



## **UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE**

### **ED de droit**

Laboratoire de rattachement : Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS)

### **THÈSE**

Pour l'obtention du titre de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement

le 11 mars 2024 par

**Rébecca Demoule**

### **Le consentement en droit des personnes**

#### ***Une approche critique***

**Sous la direction de Mme Anne-Marie LEROYER**

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

#### **Membre du Jury**

**Madame Géraldine Aïdan**

Chargée de recherches au CNRS, CERSA, UMR 7106

**Monsieur François Chénéde**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Rapporteur

**Madame Muriel Fabre-Magnan**

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Présidente

**Madame Dominique Fenouillet**

Professeure à l'Université Panthéon-Assas

**Madame Stéphanie Hennette-Vauchez**

Professeure à l'Université Paris Nanterre, Rapporteuse



**UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE**  
**ED de droit**

Laboratoire de rattachement : Institut de recherche juridique de la  
Sorbonne (IRJS)

**THÈSE**

Pour l'obtention du titre de Docteur en droit  
Présentée et soutenue publiquement  
le 11 mars 2024 par  
**Rébecca Demoule**

**Le consentement en droit des personnes**  
***Une approche critique***

**Sous la direction de Mme Anne-Marie LEROYER**

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Membre du Jury**

**Madame Géraldine Aïdan**

Chargée de recherches au CNRS, CERSA, UMR 7106

**Monsieur François Chénédé**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Rapporteur

**Madame Muriel Fabre-Magnan**

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Présidente

**Madame Dominique Fenouillet**

Professeure à l'Université Panthéon-Assas

**Madame Stéphanie Hennette-Vauchez**

Professeure à l'Université Paris Nanterre, Rapporteur



*L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur autrice.*

Cette thèse a été financée par un contrat doctoral avec mission d'enseignement par l'École doctorale de droit de la Sorbonne et l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne entre septembre 2019 et février 2023.

Une bourse de l'Office allemand d'échanges universitaires (DAAD) a financé mon séjour de recherche au *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* en mars et avril 2021.

Une bourse du Centre interdisciplinaire d'études et de recherches sur l'Allemagne (CIERA) a financé mon séjour de recherche au Centre Marc Bloch en avril 2023.



## REMERCIEMENTS

Ces années de thèse ont été heureuses, formatrices et libératrices. Je les dois à celles et ceux qui m'ont entourée.

Ma profonde et sincère reconnaissance va en premier lieu à Anne-Marie Leroyer, ma directrice de thèse. La grande liberté scientifique qu'elle m'a laissée et son exigence pédagogique m'ont formée et émancipée. Son accompagnement, chaleureux et énergique, n'a jamais cessé au cours de ces quatre ans et demi.

J'adresse ensuite tous mes remerciements à celles et ceux qui me font l'honneur de siéger dans le jury de cette thèse et qui ont pris le temps de lire et d'évaluer mes travaux : Géraldine Aïdan, François Chénéde, Muriel Fabre-Magnan, Dominique Fenouillet et Stéphanie Hennette-Vauche.

Les deux mois passés au *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* en 2021 ont été d'une grande importance dans l'écriture de ma thèse. Grâce à toute l'équipe du centre, ainsi qu'aux doctorantes et doctorants invités, ce séjour a été fructueux et agréable, malgré les circonstances sanitaires.

Mon séjour de recherche au Centre Marc Bloch en avril 2023 a permis des discussions et une ouverture auxquelles j'aspirais. Puissent les membres du centre trouver ici le témoignage de ma gratitude.

Je remercie les nombreux chercheuses et chercheurs qui ont pris le temps d'échanger avec moi et m'ont conseillée et orientée au cours de mon doctorat, et plus généralement toutes les personnes qui m'ont aidée. Parmi elles et eux, j'adresse notamment mes remerciements à Pierre Brunet, Lisa Carayon, Muriel Fabre-Magnan, Frédéric Graber, Simone Kreutz, Yves-Marie Laithier, David Messner, Marc Pichard et Tim Wihl.

