

De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé

Geraldine Aidan

► **To cite this version:**

Geraldine Aidan. De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé. Revue française d'administration publique, ENA, 2011, 137-138 (1), pp.139-153. 10.3917/rfap.137.0139 . hal-02313868

HAL Id: hal-02313868

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02313868>

Submitted on 11 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DE LA DÉMOCRATIE ADMINISTRATIVE À LA DÉMOCRATIE SANITAIRE DANS LE SECTEUR PUBLIC DE LA SANTÉ

Géraldine Aïdan

E.N.A. | *Revue française d'administration publique*

**2011/1 - n° 137-138
pages 139 à 153**

ISSN 0152-7401

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2011-1-page-139.htm>

Pour citer cet article :

Aïdan Géraldine , « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé » ,
Revue française d'administration publique, 2011/1 n° 137-138, p. 139-153. DOI : 10.3917/rfap.137.0139

Distribution électronique Cairn.info pour E.N.A..

© E.N.A.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

DE LA DÉMOCRATIE ADMINISTRATIVE À LA DÉMOCRATIE SANITAIRE DANS LE SECTEUR PUBLIC DE LA SANTÉ*

Géraldine AÏDAN

*Doctorante en droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,
ancienne attachée d'enseignement et de recherche à l'Université de Paris XII*

Résumé

La relation individuelle patient-médecin se révèle être un champ de recherche particulièrement éclairant pour analyser le rapport entre démocratie sanitaire et démocratie administrative dans le secteur public de la santé. Si la démocratie sanitaire apparaît ici comme une forme de démocratie administrative, elle en constitue, dans une certaine mesure, un dépassement, renforçant alors le rééquilibrage de la relation Administration-administré.

Mots-clefs

Démocratie sanitaire, démocratie administrative, pouvoir médical, patient, loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Abstract

— *From democracy in public administration to health democracy in the public health service — The personal relationship between patients and doctors offers a particularly instructive area for legal research when it comes to analysing the relationship between health democracy and democracy in public administration in the public health service. Although health democracy can be said to be a form of democracy in public administration, to a certain extent it goes even further, thus accelerating the changing relationship between government and the governed.*

Keywords

Democracy in health services, democracy in public administration, medical power, patient, French Act of 4 March 2002 on patient's rights and the quality of the health system

* Nos remerciements vont au professeur Bertrand Mathieu pour son accueil généreux au commencement de cette recherche ; au professeur Maryse Deguerque pour ses précieuses relectures et l'intérêt chaleureux manifesté tout au long de cette étude et au professeur Stéphanie Hennette-Vauchez pour sa présence et ses commentaires si stimulants. Merci à François L., l'enseignant, le chercheur et l'ami ; à Olivier S. pour ses actives et nombreuses relectures et les discussions passionnées pendant l'écriture de cet article et à Éléonore Gigon pour sa relecture finale. Enfin, mes remerciements vont, d'une manière générale, au professeur Étienne Picard. Nous restons bien entendu seule responsable des erreurs éventuelles ou insuffisances qui demeurent. Je dédie cet article à ma mère, Marlène Aidan.

Le mouvement de démocratisation de l'action administrative est perceptible dans de nombreux champs d'intervention de l'Administration¹. Il vise à améliorer le rapport par nature inégalitaire de cette dernière à l'administré, en lui permettant de « collabor[er] à l'élaboration de son propre destin »².

Dans le secteur public de la santé, cette collaboration est encadrée par le « concept dispositif »³ de démocratie sanitaire. En effet, ce concept, consacré au titre deux de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et au système de santé⁴, vise un ensemble de dispositions prévoyant la participation individuelle et collective des usagers du système sanitaire aux normes concernant la santé⁵. C'est ainsi que dans la relation singulière du soin⁶ la personne « prend, avec le professionnel de santé [...] les décisions concernant sa santé »⁷, doit consentir de manière libre et éclairée à tout acte médical ou traitement et avoir la possibilité de retirer son consentement à tout moment⁸, bénéficie d'un droit à l'information⁹, d'un droit d'accès direct aux documents de santé¹⁰... Sur le plan collectif, l'usager de santé participe « au fonctionnement du système de santé »¹¹ au niveau local, régional et national par l'intermédiaire d'une « commission de relation avec les usagers »¹², des conseils d'administration des établissements de santé, d'associations d'usagers¹³... Ces formes de participation s'accompagnent de « droits de la personne »¹⁴, concrétisant¹⁵ certains droits fondamentaux¹⁶ présentés dans cette loi du point de vue du

1. Pour une analyse du développement de cette démocratisation administrative dans des domaines relativement récents, voir par exemple : Roman (Diane), « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, p. 267 ; Delaunay (Bénédicte), « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement », *AJDA*, 2003, p. 1316.

2. Rivero (Jean), « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges J. Savatier*, p. 823, cité in Houillon (Grégory), « Jean Rivero, Démocratie et administration », *RFDA*, 2009, p. 1061.

3. Le professeur Otto Pfersmann distingue notamment le concept dispositif du concept théorique. Le premier figure dans les dispositions formulant des normes du droit positif (en l'espèce législative donc) ; le second « a pour référent des données possibles d'un système juridique quelconque ». Voir Pfersmann (Otto), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in Louis Favoreu et alii dir., *Droit des libertés fondamentales*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 76.

4. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

5. Certains auteurs ont ainsi distingué, à juste titre, la démocratie sanitaire *lato sensu* concernant la participation individuelle de l'usager de santé de la démocratie sanitaire *stricto sensu* portant sur la participation collective des usagers de santé. Voir en ce sens Cadeau (Emmanuel), « La démocratie sanitaire : "erreur", "commodité", ou "écart" de langage ? », *Revue générale de droit médical*, n° 12, 2004, p. 11.

6. Encadrée notamment au chapitre 2 de la loi 4 mars 2002 intitulé Droits et responsabilités des usagers.

7. Art. L. 1111-4 code de santé publique (CSP) : « 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. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ».

8. Art. L 1111-4 al. 3 CSP.

9. Art. L 1111-2 ; L 1111-3 ; L 1111-4 CSP.

10. Art. L. 1111-7 CSP.

11. Chapitre 3 : « Participation des usagers au fonctionnement du système de santé ».

12. Art. L1112-3 al 2 CSP.

13. Art. L111462 CSP.

14. Chapitre préliminaire de la loi intitulé « droits de la personne ».

15. Il s'agit de concrétisation en ce sens que le législateur met en œuvre sur le plan législatif des droits fondamentaux qui sont, selon la définition retenue, de rangs conventionnel ou constitutionnel. Pour une définition des droits fondamentaux, dans une conception matérielle : voir Picard (Étienne) « L'émergence des droits fondamentaux en France » in *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA*, numéro spécial, 1998, p. 15 et s. ; dans une approche formelle voir : Pfersmann (Otto), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in Favoreu (Louis) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 5^e éd., 2009, n° 71 et s.

malade¹⁷ : droit à la protection de la santé, droit au respect de la dignité, droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant...

