	524
Paragraphe.II. Les résistances de la Cour de cassation contre la déresponsabilisation civile des médecins hospitaliers.....	527
A. L'exigence d'une faute détachable des fonctions attachées au service..	527
B. Oppositions légales et abandon suggéré de l'action responsable.....	531

Section.III. La déjudiciarisation systématisée de la relation médicale	532
<i>A l'égard des médecins et établissements publics de santé</i>	532
Paragraphe.I. <i>Déjudiciarisation</i> et systématisation.....	533
<i>Les fondements de l'indignité potestative</i>	533
Paragraphe.II. Aléa et faute virtuelle aux sources de l'indemnisation.....	535
Chapitre.II. <i>Dé-responsabilité pénale médicale et euthanasie</i> en arrière plan	539
Section.I. Insuffisances apparentes et considérations de politiques publiques ...	542
Paragraphe.I. Réformes et applications pratiques sur fond d'insuffisances....	542
Paragraphe.II. Persistance théorique du droit pénal	545
Section.II. La déresponsabilisation pénale des médecins sur le fondement du droit médical	546
Paragraphe.I. Dépénalisation légale et déresponsabilisation sur fond d'incrimination éventuelle.....	546
Paragraphe.II. L'ordre public en concurrence avec les tribulations de l'indemnisation-réparation	548
Section.III. De la <i>dépersonnification</i> de la responsabilité à l'anthropomorphisation de l'indemnisation.....	550
Paragraphe.I. Du <i>sujet-personne</i> à la chose indemnisable	550
Paragraphe.II. Le passage de la réparation à l'évaluation, la négation du tout au profit de la partie	553
Paragraphe.III. De la chose à l'humanisation de la chose	554
Conclusion Titre.II	557
Titre.III. De l'indignité du <i>mourir à l'hôpital</i>	558
Chapitre.I. La période <i>in extremis</i> de l' <i>ante mortem</i> : la volonté à l'épreuve de la souffrance	559
Section.I. La loi, objet de sa propre protection	560
Section.II. La personne est souffrante.....	561
Paragraphe.I. D'abord, la prise en compte de la souffrance au-delà de la dignité	563
A. Pour une philosophie classique de la souffrance.....	563
B. Souffrance et assimilations <i>euthanasiques</i>	565
Paragraphe.II. La création d'un droit commun de la souffrance	567

A.	La <i>bioéthique</i> appliquée au droit à souffrir paisiblement.....	568
B.	Les incertitudes liées à l'absence de distinction des notions	570
C.	Le soulagement des mourants : une mission spécifique	571
Section.III.	Une difficile approche rendue nécessairement pluridisciplinaire	574
Paragraphe.I.	Pluridisciplinarité et consensualisme démocratique	575
Paragraphe.II.	La doctrine médicale ou para-juridique.....	576
Paragraphe.III.	Famille et souffrance : les tribulations de l'accompagnement	579
Paragraphe.IV.	Les comités d'éthique et autres autorités para juridique	581
A.	Les comités d'éthique et la suggestion de la surveillance.....	582
1.	Les comités d'éthique locaux en peine de reconnaissance	583
2.	CCNE et autres autorités indépendantes aux sources de la <i>bioéthisation</i> de la souffrance	584
B.	Le consensualisme appliqué aux droits fondamentaux, aux sources du droit commun de la souffrance.....	585
1.	Consensualisme et dictature des groupes, appliqués au domaine de la <i>bioéthique</i> du mourant.....	586
2.	Les beaux prétextes des droits fondamentaux aux sources du consensualisme.....	587
Paragraphe.V.	La souffrance du mourant entre idéalisme et pragmatisme.....	589
<i>Une approche réaliste</i>		589
A.	La doctrine <i>biojuridique</i>	590
B.	Réalisme et métaphysique du droit... des <i>mourants</i>	594
Chapitre.II. La douleur physique en premier	597
Section.I.	<i>Biolégislation</i> et douleur physique.....	597
Section.II.	Douleur physique et pratiques légales attentatoires à la personne du mourant	599
Chapitre.III. Douleur psychique et considérations <i>psychanalytiques</i>	601
Section.I.	Psychologisation et anti-subjectivisme	601
Section.II.	L'intimité du mourant aux sources du droit à ne pas souffrir	603
Chapitre.IV	606
L'évaluation rationnelle de la douleur		606
Section.I.	Les fondements de l'évaluation rationnelle de la douleur	606