Mes remerciements vont ensuite tout particulièrement à mes amies et amis doctorants qui ont relu des parties de cette thèse : Victor, Martin, Ingrid, Marie et Doriane ; ils vont également à Tatiana, pour toute son aide. Les remercier pour leur travail ne suffirait à témoigner toute mon amitié et ma reconnaissance.

Ces années m'ont également fait découvrir les liens précieux nés de l'adelphité de thèse. Merci à Martin, dont la présence et le soutien quotidiens, tout comme nos échanges, me sont particulièrement chers, à Émeline, à Clara, Julie, Tannaz et Wang, notamment (mais pas seulement) pour leur aide indispensable dans les dernières semaines d'écriture, ainsi qu'à Maïté et Jérémy, pour leurs conseils chaleureux, et à Sophie, pour son soutien.

Mes amies et amis de thèse ont rendu les jours de travail joyeux et solidaires à l'Espace Tunc et au-delà. Il est difficile de réussir à rendre compte de mon amitié et à exprimer ici ma gratitude pour tous les moments que nous avons passés ensemble.

Je ne peux enfin aborder les pages qui suivent sans penser à celles et ceux qui m'accompagnent chaque jour et dont le soutien est incommensurable, en particulier mes amies et amis de Paris, de Strasbourg, de Berlin et d'ailleurs, ma mère, mon père et Natacha, Pierre.



# ABRÉVIATIONS

## A

|                   |                                                            |
|-------------------|------------------------------------------------------------|
| <b>act.</b>       | actualisation                                              |
| <b>AFDI</b>       | <i>Annuaire français de droit international</i>            |
| <b>AIJC</b>       | <i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i> |
| <b>AJ Contrat</b> | <i>Actualité juridique Contrat</i>                         |
| <b>AJ fam.</b>    | <i>Actualité juridique famille</i>                         |
| <b>AJ Pénal</b>   | <i>Actualité juridique pénal</i>                           |
| <b>AJCT</b>       | <i>Actualité juridique collectivités territoriales</i>     |
| <b>AJDA</b>       | <i>Actualité juridique droit administratif</i>             |
| <b>AJDI</b>       | <i>Actualité juridique droit immobilier</i>                |
| <b>al.</b>        | alinéa(s)                                                  |
| <b>AMM</b>        | Association médicale mondiale                              |
| <b>AMP</b>        | assistance médicale à la procréation                       |
| <b>anc.</b>       | ancien(s)                                                  |
| <b>art.</b>       | article(s)                                                 |
| <b>ASE</b>        | Aide sociale à l'enfance                                   |
| <b>avr.</b>       | avril                                                      |

## B

|                |                                                                                                                           |
|----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>BGB</b>     | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>                                                                                            |
| <b>BGH</b>     | <i>Bundesgerichtshof</i> (Cour fédérale de justice)                                                                       |
| <b>BGHSt</b>   | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> (Décisions de la Cour fédérale de justice en matière pénale) |
| <b>BGHZ</b>    | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> (Décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile) |
| <b>BVerfG</b>  | <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Cour constitutionnelle fédérale)                                                         |
| <b>BVerfGE</b> | <i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale)                     |
| <b>BVerwG</b>  | Cour fédérale administrative                                                                                              |
| <b>BVerwGE</b> | <i>Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts</i> (Décisions de la Cour fédérale administrative)                        |

## C

|                       |                                          |
|-----------------------|------------------------------------------|
| <b>c.</b>             | contre                                   |
| <b>C. assur.</b>      | Code des assurances                      |
| <b>C. civ.</b>        | Code civil                               |
| <b>C. consom.</b>     | Code de la consommation                  |
| <b>C. déont. méd.</b> | Code de déontologie médicale             |
| <b>C. éduc.</b>       | Code de l'éducation                      |
| <b>C. pén.</b>        | Code pénal                               |
| <b>C. pénit.</b>      | Code pénitentiaire                       |
| <b>C. trav.</b>       | Code du travail                          |
| <b>CA</b>             | Cour d'appel                             |
| <b>CAA</b>            | Cour administrative d'appel              |
| <b>Cah. Just</b>      | <i>Cahiers de la justice (Les)</i>       |
| <b>CASF</b>           | Code de l'action sociale et des familles |
| <b>Cass.</b>          | Cour de cassation                        |
| <b>Cass. AP</b>       | Cour de cassation, assemblée plénière    |