Ce concept de démocratie sanitaire, qui s'applique indistinctement dans le secteur public et privé de la santé¹⁸, prend racine dans le droit international¹⁹ et s'est développé par la suite sur le plan législatif²⁰. Il rend compte d'une transformation de la relation entre le patient et le médecin²¹ devenant des « partenaires censément égaux »²². Le patient perd sa condition de malade passif au profit de celle de personne responsable de sa santé, « d'usager du système de santé »²³, « censée jouer un rôle de citoyen »²⁴.

Or, ces droits reconnus, apparentés à ceux d'une « citoyenneté sanitaire », sont proches de ceux rencontrés dans le cadre de la démocratie administrative²⁵.

La définition du concept de démocratie administrative²⁶ sera celle retenue dans ce numéro collectif : « la participation (à des degrés divers) des personnes concernées à l'adoption des décisions administratives qui les regardent ».

16. La protection de ces droits consacrés dans le titre 2 de la loi du 4 mars 2002, intitulé « Démocratie sanitaire », confirme dans le domaine spécifique de la santé, l'analyse du Professeur Étienne Picard, « la démocratie, au moins la démocratie libérale, se donne comme fin la garantie des droits de l'homme ; par ailleurs, la démocratie, pour pouvoir s'exercer, exige bien que soient respectés les droits de l'homme. Car comment se prononcer, élire ou voter démocratiquement si l'on n'a pas, notamment la liberté d'information ». Picard (Étienne), « La notion de citoyenneté » in Yves Michaud (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, Université de tous les savoirs, vol. 3, O. Jacob, p. 720. Pour un regard critique de ce phénomène : Cadeau (Emmanuel), « La démocratie sanitaire... », *op. cit.*, « l'accession de l'histoire de la démocratie est ainsi sans doute celle de sa dilution progressive dans la théorie des droits de l'homme à propos de laquelle, on le rappelle trop peu souvent, d'importants auteurs ont pu montrer les limites, en termes de protection de la personne humaine, contre les excès du pouvoir, sous toutes ses formes », p. 11.

17. Dans le domaine de la santé, ces droits étaient exprimés jusque-là du point de vue des médecins, c'est-à-dire sous la forme d'obligations professionnelles figurant notamment dans le code de déontologie médicale.

18. Permettant ainsi l'unification du droit applicable dans le domaine de la santé. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires dite « loi Bachelot », contribuera par la suite à cette uniformisation du droit, en permettant, notamment aux établissements de santé, quelque soit leur statut, d'assurer l'exécution des missions de service public.

19. Avec par exemple la reconnaissance d'une démocratie sanitaire par l'OMS, ou encore les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le projet de directive sur la mobilité des patients. Voir sur ce point Pitcho (Benjamin), *Le statut juridique du patient*, les études hospitalières, Bordeaux, 2004, p. 550 et s.

20. Avec notamment la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie n° 2005-370 du 22 avril 2005.

21. Relation dont la doctrine juridique ou sociologique a cherché à rendre compte en utilisant l'expression de « paternalisme médicale ». Voir par exemple chez les juristes : Bellivier (Florence) et Rochefeld (Judith), « La Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RTD Civ.* 2002, p. 575 : « Au paternalisme de la relation médicale classique se substitue un partenariat, dont la loi explicite les termes, en ce qui concerne aussi bien les droits du patient la personne malade, que les obligations du professionnel » ou encore, Cadeau (Emmanuel), *ibid.*, p. 13 ; chez les sociologues voir notamment Lecorps (Philippe), Paturet (Jean-Bernard), *Santé publique, du biopouvoir à la démocratie*, ENSP, 2000, p. 74 et s.

22. Bellivier (Florence) et Rochefeld (Judith), « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *op. cit.*, p. 577.

23. Voir notamment chapitre II et III de la Loi du 4 mars 2002 préc.

24. Bellivier (Florence) et Rochefeld (Judith), *ibid.*, p. 577 ; voir également Deguegue (Maryse), « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA*, 2002, p. 508-516, qui utilise la notion de « malade-citoyen », p. 509 notamment.

25. Le concept de démocratie est ici entendue de manière large. Pour un développement sur la mutation du concept démocratie lorsqu'il est employé au sujet de l'Administration voir dans ce même numéro : Daugeron (Bruno), « La "démocratie administrative" : retour sur la naissance d'un concept ».

26. La définition du concept est ici conventionnelle ; nous choisissons cette définition en particulier car elle permet de travailler sur un objet commun à l'ensemble des chercheurs de ce numéro de la *RFAP* et qu'elle présente certaines qualités épistémologiques (elle a notamment l'avantage de viser un objet bien déterminé et semble être un dénominateur commun des différentes conceptions doctrinales du concept. En effet, comme le

Cette participation visant « la recherche de l'adhésion raisonnée qui transforme le sujet en citoyen »²⁷ est mise en œuvre au moyen de droits liés à la « citoyenneté administrative »²⁸. C'est avec la loi du 12 avril 2000²⁹ consacrant ce concept de « citoyenneté administrative », que le droit à l'information et ceux liés à la participation sont tout particulièrement renforcés dans le cadre de l'action administrative. « [La figure] de l'administré-citoyen »³⁰ semble alors s'imposer dans sa relation à l'Administration.

Démocratie sanitaire et administrative se ressemblent ainsi dans leur application : le citoyen administratif et le citoyen sanitaire disposent de droits similaires pour participer aux décisions – individuelles et collectives – qui les concernent.

Certes, le « pouvoir »³¹ à démocratiser dont il s'agit n'est pas le même : la participation du destinataire de la décision porte sur le pouvoir médical dans un cas et sur le pouvoir administratif dans l'autre. Si dans la démocratie sanitaire³² le patient participe à la prise de décision de santé³³ le concernant, dont le médecin est l'auteur, dans la démocratie administrative, l'administré participe à la prise de décision administrative qui le concerne et dont l'Administration est l'auteur, et ce en vertu de son pouvoir unilatéral de prendre des décisions.

Mais dans le secteur public de la santé, pouvoir médical et pouvoir administratif se rejoignent dans la relation médicale individuelle, de telle sorte que les deux démocraties, administrative et sanitaire, se confondent.

En effet, à l'hôpital, la relation thérapeutique entre médecin et patient est – en dehors des îlots de médecine libérale³⁴ – encadrée par un statut légal et réglementaire ; la compétence du médecin, alors agent public, de prendre les décisions de santé concernant son patient, est aussi celle de l'administration disposant d'un pouvoir de décision unilatérale. Ainsi, le patient est l'administré qui participe aux décisions concernant sa santé dans le cadre d'une relation médicale qui est aussi ici administrative.

résume le professeur Tusseau « une communauté donnée peut s'accorder sur un concept, c'est-à-dire un ensemble d'idées générales et abstraites. Mais il est possible que ses désaccords se présentent à propos des raffinements concrets de ces idées. Il existe différentes conceptions de ce concept... Le concept représente le contenu commun des conceptions qui se font concurrence » in Tusseau (Guillaume), *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 17.