Paragraphe.I. L'évaluation sur le fondement du respect de l'autonomie de la volonté du mourant.....	607
Paragraphe.II. Le praticien et les données acquises de la science politique de la santé	608
Section.II. La systématisation de l'appréciation de la douleur par son intégration au dispositif légal	609
Paragraphe.I. La place de la prise en compte de la douleur dans la loi de 2005	609
Paragraphe.II. L'actualisation des dispositifs.....	610
Paragraphe.III. Un devoir moral de droit, commun aux domaines public et privé, appliqué à l'ordre sanitaire.....	611
A. Distinctions artificielles des domaines de l'intimité	611
B. Une problématique commune fondée sur le critère sanitaire appliqué à l'intimité	612
C. Objectivisation de la douleur et exigences de résultats politiques	614
Chapitre.V.Les droits présumés de l' « incapable » mourant à la lumière des notions de volonté et de conscience	617
<i>Risque d'émergence de la condition potestative</i>	617
Section.I. Volonté exprimée et consciente contre volonté rapportée : la volonté au <i>double visage</i> à l'épreuve de la condition potestative.....	618
Paragraphe.I. La difficile et injuste hypothèse de la condition potestative.....	619
A. La condition potestative à l'épreuve des obligations d'ordre public.....	620
en matière de santé	620
B. Une hypothèse possiblement effective sur le fondement de la relation <i>intuitu personae</i>	623
Paragraphe.II. La notion de conscience en question dans le temps du « mourir »	626
<i>Le cas de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les expériences en état de « mort dite cérébrale »</i>	626
A. La conscience, polysème désignant l'aptitude subjective à percevoir le monde	628
B. Le corps médical en tant qu'unique interprète	630
C. Dépassement du cadre classique du droit et audace <i>biomédicale</i>	631
D. La <i>juridicisation</i> de la fonction de médecin	633
Paragraphe.III. La place de l'arbitraire médical comme garantie du bien être du malade	634
A. Persuader, ou tenter la conscience culpabilisée du mourant contre l'abandon ou l'acharnement	636
B. Médecin actif et mourant passif	638
C. L'obligation négative de soins	640

D.	Conditions extérieures et négation de la <i>liberté</i>	641
1.	Effectivité des acquis de la loi sur les fondements de l'idéalisme de la conscience	642
2.	Révéler la conscience	643
Section.II.	Accompagner le mourant, ou, tenter de <i>dignifier</i> la mort	645
Paragraphe.I.	L'impossibilité altruistique de faire cesser un traitement	646
A.	La promesse de « belle mort » définitivement contrariée	646
B.	La loi de 2005, malgré tout au bénéfice du mourant.....	649
Paragraphe.II.	De l'acharnement thérapeutique à l'obstination déraisonnable L'entreprise de <i>dignification</i> de la mort	651
Paragraphe.III.	653
Le rôle de l'entourage familial et des <i>proches</i> du mourant		653
Lien avec le médical, mais aussi avec le réel transcendant l'hospitalier		653
A.	Conditions légales de <i>dignification</i> de la vie privée	654
B.	Dignité et secret de l'intimité dans la situation de détresse	656
La possible complicité de la <i>famille</i>		656
Section.III.	Une politique publique de rationalisation de la santé du mourant. ..	659
Les incohérences théoriques et philosophiques de la loi du 22 avril 2005 portant atteintes aux <i>droits premiers de la personne</i>		659
Paragraphe.I.	Consécration rationnelle du droit de <i>mourir</i>	660
Paragraphe.II.	Le désir de consacrer l'euthanasie	663
Paragraphe.III.	Approche critique du consensualisme de la <i>bioéthique</i> de la <i>dignification</i>	665
Chapitre.VI. Le nécessaire positivisme du <i>droit du mourir</i> .	667
Comment évincer la potestativité sur le fondement d'un droit métaphysique et éthique ?		667
Section.I.	668
Pratique du <i>droit premier</i> : l'actualisation des notions sous-jacentes		668
Paragraphe.I.	Les rapports limitatifs entretenus entre le vivant et le droit positif	668
Paragraphe.II.	Lorsque la mort va intervenir	669
Paragraphe.III.	Identification des notions sous-jacentes	670
Paragraphe.IV.	Premiers pas sur le chemin des droits de la personnalité du mourant	671