|                                 |                                                                                                                                                        |
|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Cass. 1<sup>re</sup> civ</b> | Cour de cassation, première chambre civile                                                                                                             |
| <b>Cass. 2<sup>e</sup> civ.</b> | Cour de cassation, deuxième chambre civile                                                                                                             |
| <b>Cass. civ.</b>               | Cour de cassation, chambre civile                                                                                                                      |
| <b>Cass. crim.</b>              | Cour de cassation, chambre criminelle                                                                                                                  |
| <b>Cass. req.</b>               | Cour de cassation, chambre des requêtes                                                                                                                |
| <b>CCNE</b>                     | Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé                                                                       |
| <b>CDE</b>                      | <i>Cahiers de droit européen</i>                                                                                                                       |
| <b>CE</b>                       | Conseil d'État                                                                                                                                         |
| <b>CEDH</b>                     | Cour européenne des droits de l'homme                                                                                                                  |
| <b>CEPD</b>                     | Comité européen de la protection des données                                                                                                           |
| <b>CESE</b>                     | Conseil Économique Social et Environnemental                                                                                                           |
| <b>CESEDA</b>                   | Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile                                                                                        |
| <b>CGLPL</b>                    | Contrôleur général des lieux de privation de liberté                                                                                                   |
| <b>chap.</b>                    | chapitre                                                                                                                                               |
| <b>chron.</b>                   | chronique                                                                                                                                              |
| <b>CIDE</b>                     | Convention internationale des droits de l'enfant                                                                                                       |
| <b>CIVISE</b>                   | Commission Indépendante sur l'Inceste et les Violences Sexuelles faites aux Enfants                                                                    |
| <b>CJUE</b>                     | Cour de justice de l'Union européenne                                                                                                                  |
| <b>CNAOP</b>                    | Conseil national pour l'accès aux origines personnelles                                                                                                |
| <b>CNCDH</b>                    | Commission nationale consultative des droits de l'homme                                                                                                |
| <b>CNIL</b>                     | Commission nationale de l'informatique et des libertés                                                                                                 |
| <b>CNOM</b>                     | Conseil national de l'ordre des médecins                                                                                                               |
| <b>CNPE</b>                     | Conseil national de la protection de l'enfance                                                                                                         |
| <b>CNS</b>                      | Conseil national du sida et des hépatites virales                                                                                                      |
| <b>comm.</b>                    | commentaire                                                                                                                                            |
| <b>Comm. com. électr.</b>       | <i>Communication - Commerce électronique</i>                                                                                                           |
| <b>comp.</b>                    | comparez                                                                                                                                               |
| <b>cons.</b>                    | considérant                                                                                                                                            |
| <b>Contrats, conc. consom</b>   | <i>Contrats, concurrence, consommation</i>                                                                                                             |
| <b>Cons. const.</b>             | Conseil constitutionnel                                                                                                                                |
| <b>const.</b>                   | Constitution                                                                                                                                           |
| <b>ConvEDH</b>                  | Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales                                                                           |
| <b>CPC</b>                      | Code de procédure civile                                                                                                                               |
| <b>CPP</b>                      | Code de procédure pénale                                                                                                                               |
| <b>CSP</b>                      | Code de la santé publique                                                                                                                              |
| <b>D</b>                        |                                                                                                                                                        |
| <b>D.</b>                       | décret                                                                                                                                                 |
| <b>D.</b>                       | <i>Recueil Dalloz</i>                                                                                                                                  |
| <b>DC</b>                       | Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées (décisions du Conseil constitutionnel) |
| <b>déc.</b>                     | décembre                                                                                                                                               |
| <b>Déf. droits</b>              | Défenseur des droits                                                                                                                                   |
| <b>Délib.</b>                   | Délibération                                                                                                                                           |
| <b>DH</b>                       | <i>Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence en matière civile, commerciale, administrative et de droit public</i>                                 |
| <b>Dir.</b>                     | directive                                                                                                                                              |