27. Rivero (Jean), cité in Houillon (Grégory), *ibid.* p. 1060.

28. Pour une critique de la notion de citoyenneté administrative voir : Picard (Étienne), « La notion de citoyenneté » in Michaud (Yves) dir., *Qu'est-ce que la société ?*, Université de tous les savoirs, volume 3. Paris, Éditions Odile Jacob, 2002, p. 711-731 et celle de démocratie administrative, voir Bousta (Rhita), *Essai sur la notion de bonne administration de la justice*, éditions L'Harmattan, 2010, 568 p.

29. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646. Cette loi intervient dans le prolongement d'autres textes tels que loi du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public ou le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

30. Chevallier (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité », *D 2000*, p. 577.

31. Pour garder le vocabulaire propre à celui de la démocratie politique. La traduction juridique, sur le plan strictement normatif, serait : « l'auteur de la norme ».

32. Entendu ici au sens large donc, cf. note 6.

33. Décision qui est très certainement juridique selon la définition réursive de la validité : « toute norme d'un système est valide en raison de l'attribution de cette qualité par une autre norme ou en dernier lieu en raison d'une supposition fondamentale » : Pfersmann (Otto) « La constitution comme norme » in Favoreu (Louis) et alii dir., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 59. En l'espèce, la loi du 4 mars 2002 semble bien conférer à la décision concernant la santé de la personne la qualité de norme juridique, si les conditions de validité sont respectées (c'est-à-dire que la personne, dont la santé est en jeu, prend en tant qu'organe de production, cette décision avec le professionnel de santé). Pour une position en faveur d'une décision médicale de nature « technique » mais soutenue avant la loi du 4 mars 2002 voir : Truchet (Didier), « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, p. 611-619.

34. Où la relation médicale est contractuelle.

Or, la démocratie sanitaire prévoit une participation du patient telle que ce dernier devient auteur de la décision de santé qui le concerne. En effet, la personne « prend, avec le professionnel de santé [...] les décisions concernant sa santé »³⁵. La démocratie sanitaire semble ainsi accentuer la participation conférée au destinataire de la décision et entraîner alors une redistribution des pouvoirs au sein de la relation administrative. Ainsi, « cette réforme s'inscrit dans le contexte classique de l'amélioration des relations entre l'administration et les usagers et de la réforme de l'État »³⁶ et semble proposer un modèle de démocratie administrative renforcée.

L'analyse du processus décisionnel³⁷ dans la relation individuelle de soin du secteur public de la santé³⁸ permet ainsi d'interroger les contours de la démocratie administrative. Dans ce contexte spécifique, cette dernière paraît prendre la forme de la démocratie sanitaire qui devient à son tour une forme de démocratie administrative transposée au secteur public de la santé. Mais la démocratie sanitaire semble approfondir les effets de la démocratie administrative et, par suite, contribuer au rééquilibrage de la relation administrative, en conférant un pouvoir de décision au patient, dont l'étendue est néanmoins limitée.

LA DÉMOCRATIE SANITAIRE : UNE DÉMOCRATIE ADMINISTRATIVE TRANSPOSÉE DANS LE SECTEUR PUBLIC DE LA SANTÉ

Les composantes de la démocratie sanitaire concernant le moment de l'élaboration de la décision individuelle de santé apparaissent à certains égards comme une simple transposition de celles de la démocratie administrative dans le domaine de la santé. Ainsi, le droit à l'information visé par la démocratie sanitaire se présente comme le pendant, en matière médicale, d'un droit à l'information reconnu généralement et progressivement à l'administré par l'ensemble des réformes consacrant la démocratisation de l'action administrative³⁹. De même, « la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir qui les

35. « 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. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ». (Art. L. 1111-4 CSP).

36. Deguegue (Maryse), « Droits des malades et qualité du système de santé », *op. cit.*, p. 508.

37. Les effets de la démocratie administrative après l'édiction de la décision ne seront pas ici traités.

38. La relation patient-médecin se révèle être en effet un champ d'investigation juridique particulièrement éclairant pour analyser l'articulation entre démocraties sanitaire et administrative dans le secteur public de la santé. Par ailleurs, l'étude de la démocratie sanitaire *lato sensu* est en tant que telle assez peu traitée par la doctrine (contrairement à l'analyse de la participation des usagers de santé à la définition des choix politiques dans le domaine de la santé). C'est pourquoi, le champ de la recherche se concentrera ici sur la relation individuelle du patient au médecin. L'analyse des mécanismes spécifiques de la démocratie sanitaire dans sa dimension collective, au regard de ceux de la démocratie administrative mériterait néanmoins, dans un autre cadre, un traitement à part entière.

39. Jacques Chevallier rappelle en effet que « La reconnaissance en faveur de l'administré d'un droit à l'information a été l'un des acquis fondamentaux des grandes lois de la fin des années soixante-dix, relatives respectivement à l'accès aux fichiers informatisés (6 janv. 1978), l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978), les archives (3 janvier 1979) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979) : l'information n'est plus une arme dont l'administration fait librement usage et dont elle garde la maîtrise ; elle devient un bien collectif auquel tous peuvent avoir accès ». Il précise ensuite que la loi du 12 avril 2000 a permis d'« ouvrir à la citoyenneté de nouveaux horizons en facilitant l'accès au droit et en créant les conditions propices à une plus grande transparence » *in* Chevallier (Jacques), « La transformation de la relation administrative », *op. cit.*, p. 578.

régit »⁴⁰, constitue une composante de la démocratie administrative que l'on retrouve dans le secteur de la santé, concernant le pouvoir médical, sous le concept de démocratie sanitaire.

Le droit à l'information de l'administré dans le secteur public de la santé

Le principe de transparence implique la consécration d'un droit à l'information qui caractérise aussi bien la démocratie administrative que la démocratie sanitaire.

Dans le secteur de la santé, ce droit à l'information est au cœur de la relation médicale et conditionne l'application du droit à un consentement libre et éclairé du malade. Consacré par de nombreux textes français et internationaux⁴¹, rattaché par le juge français à « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁴², l'encadrement juridique du droit à l'information du malade est synthétisé et renforcé par la loi du 4 mars 2002 sous le concept de démocratie sanitaire. Désormais, l'information doit non seulement être préalable à tout acte médical⁴³ mais aussi postérieure à celui-ci⁴⁴.

Concernant tout particulièrement le moment de l'élaboration de la décision de santé le patient doit recevoir préalablement à celle-ci et à la prise en charge hospitalière, une information « loyale, claire et appropriée »⁴⁵ garantissant un consentement libre et éclairé. Ce droit à l'information concerne son état de santé et « 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 comportent⁴⁶ ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus »⁴⁷.