Paragraphe.V. Construire le droit positif	672
Paragraphe.VI. Existence et normativité : au-delà de l'antinomie, première difficile réfutation de la potestativité	673
Section.II. L'objectivisation de la notion éthique : le plus souvent au détriment du mourant	675
Paragraphe.I. Entre éthique et philosophie : l'intimité du langage.	676
Paragraphe.II. Objectivisation et <i>biodroits</i> de l'homme	677
Section.III. L'objectivisation de l'ignorance du malade liée au caractère <i>a priori</i> subjectif de sa pensée	679
Paragraphe.I. Ethique inconditionnable et non contractualisable	680
Paragraphe.II. Objectivation et subjectivité ignorante	681
Conclusion de la Deuxième Partie	682
Troisième Partie. L'accomplissement de la mort : la <i>pseudo</i> « <i>belle mort</i> »	687
Titre.I.	689
Le temps de la mort : définition et approches jurisprudentielles	689
Chapitre.I. Une analyse médicale pour une définition de droit positif	691
Section.I. A considérer la mort comme un processus	692
Section.II. Les contradictions des droit privé et droit public	693
Paragraphe.I. La conception publiciste dans la droite ligne d'une approche médicale	693
Paragraphe.II. Les hypothèses de résistances du droit privé.....	695
A. Le prétexte thérapeutique tiré de l'indisponibilité du corps humain.....	696
B. Moyen de droit et action disciplinaire.....	697
Paragraphe.III. L'unification légale sur fonds de droits de l'homme	699
Chapitre.II. Considérations évanescences sur état végétatif chronique et mort cérébrale.	701
Section.I. Mort cérébrale, mort médicale	701
Section.II. Le droit assujetti au médical ou l'insaisissable instant de mort.....	702
Section.III. Les assimilations des frontières de l'existence	703

Section.IV. Le juge et le <i>doute raisonnable</i>	705
Chapitre.III.L'application <i>in concreto</i> du droit de la <i>personne</i> au mourant. 707	
Section.I. Sur la base interprétative du <i>doute</i>	708
Section.II. Le droit <i>premier</i> de la <i>personne première</i>	710
Conclusion Titre.I.....	710
Titre.II.	712
Le moment du constat d'état de mort : le basculement vers la mort juridique	712
Chapitre.I.	713
La mort dite naturelle par opposition à la mort violente	713
Section.I. La mort naturelle, première base de réflexion du statut du mourant. .	713
Section.II. La mort naturelle <i>a contrario</i> de la mort violente	714
Chapitre.II.La dissolution de la personnalité juridique 717	
Chapitre.III.La singularité préservée : le devoir de mémoire et de respect dû au mort 719	
Section.I. Le respect dû au mort. Le cadavre, un concept entre droit privé et droit public 720	
Paragraphe.I. Le respect dû au corps humain en état de cadavre.....	720
Paragraphe.II. Le respect dû à la mémoire.....	721
Persistances d'une approche objectivée	721
A. De la mémoire à l'intégrité.....	722
B. Objectivisation de la dignité due au cadavre sur fond d'ordre public....	724
Section.II. L'approche matérielle de la mort dans le respect des actes funéraires 725	
Paragraphe.I. Un certain individualisme aux fondements du droit des funérailles 726	
Paragraphe.II. La nécessité d'une législation sur le devenir du cadavre.....	727
Paragraphe.III. Le droit des funérailles à l'épreuve des fondements religieux	728
Section.III. Le respect du corps en tant qu'objet : les actes à visée thérapeutique et à visée scientifique	730