|                                 |                                                                                                 |
|---------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>dir.</b>                     | sous la direction de                                                                            |
| <b>doctr.</b>                   | doctrine                                                                                        |
| <b>DP</b>                       | <i>Dalloz Jurisprudence générale</i>                                                            |
| <b>Dr. &amp; patr.</b>          | <i>Droit &amp; patrimoine</i>                                                                   |
| <b>Dr. Adm</b>                  | <i>Droit administratif</i>                                                                      |
| <b>Dr. famille</b>              | <i>Droit de la famille</i>                                                                      |
| <b>Dr. pén</b>                  | <i>Droit pénal</i>                                                                              |
| <b>Dr. soc.</b>                 | <i>Droit social</i>                                                                             |
| <b>E</b>                        |                                                                                                 |
| <b>éd.</b>                      | édition                                                                                         |
| <b>EHPAD</b>                    | établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes                                    |
| <b>ex.</b>                      | exemple                                                                                         |
| <b>F</b>                        |                                                                                                 |
| <b>févr.</b>                    | février                                                                                         |
| <b>G</b>                        |                                                                                                 |
| <b>G29</b>                      | Groupe de l'article 29                                                                          |
| <b>G. C.</b>                    | Grande chambre (arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme)                             |
| <b>GADIP</b>                    | <i>Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>             |
| <b>GADS</b>                     | <i>Les grands arrêts du droit de la santé</i>                                                   |
| <b>GAJC</b>                     | <i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>                                             |
| <b>Gaz. Pal.</b>                | <i>Gazette du Palais</i>                                                                        |
| <b>GDCCE</b>                    | <i>Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes</i>                           |
| <b>GG</b>                       | Grundgesetz                                                                                     |
| <b>GREVIO</b>                   | Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique |
| <b>H</b>                        |                                                                                                 |
| <b>HCE</b>                      | Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes                                         |
| <b>I</b>                        |                                                                                                 |
| <b>ibid.</b>                    | <i>ibidem</i>                                                                                   |
| <b>IGÉSR</b>                    | Inspection générale de l'éducation, du sport et de la recherche                                 |
| <b>J</b>                        |                                                                                                 |
| <b>janv.</b>                    | janvier                                                                                         |
| <b>JCL</b>                      | <i>JurisClasseur</i>                                                                            |
| <b>JCL. Civil Code</b>          | <i>JurisClasseur Civil Code</i>                                                                 |
| <b>JCL. Droit international</b> | <i>JurisClasseur Droit international</i>                                                        |
| <b>JCL. Pénal Code</b>          | <i>JurisClasseur Pénal Code</i>                                                                 |
| <b>JCP</b>                      | <i>La Semaine Juridique</i>                                                                     |
| <b>JCP A</b>                    | <i>La Semaine Juridique, Édition Administration et collectivités territoriales</i>              |
| <b>JCP G</b>                    | <i>La Semaine Juridique, Édition générale</i>                                                   |
| <b>JCP N</b>                    | <i>La Semaine Juridique, Édition Notariale</i>                                                  |
| <b>JDI</b>                      | <i>Journal de droit international (anciennement Clunet)</i>                                     |
| <b>JOAN</b>                     | Journal officiel de la République française - Informations parlementaires, Assemblée nationale  |
| <b>JO Sénat</b>                 | Journal officiel de la République française - Informations parlementaires, Sénat                |
| <b>juill.</b>                   | juillet                                                                                         |

## L

|                  |                                                                                                                           |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>L.</b>        | loi                                                                                                                       |
| <b>LEFP</b>      | <i>L'Essentiel droit de la famille et des personnes</i>                                                                   |
| <b>LIL</b>       | Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « Informatique et Libertés » |
| <b>loc. cit.</b> | <i>loco citato</i>                                                                                                        |
| <b>LPA</b>       | <i>Petites affiches (Les)</i>                                                                                             |