40. Jean Rivero distingue ainsi la démocratie par l'explication (qui vise le droit à l'information, la motivation des actes, l'exigence d'accessibilité des décisions...) de la démocratie par la participation ; il énonce alors que, à côté de l'explication, « la démocratie a une seconde exigence : la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir qui les régit... », Rivero (Jean), *Droit Social*, n° 3, 1965, p. 166 s, cité in Houillon (Grégory), « Jean Rivero, Démocratie et administration », *op. cit.*, p. 1060. Grégory Houillon rappelle alors la position du doyen Rivero sur la démocratie par la participation. Ce procédé « plus original au regard des fondements du droit administratif, franchit un degré supplémentaire de démocratie en ce qu'il consiste à associer les intérêts particuliers concernés *a priori* dès l'élaboration de l'acte », *ibid.*, p. 1058.

41. Voir par exemple, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, la Charte du patient hospitalisé, les Lois de bioéthique du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

42. Cass. Civ ; 1^{ère}, 19 octobre 2001, N° 00-14564, D. 2001, juris. p. 3470.

43. Article Art. L. 1111-2 CSP : 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... Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. « Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel ».

Art. L. 1111-4 CSP : « 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 ».

44. Article Art. L. 1111-2 CSP, alinéa 1 « Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

45. Art. R. 4121-35 CSP.

46. L'article L 111-2 CSP limite ainsi l'obligation d'information aux « risques normalement prévisibles », revenant ainsi sur une conception extensive de la jurisprudence antérieure du juge judiciaire et administratif incluant dans l'obligation d'information « les risques exceptionnels » : voir par exemple CE 5 janvier 2000, *JCP*. 2000, II, n° 10271, note J. Moreau.

47. Art. L 1111-2 CSP.

Si le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, l'information peut être donnée à la personne de confiance qui sera consultée dans la prise de décision médicale ⁴⁸.

Dans ce contexte spécifique du soin, le droit à l'information se concrétise également par le droit d'obtenir « l'ensemble des informations concernant sa santé », sans être tenu désormais de passer par l'intermédiaire d'un médecin ⁴⁹. Une énumération des informations communicables ⁵⁰ remplace ainsi la notion de « dossier médical » utilisée antérieurement ⁵¹ et dont le contenu était plus circonscrit.

En cas du manquement fautif à l'obligation d'information, la responsabilité de l'hôpital peut être engagée ⁵² et la charge de la preuve revient désormais au professionnel de santé ⁵³.

Dans le secteur public de la santé, le droit à l'information de l'administré se fonde dans celui du patient. S'il va permettre de compenser « les effets de l'inégalité naturelle de la relation médicale » ⁵⁴ et de situer le malade « comme un citoyen, capable de choix [...] et de décisions sur son propre sort » pourvu que ce dernier soit éclairé par des professionnels ⁵⁵, il va contribuer également, dans les établissements publics de soin, à la mise en œuvre de la démocratie administrative pour laquelle le droit à l'information de l'administré « constitue un élément fondamental de rééquilibrage de la relation administrative : l'asymétrie d'information est en effet le vecteur et le garant de l'unilatéralité » ⁵⁶.

L'usager de santé ainsi bénéficiaire de ce droit à l'information, délivré au cours d'un entretien individuel ⁵⁷, aura alors la possibilité de prendre une décision libre et éclairée, et de devenir « un partenaire plus conscient et plus actif de l'acte diagnostique ou thérapeutique » ⁵⁸.

48. Art. L. 1111-6. – Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révoquée à tout moment. 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.

49. Art. L. 1111-7. – Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en œuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers. « Elle peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne et en obtenir communication... »

50. Les informations peuvent être transmises « dès lors qu'elles sont formalisées et qu'elles ont contribué à la prévention, au diagnostic ou au traitement, comme des résultats d'examens ou des comptes rendus divers », Deguerge (Maryse), « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA*, 2002, p. 512.

51. Art. L 1112-A CSP, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 mars 2002.

52. Voir par exemple la jurisprudence relative à la perte de chance constitutive d'un préjudice résultant d'un défaut d'information et plus particulièrement, la jurisprudence *Telle* où le Conseil d'État a qualifié de faute le manquement des médecins à leur obligation d'information, ayant en l'espèce entraîné pour M. Telle la perte de chance de se soustraire à un risque : CE sect. 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, *AJDA*, 2000, p. 137, et p. 180.

53. Depuis la loi du 4 mars 2002, article L 1111-2 al 7 CSP.

54. Racht-Darfeuille (Véronique), « La démocratie sanitaire... Ou quand la forme l'emporte sur le fond », *Revue générale de droit médical*, n° 12, 2004, p. 27.

55. Deguerge (Maryse), « Droits des malades et qualité du système de santé », *op. cit.*, p. 509.

56. Chevallier (Jacques), « La transformation de la relation administrative », mythe ou réalité, *op. cit.*, p. 578.

57. Art. L 1111-2 CSP.

58. Jouannet (Pierre), « Principes éthiques, pouvoir médical et responsabilités du praticien », *Pouvoirs*, 1999, n° 89, p. 12.

La participation de l'administré à la décision concernant sa santé

La participation⁵⁹ du destinataire de la décision au processus décisionnel est au cœur des concepts de démocratie administrative et de démocratie sanitaire. Elle se traduit juridiquement par la prise en compte de la volonté des destinataires des décisions dans le processus normatif. Le degré et l'impact de cette participation sur la décision variera en fonction du moment et de la nature de son intervention : au stade de l'élaboration de la décision, elle pourra contribuer à la détermination du contenu de l'acte (sous forme de « points de vue » identifiés par des enquêtes, concertations, observations...), au stade de l'édition de la décision, elle pourra devenir une condition de validité de la décision⁶⁰ et hissera le destinataire de la norme au rang de producteur.

Dans le secteur public de la santé, la participation du patient à la prise de décision individuelle concernant sa santé s'inscrit dans la relation administrative formée par le médecin et le patient. Le pouvoir médical coïncide ici avec le pouvoir administratif de telle sorte que la démocratie administrative semble se fondre dans la démocratie sanitaire.

La participation directe du patient à la décision de santé se révèle à travers deux formes, qui s'articulent entre elles.

La première se manifeste par l'obligation de respect de la volonté et du consentement libre et éclairé du patient pour tous les actes médicaux – de prévention, de diagnostic, de convenances personnelles⁶¹ – et traitements. L'article L 1111-4 du code de santé publique dispose en effet que : « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix [...] 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'exigence de consentement préalable du patient en matière médicale a été dégagée par la jurisprudence⁶² et consacrée par la suite dans de nombreux textes internationaux et nationaux⁶³. La loi du 4 mars 2002 reprend cette exigence en la complétant d'une disposition nouvelle : la possibilité de retirer son consentement à tout moment⁶⁴ et en

59. La participation est traditionnellement employée dans la doctrine administrativiste au sujet des participations collectives aux décisions. Dans la mesure où la démocratie sanitaire en tant que concept dispositif (présent dans la loi du 4 mars 2002) vise bien la prise en compte du consentement et du pouvoir de décision du patient dans la décision de santé le concernant, la notion de participation paraît ici également justifiée.