Paragraphe.I.	La nécessité d'un cadre légal pour la recherche <i>biomédicale</i> ...	730
Paragraphe.II.	Entre thérapeutique et science	731
Paragraphe.III.	Le droit subjectif à disposer de son corps dans le don à la science.	733
Paragraphe.IV.	Recherche <i>biomédicale</i> et risques de contournement des <i>droits premiers</i>	735
Chapitre.IV.	Les modalités de mise en œuvre du respect des principes fondamentaux dus au mort	737
Section.I.	La question de la propriété du cadavre	738
Paragraphe.I.	A supposer que le corps soit la <i>personne</i>	738
Paragraphe.II.	Poser la question de la propriété du cadavre	739
Paragraphe.III.	Une atteinte au cadavre ou, l'hypothèse de l'impossible propriété objective	741
Section.II.	L'introduction des phénomènes religieux et rituel à l'hôpital comme hypothèse de fondements dans la protection du mort	743
Paragraphe.I.	Méditations laïques et droit sur la mort	744
Paragraphe.II.	La mise à l'épreuve de la laïcité : du mourant à la mort.....	745
Section.III.	L'hypothèse du corps propriété <i>sacrée</i>	748
Paragraphe.I.	La <i>personne</i> entre droit positif et perception de philosophie du droit	748
Paragraphe.II.	Les rapports corps et personne sous condition ontologique de dépassement	750
Paragraphe.III.	L'ordre public ou le langage de la systématisation de l' <i>ordre moral</i>	752
Paragraphe.IV.	Actualisation du droit sous condition métaphysique	754
Conclusion Troisième Partie.	755
CONCLUSION	759
I.	Du concept fermé de mourant à son dépassement	759
II.	Actualisation du thème et alternative conceptuelle	765
BIBLIOGRAPHIE	771
Ouvrages :	771
Ouvrages de droit et théorie du droit :	771

Ouvrages de philosophie et philosophie du droit :	775
Ouvrages généraux :	780
Travaux de recherche :	783
Doctrine :	786
Doctrine française :	786
Doctrine juridique :	786
Doctrine de philosophie et philosophie du droit :	800
Doctrine médicale :	803
Doctrine étrangère :	807
Jurisprudence :	810
De droit privé :	810
Tribunaux :	810
Cours d'appel :	811
Cour de cassation :	812
De droit public :	817
Tribunaux administratifs :	817
Cours administratives d'appel :	817
Conseil d'Etat :	819
Décisions du Conseil constitutionnel :	824
De droit pénal :	825
Tribunal correctionnel :	825
Cours d'assises :	825
Chambre criminelle de la Cour de cassation :	826
Tribunal des conflits:	828
Décisions des Cours européennes :	828
Cours étrangères et étrangères à l'UE :	829
Législation :	830
Française :	830
Etrangère et internationale:	836
Avis et études du CCNE :	837
Recommandations, rapports et avis :	838
Cours :	842
Colloques, actes, et conférences :	843
Divers :	845
Sites internet :	846
INDEX	847
TABLE DES MATIERES :	853

Mourir à l'hôpital : entre droit privé et droit public. Approche pratique, théorique et philosophique.