## N

|             |                                                          |
|-------------|----------------------------------------------------------|
| <b>N3C</b>  | <i>Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel (Les)</i> |
| <b>n°</b>   | numéro                                                   |
| <b>nov.</b> | novembre                                                 |

## O

|                 |                                                             |
|-----------------|-------------------------------------------------------------|
| <b>obs.</b>     | observations                                                |
| <b>OCDE</b>     | Organisation de coopération et de développement économiques |
| <b>oct.</b>     | octobre                                                     |
| <b>ONPE</b>     | Observatoire national de la protection de l'enfance         |
| <b>ONU</b>      | Organisation des Nations unies                              |
| <b>op. cit.</b> | <i>opus citatum</i>                                         |
| <b>Ord.</b>     | ordonnance                                                  |

## P

|                |                                        |
|----------------|----------------------------------------|
| <b>PACS</b>    | Pacte civil de solidarité              |
| <b>par ex.</b> | par exemple                            |
| <b>préf.</b>   | préface de                             |
| <b>PUAM</b>    | Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| <b>Puf</b>     | Presses universitaires de France       |

## Q

|            |                                            |
|------------|--------------------------------------------|
| <b>QPC</b> | Question prioritaire de constitutionnalité |
|------------|--------------------------------------------|

## R

|                                       |                                                                                   |
|---------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| <b>RDC</b>                            | <i>Revue des contrats</i>                                                         |
| <b>RDP</b>                            | <i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger</i> |
| <b>RDSS</b>                           | <i>Revue de droit sanitaire et social</i>                                         |
| <b>Rép. civ. Dalloz</b>               | <i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>                                           |
| <b>Rép. cont. Adm. Dalloz</b>         | <i>Répertoire de contentieux administratif Dalloz</i>                             |
| <b>Rép. internat. Dalloz</b>          | <i>Répertoire de droit international Dalloz</i>                                   |
| <b>Rép. pén. Dalloz</b>               | <i>Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz</i>                    |
| <b>Rép. pr. civ. Dalloz</b>           | <i>Répertoire de procédure civile Dalloz</i>                                      |
| <b>Rép. resp. puiss. publ. Dalloz</b> | <i>Répertoire de la responsabilité de la puissance publique Dalloz</i>            |
| <b>Resp. civ. et assur.</b>           | <i>Responsabilité civile et assurances</i>                                        |
| <b>Rev. crit. DIP</b>                 | <i>Revue critique de droit international privé</i>                                |
| <b>Rev. trav.</b>                     | <i>Revue de droit du travail</i>                                                  |
| <b>Rev. UE</b>                        | <i>Revue de l'Union européenne</i>                                                |
| <b>RFDA</b>                           | <i>Revue française de droit administratif</i>                                     |
| <b>RFDC</b>                           | <i>Revue française de droit constitutionnel</i>                                   |
| <b>RGDA</b>                           | <i>Revue générale du droit des assurances</i>                                     |

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>RGPD</b>     | Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) |
| <b>RJPF</b>     | <i>Revue Juridique Personnes et Famille</i>                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>RLDC</b>     | <i>Revue Lamy Droit Civil</i>                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>RRJ</b>      | <i>Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif</i>                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>RSC</b>      | <i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>RTD civ.</b> | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>RTD com.</b> | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>                                                                                                                                                                                                                                     |
| <b>RTD Eur.</b> | <i>Revue trimestrielle de droit européen</i>                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>RTDH</b>     | <i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>S</b>        |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>s.</b>       | suivant (e)(s)                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <b>sept.</b>    | septembre                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>spéc.</b>    | spécialement                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>StGB</b>     | <i>Strafgesetzbuch</i>                                                                                                                                                                                                                                                             |
| <b>T</b>        |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>t.</b>       | tome                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>TGI</b>      | Tribunal de grande instance                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>TJ</b>       | Tribunal judiciaire                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>trad.</b>    | traduction                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>V</b>        |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>v.</b>       | voir                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>v°</b>       | verbo                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>vol.</b>     | volume                                                                                                                                                                                                                                                                             |



## REMARQUES PRÉALABLES SUR LA RÉDACTION

Lorsque le recours à des termes épicènes ne sera pas possible, nous utiliserons le genre masculin. Il doit se lire de manière neutre et son usage n'a aucune intention discriminatoire.