60. La condition de validité est entendue ici au sens formel, il s'agit de la règle de production d'une norme. Voir sur ce point Pfersmann (Otto), « Hiérarchie des normes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 779-783.

61. Comme les actes de chirurgie esthétique.

62. Cass. req., 28 janv. 1942, *DC* 1942, p 63 ; *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177 ; CA Douai, 10 juill. 1946, D. 1946, p. 351. Par ailleurs le Conseil d'État a reconnu le consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 CJA : CE, réf. 16 août 2002, *Mme Valérie F. et Mme Isabelle*, F.D 2002. IR 2581, obs. Monteclerc.

63. Voir par exemple, sur un plan international : la convention dite d'Oviedo de 1997, art. 5 « une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'à après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé » ou la charte des droits fondamentaux art. 3 « dans le cadre de la médecine et de la biologie, doit notamment être respectée le consentement libre et éclairé de la personne. En droit interne : l'article 16-3 du code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994 (Loi n° 94-653, art. 3.) modifiée par celle du 27 juillet 1999 (Loi n° 99-641, art. 70) dispose que « 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 ».

64. Art. L. 1114-2 al. 3 ; voir aussi art. L. 1114-2 al. 5 à propos de l'examen clinique d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement.

consacrant un « consentement médié »⁶⁵ dans l'hypothèse où le malade serait hors d'état d'exprimer sa volonté (celui recueilli auprès notamment⁶⁶ de « la personne de confiance »)⁶⁷. La participation de cette dernière à la décision de santé du patient est néanmoins limitée : son rôle n'est que consultatif « ce qui en fait, au mieux un acteur en amont du processus décisionnel – mais non un décisionnaire »⁶⁸. La loi dite « Léonetti » du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie⁶⁹ créa par la suite un autre consentement médié, « la directive anticipée »⁷⁰ et précisa que le droit au refus de soin s'exerce également sur les traitements dispensés en fin de vie⁷¹.

Quoiqu'il en soit, ces formes de participation individuelle du patient engageant plus ou moins directement son consentement le place dans une position non de « décideur » mais d'« acceptant » ou de « refusant » de la décision concernant sa santé. Il y a bien déjà participation du patient mais elle semble intervenir au niveau de l'élaboration de l'acte, et non de son édicton.

Une étape considérable dans le degré de cette participation semble franchie avec la loi du 4 mars 2002⁷². En effet, le législateur double cette exigence de consentement, d'un pouvoir de décision du patient ; désormais : « 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. »⁷³. Ce saut qualitatif de l'implication du patient dans la décision de santé semble confirmé par les travaux parlementaires. Comme l'affirme le ministre de la santé à l'initiative de ce projet de loi, Bernard Kouchner : « le consentement ne doit plus être l'acceptation passive d'une décision prise par un autre. Il doit devenir l'expression d'une participation active du malade aux décisions qui le concernent, l'expression de responsabilité sur sa propre santé »⁷⁴.

C'est ainsi que la volonté du malade, son consentement libre et éclairé deviennent une condition de validité de la décision médicale : le patient ne se contente plus d'accepter ou de refuser le soin proposé, il « prend la décision concernant sa santé ».

Le patient devient « un véritable acteur de sa santé, partenaire des professionnels »⁷⁵ et un « auteur » de la décision concernant sa santé : il ne participe plus seulement à son

65. Voir sur l'utilisation de cette formule et les développements très éclairants concernant l'encadrement juridique du consentement du patient : Hennette-Vauche (Stéphanie), *Le droit de la bioéthique*, Paris, Édition La découverte, 2009, p. 31-46. Pour une approche générale et critique du concept de consentement en droit médical, voir par ailleurs : Gigon (Éléonore), *Le concept de consentement à l'épreuve du droit de la bioéthique*, mémoire de master 2 recherche en droit public, sous la direction du professeur Otto Pfersmann, Université Paris I, dactyl., 2009, 117 p.

66. Le médecin pourra également consulter un membre de la famille ou un des proches du patient.

67. Art. L. 1111-4 al 4 : « 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 ».

68. Hennette-Vauche (Stéphanie), *op. cit.*, p. 37.

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

70. Article L 1111-11 CSP : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment ».

71. Article L 1111-10 CSP : « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale, d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin, respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de ses choix ».

72. Dans le même sens, voir l'analyse donnée par Racht Darfeuille (Véronique), « La démocratie sanitaire... ou quand la forme l'emporte sur le fondé », *op. cit.*, p. 26.

73. Article L 1111-4 CSP.

74. Kouchner (Bernard), *JOAN*, 3 octobre 2001, p. 5319.

75. Exposé des motifs de la loi du 4 mars 2002, p. 16.

élaboration, mais désormais aussi à son édicition. Le degré de participation du destinataire de la décision est ici poussé à l'extrême : l'usager de santé semble être habilité à produire ou coproduire ⁷⁶ la décision de santé le concernant.

Si cette participation accrue du patient aux décisions qui le concernent aura pour effet « souvent une amélioration de la qualité et de l'efficacité d'actes mieux assumés » ⁷⁷, dans le secteur public de la santé, la mise en œuvre de la démocratie sanitaire entraînera alors également une plus grande efficacité de l'action administrative exécutée à travers la personne du médecin, et constituera ainsi une application renforcée de la démocratie administrative ⁷⁸.

LA DÉMOCRATIE SANITAIRE DANS LE SECTEUR PUBLIC DE LA SANTÉ : UNE DÉMOCRATIE ADMINISTRATIVE RENFORCÉE

La démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé contribue à un approfondissement du phénomène de la démocratie administrative. En effet, l'implication renforcée du patient administré dans la décision de santé qui le concerne radicalise le mécanisme participatif de la démocratie administrative et accentue alors le rééquilibrage de la relation administrative. Les effets de cette « collaboration du patient à son propre destin sanitaire » semblent néanmoins devoir être nuancés au regard des limitations apportées à son pouvoir de décision.

Une démocratie administrative « absolue » ⁷⁹ ?

Les réformes successives de démocratisation de l'action administrative ont permis « la transformation du modèle classique de rapports avec les administrés, fondé sur la distance et l'autorité » ⁸⁰.

L'administré dispose désormais d'un « droit [...] à la parole » ⁸¹ dans le processus décisionnel : il a la possibilité d'exprimer son opinion au cours de l'élaboration des décisions par l'intermédiaire d'enquêtes, d'observations, de concertations, de référendum locaux...