Il est quasiment devenu un lieu commun aujourd'hui de mourir à l'hôpital. Et s'il fallait traiter ce sujet, le plus souvent c'est la perspective médicale qui tenterait d'en percevoir les enjeux. C'est au tournant du milieu du XXème siècle, au lendemain d'un énième génocide, marquant l'esprit de l'humanité certainement pour l'éternité, qu'un nouveau langage *bioéthique* va se faire le vecteur d'une considération renouvelée de la *personne*. L'homme devient *personne humaine* dans les textes internationaux proclamant dès lors d'inédits *droits de l'homme*. C'est en prenant la *bioéthique* comme objet de réflexion qu'un certain *droit de la santé*, largement inspiré par la production de comités d'éthiques, a émergé d'une doctrine privatiste en premier, afin de cerner de premiers droits définissant celui qu'il serait convenu d'appeler alors le mourant. Toutefois, l'établissement public de santé confronté à la technologisation médicale, permettant alors un allongement de la fin de vie, s'est rapidement trouvé être un lieu de conflit entre ceux qui furent considérés comme des usagers de service public, et les commettants médecins de l'Etat. La primauté du droit privé de la *personne* semblait alors menacée, le droit administratif prenant le pouvoir afin d'indemniser les victimes de l'hôpital. Cependant, à force de réductions systématiques ne regardant la personne mourante que sous un angle génériciste, relevant d'un droit public, celle-ci s'est progressivement retrouvée parfaitement ignorée en son *essence* première que le droit privé parvenait à percevoir. Les formes les plus récentes de déresponsabilisation attesteraient d'une consécration de l'indemnisation finissant d'objectiviser l'être sous-jacent à la personne mourante, allant jusqu'à justifier l'acte euthanasique. L'approche réitérée de ce difficile objet d'étude trouverait à générer une réflexion que le philosophe du droit engagerait, réintroduisant la personne irréductible se manifestant comme point de départ et d'arrivée, de telle sorte que se pourrait être harmonisée la rencontre inévitable des domaines public et privé, juridique et politique, afin de rendre toute sa vérité onto-axiologique aux *droits premiers* du *sujet* mourant.

Die at the hospital: between private law and public law. Practical, theoretical and philosophic approach.

Today, dying at hospital is the most curently idea agreed in order to protect people. That's maybe the reason why medical studies took this as an issue more than lawyer studies. It's around the middle of the twentieth century, after one more genocide, marking the spirit of the humanity certainly for all eternity, that a new *bioethical* language is going to be made the vector of a consideration renewed by the *person*. The man becomes a *human-person* in the international texts, proclaiming from then on of unpublished works human rights. While taking the *bioethics* as object of reflection a certain *health law*, widely inspired by the production of committees of ethics, emerged from a privatiste doctrine in the first one, to encircle first rights of the one that it would have been advisable to call then the dying. However, the public institution of health confronted with the medical technologisation, allowing then an extension of the end of life, quickly was to be a place of conflict between those who were then considered as users of public service, and principals doctors of the State. The superiority of the private law of the *person* seemed then threatened, the administrative law taking the power to indemnify the victims of the hospital. However, by means of systematic reductions looking at the dying person only under an angle *génériciste*, recovering from a public law, this one gradually found itself perfectly ignored in the first *essence* which the private law succeeded in perceiving. The most recent forms of *deresponsabilisation* would give evidence of a consecration of the compensation stopping an *objectivisation* the underlying being to the dying, going person to justify the euthanasic act. The approach repeated by this difficult object of study would find to generate a reflection which the philosopher of the right(law) would engage, reintroducing the person inflexible as point of departure and arrival, so that could be harmonized the inevitable meeting of the public and private, legal and political domains, to return all its onto-axiological truth to the *first rights* of the dying subject.

Mots clés:

Droit privé de la personne, droit public, droit pénal, droits de l'homme, droit de la santé, philosophie du droit, métaphysique, autonomie de la volonté, incapacité, mourant, hôpital, humanisme, idéalisme, réalisme, bioéthique, biodroit, sujet de droit, malade, mort, euthanasie, responsabilité, obligation, indemnisation, usager de service public, contractualisation, médecin, condition potestative, personne de confiance, accompagnement, CCNE, souffrance, soins palliatifs, cadavre, Platon, Aristote, Kant, Heidegger.

Key words :

Private law of the person, public law, criminal law, human rights, health law, philosophy of the right(law), metaphysics, autonomy of the will, the incapacity, dying, hospital, humanism, idealism, realism, bioethics, bioright(biolaw), subject of right(law), patient, death, euthanasia, responsibility, bond, compensation, user of public service, contractualization, doctor, *condition potestative*, reliable person, accompaniment, CCNE, suffering, care palliatives, corpse, Platon, Aristote, Kant, Heidegger.

**Centre de philosophie du droit et Institut de sciences criminelles et de la justice
Université Montesquieu Bordeaux IV**