Les notes d'arrêt sont précisées dans la bibliographie figurant à la fin du manuscrit. Il en va de même des éventuels liens renvoyant vers les versions en ligne des documents.

Sauf précision contraire, les traductions sont les nôtres. Pour les traductions depuis le droit civil allemand, nous avons le plus possible essayé de prendre appui sur les travaux existants, en particulier la traduction française du BGB<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. Lardeux, R. Legeais, M. Pedamon, C. Witz, *Code civil allemand. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, Paris : Dalloz, 2010.



# **SOMMAIRE**

*Une table des matières détaillée se trouve à la fin du manuscrit.*

## **Introduction**

### **Première partie**

#### **Le consentement comme phénomène politique**

##### **Titre 1 - Une norme idéologique**

Chapitre 1. Un libéralisme apparent

Chapitre 2. Un humanisme historique

##### **Titre 2 - Une norme fonctionnelle**

Chapitre 1. Garantir l'adhésion des individus

Chapitre 2. Assurer la stabilité des familles

### **Seconde partie**

#### **Le consentement comme réalité sociale**

##### **Titre 1 - L'impasse des théories générales**

Chapitre 1. L'attrait trompeur des théories civilistes

Chapitre 2. Les limites de l'analyse civiliste

##### **Titre 2 - L'issue des analyses de justice sociale**

Chapitre 1. Les consentements affectés par des inégalités sociales

Chapitre 2. Le consentement comme processus de reconnaissance

## **Conclusion**





*En mémoire de Rémi Kahn.*



## INTRODUCTION

« Je pense - je suis même certaine - que la Cour a très bien compris que le débat, dans ce dossier, [...] tourne autour du mot "consentement". »<sup>2</sup>

1. Une affiche brandie lors d'une manifestation féministe, affirmant que « le consentement ça s'apprend ». Un faux formulaire de vaccination circulant à l'été 2021 sur lequel on peut lire : « J'atteste avoir pris connaissance des informations citées ci-dessus et donner mon consentement éclairé. J'accepte de me faire vacciner en toute liberté avec le vaccin Moderna / Pfizer-BioNTech et décharge entièrement mon médecin de toute responsabilité civile et pénale concernant cette injection et ses possibles conséquences. »<sup>3</sup> Une étude historique sur les adoptions internationales illicites pointant le défaut de consentement des parents d'origine dans de nombreuses adoptions<sup>4</sup>. Force est de constater que le consentement a investi de nombreux aspects de notre vie. Il semble omniprésent, rattaché à des domaines qui paraissent pourtant radicalement différents. Les exemples s'enchaînent sans se ressembler et « l'enjeu du consentement »<sup>5</sup> s'étend aux violences gynécologiques, ou encore aux cookies mis en place sur des sites internet.

2. L'unité linguistique du consentement semble correspondre à une réalité commune en droit des personnes. Une femme déclare ainsi fin 2021 à un journaliste : « Je me bats tous les jours avec mes enfants pour leur apprendre ce qu'est le consentement. Je me bats contre le chantage à la maison. Et je ne me voyais pas répondre à ce chantage et aller me faire vacciner alors que je ne suis pas consentante. »<sup>6</sup> De même, la mobilisation contre les violences

---

<sup>2</sup> Le mercredi 3 mai 1978, Gisèle Halimi s'adresse en ces termes à la cour d'assises d'Aix-en-Provence chargée de se prononcer sur le viol d'Anne Tonglet et d'Araceli Castellano (Choisir la cause des femmes (éd.), *Viol : Le procès d'Aix-en-Provence : compte-rendu intégral des débats*, préf. Gisèle Halimi, Paris : Gallimard, 1978, p. 321).