Mais sa participation est limitée. L'administration, reste l'unique auteur des décisions administratives prises. Comme le rappelle en effet Grégory Houillon : « participer à l'élaboration d'une décision ne signifie pas participer à son édicition. La participation ne

76. De nombreuses études récentes portent sur la notion de coproduction. Voir pour un lien avec la notion de bonne administration : Boust (Rhita), *Essai sur la notion de bonne administration de la justice*, *op. cit.*, et tout spécialement le paragraphe 968.

77. Jouannet (Pierre), *op. cit.*, p. 12.

78. L'efficacité de l'action administrative est une finalité visée par la démocratie administrative. Grégory Houillon rappelle ainsi que pour le professeur Rivéro, « La compréhension de l'administré, voire sa participation, améliorent incontestablement le rapprochement et l'adéquation des volontés de l'Administration qui décide et de l'administré qui exécute » *in* Houillon (Grégory), « Jean Rivero, Démocratie et administration », *op. cit.*, p. 1063.

79. Selon l'expression du professeur Rivero citée plus loin.

80. Chevallier (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, p. 578.

81. Dumont (Gilles), *La citoyenneté administrative*, thèse de doctorat, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2002, p. 250.

porte donc pas atteinte à la dévolution des compétences »⁸². L'Administration continue alors de détenir le pouvoir de décider à titre exclusif de sorte que le caractère unilatéral de l'acte est préservé.

Avec la démocratie sanitaire, le point de gravité du pouvoir de décision semble déplacé, car « une étape supplémentaire [est franchie] dans le processus de rééquilibrage de la relation médicale »⁸³ : le patient est désormais habilité à prendre la décision de santé le concernant. Diane Roman note à juste titre qu'« il s'agit là moins de consentir que de décider »⁸⁴. En effet, la loi du 4 mars 2002 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 »⁸⁵. Si l'on soutient avec Maryse Deguegue que « la loi confère clairement un pouvoir de proposition au médecin et un pouvoir de décision au malade »⁸⁶, il faut alors en déduire, dans le secteur public hospitalier, que le pouvoir de décision n'est plus l'expression de la compétence exclusive de l'Administration, mais procède désormais d'une compétence partagée avec le patient. Le droit à la parole de l'administré a laissé la place au droit pour le patient de prendre une décision. La démocratie sanitaire porte le mécanisme participatif à un point tel que l'on peut se demander s'il ne conduit pas à renverser le principe de la démocratie administrative : ce n'est plus l'administré qui participe à la décision qui le concerne mais l'Administration, à travers la personne du médecin, qui participe à la décision concernant l'administré.

L'aménagement de la relation entre médecin et patient dans le secteur public de la santé implique alors, par la même occasion, le franchissement d'une étape supplémentaire dans la « refondation de la relation administrative »⁸⁷ : le rééquilibrage du rapport administration-administré visé par la démocratie administrative est ici renforcé.

Le déplacement du point de gravité du pouvoir de décision dans cette relation administrative implique alors un certain nombre de questions qui n'ont pas reçu à ce jour de réponse claire.

En effet, dans la mesure où la participation du patient administré à la décision de santé devient telle qu'il en est le producteur ou le coproducteur⁸⁸, cette décision perd elle son caractère unilatéral⁸⁹ ? Ou bien doit-on plutôt considérer que cette unilatéralité est

82. Grégory Houillon reprend et résume ici la définition que René Capitant donne à la participation en 1970 en expliquant que « participer à l'élaboration d'une décision ne signifie pas participer à son édicton. La participation ne porte donc pas atteinte à la dévolution des compétences. Ensuite, si l'acte unilatéral peut devenir matériellement négocié, il demeure formellement unilatéral avec les effets qui lui sont attachés, notamment au regard du régime qui s'attache à son application » in Houillon (Grégory), « Jean Rivero, Démocratie et administration, *op. cit.*, p. 1061. Gilles Dumont soutient également cette idée en affirmant que « la participation n'a pas pour effet de transférer aux administrés un pouvoir de décision mais efface en quelque sorte la décision elle-même » : Dumont (Gilles), *la citoyenneté administrative, op. cit.*, p. 278.

83. Racht Darfeuille (Véronique), *op. cit.*, p. 25.

84. Roman (Diane), « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2005, p. 425.

85. Art. L 1111-4 CSP.

86. Deguegue (Maryse), *op. cit.*, p. 511.

87. Chevallier (Jacques), *op. cit.*, p. 578.

88. La notion de producteur est ici entendue au sens employé par le professeur Pfersmann concernant les normes de production. Voir notamment, Pfersmann (Otto) « La constitution comme norme » in Favoreu (Louis) *et alii dir.*, *op. cit.*, p. 67 et s.

89. La question de l'influence de la participation de l'administré sur l'unilatéralité de l'acte administratif a été beaucoup analysée par la doctrine administrativiste. Pour une synthèse claire, voir Dumont (Gilles), *La citoyenneté administrative, op. cit.*, notamment p. 250 et s.

déplacée si l'on envisage le patient comme l'auteur exclusif de cet acte⁹⁰, qui deviendrait alors une décision privée⁹¹? Les travaux parlementaires semblent néanmoins permettre de soutenir l'hypothèse du contrat et donc d'une transformation de l'unilatéralité de la décision de santé⁹². La démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé réaliserait-elle alors une démocratisation de l'action administrative qui tendrait vers ce que Jean Rivero a qualifié de « démocratie absolue », celle qui irait « jusqu'à transférer de l'administrateur à l'administré le pouvoir de décision ou même à faire de celle-ci une codécision en substituant à l'acte unilatéral une sorte d'acte contractuel exigeant l'accord des deux parties »? Jean Rivero estime toutefois que « la démocratie n'aurait rien à y gagner. Son exigence première n'est pas le transfert à l'administré d'un pouvoir qu'il serait d'ailleurs hors d'état d'exercer, c'est la prise en compte et le respect par les détenteurs de ce pouvoir de celui qui est, en définitive, sa raison d'être »⁹³.

Néanmoins, il semble possible de douter de la nature contractuelle de cette décision de santé. En effet, peut-on raisonnablement soutenir que « l'acte est destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs »⁹⁴? Les coauteurs⁹⁵ de la décision de santé – le médecin et le patient – pourraient-ils alors être considérés comme les coauteurs d'un acte administratif unilatéral⁹⁶? Ou bien faut-il se ranger à la qualification de « codécision

90. Ce qui peut être envisagé au regard de la formulation de l'article L 1111-4 CSP : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé... les décisions concernant sa santé ». Voir en ce sens Lokiec (Pascal), « La décision médicale », *RTDC*, 2005, p. 642 et s.