<sup>3</sup> « Vaccination contre le Covid-19 : une fausse attestation de "consentement éclairé" circule sur les réseaux sociaux », *Radio France*, 2 juill. 2021, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceinfo/podcasts/le-vrai-du-faux/vaccination-contre-le-covid-19-une-fausse-attestation-de-consentement-eclairé-circule-sur-les-reseaux-sociaux-3893438> (consulté le 29 janv. 2024).

<sup>4</sup> Y. Denéchère, F. Macedo, *Étude historique sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France*, Université d'Angers, 2023.

<sup>5</sup> A. Jaunait, F. Matonti, « L'enjeu du consentement », *Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 5.

<sup>6</sup> R. Bonnant, « Covid 19. Vaccin, pass-sanitaire... Pourquoi s'obstinent-ils ? », *France 3 Régions*, 5 déc. 2021, en ligne : <https://france3-regions.francetvinfo.fr/bretagne/covid-19-vaccin-pass-sanitaire-pourquoi-s-obstinent-ils-2359336.html> (consulté le 29 janv. 2024) ; v. aussi S. Bandelier, C. Dressel, C. Lanier, A. Steger-Kicinski, « Retour sur le passe vaccinal : libre disposition de son corps et consentement aux soins », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2022.

gynécologiques s'est appuyée à la fois sur le consentement sexuel et le consentement médical<sup>7</sup>. L'usage des consentements s'inscrit dans la continuité d'une idée *du consentement*.

3. La question du consentement constitue ainsi sans conteste une préoccupation sociale majeure. Son appréhension par le grand public est indissociable du droit. En témoigne ce faux formulaire de consentement libre et éclairé à la vaccination, qui empruntait tous les codes du droit tant dans sa forme que dans son vocabulaire<sup>8</sup>. De même, l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données s'est accompagnée de nombreuses demandes de consentement de la part des responsables de traitement. Le consentement dans le domaine des données personnelles a ainsi été associé au texte européen<sup>9</sup>.

4. La lutte contre les violences sexuelles a particulièrement popularisé la question du consentement<sup>10</sup>. Il y navigue entre exigence juridique et morale. Très récemment, le recours au consentement pour définir le viol a encore fait l'objet de débats médiatisés<sup>11</sup> entre partisans d'une définition des violences sexuelles à partir du consentement d'un côté<sup>12</sup> et défenseurs de

---

<sup>7</sup> L. Quéré, « Lutttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 35, n° 1, 2016, p. 32.

<sup>8</sup> On pense aussi à une analyse du droit applicable au consentement à la vaccination, qui circulait également sur les réseaux sociaux, v. T. Saint-Cricq, « Non, une loi de 2002 sur le consentement des patients ne permet pas d'éviter les vaccins obligatoires », *AFP Factuel*, 1<sup>er</sup> déc. 2020, act. 2 déc. 2020, en ligne : <https://factuel.afp.com/non-une-loi-de-2002-sur-le-consentement-des-patients-ne-permet-pas-deviter-les-vaccins-obligatoires> (consulté le 29 janv. 2024).

<sup>9</sup> N. Metallinos, « Lignes directrices du G29 sur le consentement - Le RGPD apporte-t-il de réels changements sur la place du consentement ? », *Comm. com. électr.*, 2018, comm. 58 : « L'entrée en application le 25 mai 2018 du RGPD a pourtant été accompagnée d'une déferlante de demandes de recueil ou de confirmation du consentement des internautes, clients et abonnés à des lettres d'information invoquant l'obligation de se conformer aux exigences du RGPD. Une telle attitude dénote une certaine confusion des acteurs privés sur la portée des règles de consentement prévues par le RGPD. ». V. également A. Guiton, « Données personnelles : pourquoi Facebook et les autres annoncent-ils des mises à jour ? », *Libération*, 27 avr. 2018, en ligne : [https://www.liberation.fr/france/2018/04/27/donnees-personnelles-pourquoi-facebook-et-les-autres-annoncent-ils-des-mises-a-jour\\_1646316/](https://www.liberation.fr/france/2018/04/27/donnees-personnelles-pourquoi-facebook-et-les-autres-annoncent-ils-des-mises-a-jour_1646316/) (consulté le 29 janv. 2024).