91. Hypothèse qu'envisage également le professeur de droit privé Pascal Lokiec. Cet auteur explique en effet que « La loi précitée [celle du 4 mars 2002] déplace le centre d'attraction du droit médical du contrat vers la décision médicale » ; « La loi du 4 mars 2002 semble consacrer la décision du patient » in Lokiec (Pascal), « La décision médicale », *RTDC*, 2005, p. 643. Plus généralement, Pascal Lokiec tend à démontrer dans ses articles la place grandissante qu'occupe la décision en droit privé en dehors et dans les contrats, voir par exemple, l'éclairant article : « la décision et le droit privé », *Daloz*, 2008, p. 2295 : « Malgré la force de la logique contractuelle, l'unilatéralisme occupe une place non négligeable dans les rapports de droit privé ».

92. En effet, si la personne « prend les décisions concernant sa santé » c'est « avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit » aux termes de l'article L 1111-4 du code de santé publique. B. Kouchner affirme ainsi lors de l'intervention à la troisième séance du 4 octobre 2001 devant l'assemblée nationale : « le texte qui est soumis à votre examen vise à adapter le système de soins français au monde moderne en privilégiant les relations contractuelles ». L'expression retenue a fait l'objet de vifs débats parlementaires à l'issue desquels l'expression « toute personne prend la décision » a été préférée à celle de « participe à la décision » à laquelle a été finalement rajouté : « avec le professionnel de santé ». Pascal Lokiec estime alors que « c'est par là même reconnaître la participation du médecin à la prise d'une décision dont l'auteur n'en reste pas moins le patient », avant néanmoins de conclure que « L'analyse de la décision médicale comme une co-décision permet ensuite de rendre compte de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, en vertu duquel le patient décide "avec" le médecin et d'après ses "préconisations" », Lokiec (Pascal), « La décision médicale », *RTDC*, 2005, p. 644.

93. Rivero (Jean), « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 150.

94. Chapus (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Édition Montchrétien, 2001, p. 492.

95. Il semblerait que l'interprétation en faveur de deux auteurs, le patient et le médecin, s'impose dans la mesure où le patient prend la décision certes, mais avec le professionnel de santé, ce dernier ne pouvant se voir imposer le choix d'un acte thérapeutique sur le fondement du principe d'indépendance médicale. Voir *supra*.

96. Cette position est tout à fait envisageable en reprenant la définition proposée par le professeur Belrhali : « la notion de coauteurs [qui] désigne les personnes juridiques ou les organes qui créent ensemble des effets juridiques de nature unilatérale. Autrement dit, la qualification de coauteurs désigne ceux qui agissent ensemble, sans créer de rapports de réciprocité. De plus pour l'acte, les coauteurs ne peuvent intervenir qu'en amont de son entrée en vigueur ». Ainsi, « seuls les participants à l'élaboration de l'acte qui ont un rôle déterminant peuvent être qualifiés de coauteurs ». Belrhali (Hafida), *Les coauteurs en droit administratif*, *LGDJ*, 2003, p. 8 et p. 70. Voir notamment pour une distinction utile entre co-auteurs d'un acte et simples participants à son élaboration, Eisenmann (Charles), *Cours de droit administratif*, *LGDJ*, 1982, tome I, p. 416 et s., cité par Belrhali (Hafida), *ibid.*, p. 75. Et pour une analyse de la participation de plusieurs sujets à l'édition d'acte administratif unilatéral, en revisitant le phénomène de « co-administration » identifié par

sion »⁹⁷ qui ne renvoie pourtant à aucune catégorie juridique existante des actes administratifs français ?

Si « les frontières de l'unilatéral et du contractuel ne sont ni très certaines, ni très imperméables »⁹⁸, pourrait-on alors reprendre ce que Gilles Dumont, notamment, avait imaginé au sujet d'actes adoptés à l'issue d'une procédure de participation et considérer que dans le secteur public de la santé « on a désormais recours à un mode contractuel d'adoption des actes unilatéraux »⁹⁹ ? D'autant que selon lui « même dans le cas où la collaboration est la plus poussée [...] elle n'aboutit pas juridiquement à un acte co-décidé mais à un classique acte administratif unilatéral dont l'auteur est l'administration compétente »¹⁰⁰.

En toute hypothèse, l'application de la démocratie sanitaire dans le cadre du colloque singulier entre médecin et patient à l'hôpital¹⁰¹ semble permettre d'interroger les contours de la démocratie administrative par le renforcement du mécanisme participatif ainsi adopté et ses effets sur la qualification de la décision produite. Il convient néanmoins de nuancer l'étendue du pouvoir de décision ainsi conféré au patient et donc la redistribution des pouvoirs ainsi constaté au sein de la relation administrative ; outre que dans les faits, c'est le plus souvent le médecin qui prend la décision de santé concernant son patient, certaines limites juridiques de cette compétence attribuée au patient dans l'édition de la décision de santé sont à constater.

Une démocratie administrative « relative »

La participation du patient à la prise de décision de santé le concernant connaît un certain nombre de limitations qui relativisent les effets de la démocratie sanitaire sur la relation médicale et administrative dans le secteur public de la santé. En effet, qu'il s'agisse du droit au consentement préalable à tout acte médical – ainsi que son corollaire le droit de refuser un traitement – ou du pouvoir du patient de prendre les décisions de santé, ces modes de participation sont juridiquement limités. Le médecin pourra dans certains cas prendre seul et contre la volonté ou indépendamment de la volonté du patient, la décision de santé concernant ce dernier. Cette limitation peut être d'origine jurisprudentielle. Ainsi, en cas d'urgence vitale, le Conseil d'État, dans l'ordonnance rendue le 16 août 2002¹⁰², a affirmé que le recours à une transfusion sanguine ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le consentement à un

M. Hauriou, voir également Ferrari (P.), « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 215-229.

97. Cette notion de codécision qui se rencontre tout particulièrement en droit communautaire est très fréquemment utilisée dans la doctrine juridique au sujet de cette décision de santé. Voir par exemple dans la doctrine publiciste : Laude (Anne), Mathieu (Bertrand), Tabuteau (Didier), *Droit de la santé*, Paris, PUF, 2007, p. 352 « au-delà du pouvoir d'autonomie, la loi reconnaît au patient un véritable pouvoir de co-décision » ; et dans la doctrine privatiste : Lockiec (Pascal), « la décision médical », *op. cit.*, p. 644 : « L'analyse de la décision médicale comme une co-décision permet ensuite de rendre compte de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, en vertu duquel le patient décide « avec » le médecin et d'après ses « préconisations », ou encore celle de Rachet Darfeuille (Véronique), *op. cit.*, p. 28 : « la co-décision thérapeutique qui est l'une des interprétations que l'on pourrait donner de l'article L 1111-4 CSP... ».

98. Bechillon (Denys), « Le contrat comme norme de droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15.

99. Dumont (Gilles), *op. cit.*, p. 279 : « ...formellement les actes pris restent bien unilatéraux, matériellement, il s'agit cependant d'actes négociés, voire tout simplement adoptés par le citoyens. Le principal bouleversement apporté par la participation tient donc à cette évanescence de la décision administrative ».

100. *Ibid.*, page 280.

101. Et en dehors de l'existence de certaines relations médicales libérales.

102. C.E, 16 août 2002, *Mme Valérie F. et Mme Isabelle*, *op. cit.*

traitement médical dès lors qu'il s'agit d'un acte indispensable à la survie du patient et proportionné à son état et que le médecin a mis tout en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables.

Cette position, qui a pu être qualifiée à juste titre d'interprétation *contra legem*¹⁰³, marque ainsi les limites de droit au refus de soin du patient majeur, capable et conscient, et comme l'affirme Annick Dorsner-Dolivet « cela peut conduire, en définitive, pour des interventions gravissimes, à conférer au médecin le pouvoir de décider à la place du patient »¹⁰⁴.

La limitation du pouvoir de décision du malade se manifeste également dans la loi dite Léonetti du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie¹⁰⁵, au sujet cette fois-ci des patients inconscients en fin de vie. En effet le nouvel article L. 1111-3 CSP dispose que « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable [...] est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autres objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médical et consulté la personne de confiance [...] La famille ou, à défaut un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. » Stéphanie Hennette-Vauchez note ainsi « qu'il faut prendre la mesure de ce qu'il s'agit ici d'une disposition qui, pour la première fois dans l'histoire du droit médical, consacre la possibilité d'une prise de décision médicale, indépendamment de tout consentement »¹⁰⁶. L'exigence de consentement ici est remplacée par l'avis de plusieurs médecins dans la procédure collégiale. « Le corps médical se retrouve *in fine* le seul acteur – ou en tous cas, l'acteur principal – du dispositif instauré par la loi ; la figure du patient, dans ce texte est celle d'un acteur passif ». La participation du patient à la prise de décision de santé de fin de vie est ici absente. Le médecin peut ainsi prendre une décision de limitation ou d'arrêt d'un traitement à la place du patient. Certes, la loi prévoit des consentements « médiés » (par la personne de confiance, la famille..., ainsi que les « directives anticipées »¹⁰⁷), mais il ne s'agit que de consultation ou de « souhait » ne constituant au final qu'un indice du consentement du patient¹⁰⁸.

Par ailleurs, le pouvoir de décision conféré au patient par le législateur de 2002 possède un champ d'application restreint : il ne porte que sur un ensemble de décisions proposées ou en tous les cas acceptées par le médecin. Le pouvoir du patient consiste en réalité à choisir une décision médicale parmi un ensemble possible d'actes thérapeutiques. En effet, un patient ne peut imposer à son médecin une certaine pratique médicale, ce dernier ne pouvant aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce

103. Voir notamment Hennette-Vauchez (Stéphanie), « Droits des patients et pouvoir médical quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie ? », in *La libre disposition de son corps*, Bruylant, droit et justice, 2009, p. 184.

104. Dorsner-Dolivet (Annick), « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *RFDA*, 2003, p. 534.

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

106. Hennette-Vauchez (Stéphanie), *op. cit.*, p. 191.

107. Ces directives créées par la loi Léonetti permettent au patient d'indiquer ses « souhaits relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement » (article L 1111611 CSP).

108. Voir par ailleurs la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit du malade en fin de vie de refuser un acharnement médical : Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. 2346/02 et l'article L. 1110-10 CSP : « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical ».

soit ; il est libre de ses prescriptions, qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance ¹⁰⁹. C'est ce qu'a décidé la Cour administrative de Lyon le 15 mai 2007 ¹¹⁰ lorsqu'elle affirme en effet que : « si l'obligation qui s'impose à titre général pour le médecin de respecter la volonté du malade l'empêche, sauf exception, de soumettre ce dernier à un traitement ou des examens contre la volonté éclairée librement exprimée de celui-ci, 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 ». Cet arrêt qui marque « les limites de cette démocratie sanitaire » ¹¹¹ fait ainsi primer le principe d'indépendance thérapeutique du médecin sur le pouvoir de décider du patient.

Enfin, l'état psychique ou certaines situations pénales peuvent justifier la disparition du pouvoir de décision de la personne concernant sa santé. Ces actes à la croisée de l'expression d'un pouvoir judiciaire ou administratif et du pouvoir médical concernent l'injonction aux soins des personnes « ayant fait un usage illicite de stupéfiants » ¹¹² ainsi que de celles ayant été condamnées pour infractions sexuelles ¹¹³ et l'hospitalisation sans consentement des personnes atteintes de troubles mentaux ¹¹⁴. Concernant ces derniers, il est à noter d'ailleurs que l'absence de prise en compte du consentement de la personne en hospitalisation à la demande d'un tiers, a été contestée très récemment par le Conseil Constitutionnel ¹¹⁵, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, quant à son application dans le temps ¹¹⁶.

En toute hypothèse, l'habilitation législative du patient à prendre les décisions concernant sa santé est dans un certain nombre de cas retirée au patient. Certes, la démocratisation de la santé prévoit quelques aménagements permettant la continuité d'un consentement – soit-il fictif – lorsque la personne est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté ; il n'en ressort pas moins que l'auteur de la décision reste bien souvent le médecin. Les effets de la démocratie sanitaire sur la relation administrative dans laquelle elle s'inscrit à l'hôpital concernant les décisions de santé individuelle semblent ainsi à relativiser. Le patient intervient de manière croissante dans la phase d'élaboration de la décision et de manière limitée dans la phase d'édiction. S'il est indéniable que la démocratie sanitaire renforce la démocratisation du pouvoir de l'administration dans le secteur public de la santé, la démocratie « absolue » que semble annoncer la loi du 4 mars 2002 redevient « relative » dans un certain nombre d'hypothèses.

109. Art. R. 4127-5 et art. R. 4127-8 issues du décret du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

110. CAA de Lyon 6^e ch., 15 mai 2007, n° 04LY00116 05LY00122.

111. Kolbert (Éric) « Faute médicale et volonté du malade en matière de responsabilité hospitalière », *AJDA*, 2007, p. 1470.

112. Art. L 3413-3 CSP.

113. Art. L 3423-1 CSP.

114. Art. L 3212-1 CSP.

115. Décision n° 2010-71, QPC du 26 novembre 2010.

116. En effet, le Conseil Constitutionnel a rendu le 26 novembre 2010 une décision, suite à une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, portant sur la conformité à la Constitution de certains articles de la loi du 27 juin 1990 dite loi « Évin » encadrant le régime des hospitalisations sans consentement. Il a rappelé à cette occasion que les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent bien l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération mais a déclaré que, en prévoyant une hospitalisation à la demande d'un tiers qui peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, l'article L 337 CSP issue de la loi Evin devenu L3212-7 CSP, était contraire à l'article 66 de la Constitution.