<sup>10</sup> V. Springora, *Le consentement*, Paris : Bernard Grasset, 2020 ; M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021 ; « “Sans oui, c'est non” : La bataille du consentement. », *Radio France*, 8 oct. 2018, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/cultures-monde/sans-oui-c-est-non-la-bataille-du-consentement-4429757> (consulté le 31 janv. 2024) ; Anne Chemin, « Mariage religieux, mariage d'amour, libération sexuelle : les trois révolutions du consentement », *Le Monde*, 5 mars 2021, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/05/mariage-religieux-mariage-d-amour-liberation-sexuelle-les-trois-revolutions-du-consentement\\_6072030\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/05/mariage-religieux-mariage-d-amour-liberation-sexuelle-les-trois-revolutions-du-consentement_6072030_3232.html) (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>11</sup> Ce débat a lieu à la suite de deux événements concomitants : la publication en français d'un livre de la juriste américaine Catharine MacKinnon, qui s'oppose à la définition du viol à travers le critère de consentement (C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini : vers l'égalité, contre le consentement*, Paris : Flammarion-Climats, 2023) et une proposition de directive européenne qui qualifie le viol à partir du consentement (Proposition de directive sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée par la Commission le 9 mars 2022, art. 5).

<sup>12</sup> A. Darsonville, F. Lavallière, « Violences sexuelles : “La France doit inscrire le consentement au cœur de l'infraction de viol” », *Le Monde*, 22 nov. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/11/22/violences-sexuelles-la-france-doit-inscrire-le-consentement-au-c-ur-de-l-infraction-de-viol\\_6201653\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/11/22/violences-sexuelles-la-france-doit-inscrire-le-consentement-au-c-ur-de-l-infraction-de-viol_6201653_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024) ; Collectif, « Violences sexuelles : “Il

la conception de droit positif de l'autre<sup>13</sup>. Car, paradoxalement, là où le consentement occupe la place la plus notable dans le débat public, il n'existe pourtant pas dans la loi<sup>14</sup>.

5. L'appréhension du consentement en droit des personnes dans la société s'entrecroise ainsi perpétuellement avec le champ juridique en suscitant des incompréhensions respectives. Les mêmes questions reviennent perpétuellement : peut-on vraiment consentir ? Le droit est-il à même de saisir la volonté de la personne ?

6. Les juristes ne se désintéressent pas de la problématique du consentement en droit des personnes, bien au contraire. Ces dernières années ont ainsi donné lieu à de très nombreux travaux scientifiques sur le sujet<sup>15</sup>.

---

est urgent de redéfinir pénalement le viol, dont la définition, en France, présuppose un consentement implicite" », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/violences-sexuelles-il-est-urgent-de-redefinir-penalement-le-viol-dont-la-definition-en-france-presuppose-un-consentement-implicite\\_6205335\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/violences-sexuelles-il-est-urgent-de-redefinir-penalement-le-viol-dont-la-definition-en-france-presuppose-un-consentement-implicite_6205335_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024) (la tribune est rédigée par A. Defosse, M. Dostanic, C. Durrieu Diebolt, M. Hadji, Y. Le Ber, C. Le Magueresse, F. Pollet-Rouyer, E. Tuaillon-Hibon et C. Vincent) ; Collectif, « Définition du viol : "Les argumentaires juridiques byzantins donnent un sentiment de déconnexion totale avec la souffrance des victimes" », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/definition-du-viol-les-argumentaires-juridiques-byzantins-donnent-un-sentiment-de-deconnexion-totale-avec-la-souffrance-des-victimes\\_6205422\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/definition-du-viol-les-argumentaires-juridiques-byzantins-donnent-un-sentiment-de-deconnexion-totale-avec-la-souffrance-des-victimes_6205422_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024) (la tribune est signée par des députés européens membres de la majorité présidentielle). Dans un sondage Ifop pour Avaaz, 89 % des personnes interrogées souhaitent « que le gouvernement français soutienne aussi une loi qui définisse le viol comme un rapport sexuel sans consentement » (Ifop, Avaaz, « Les Français et la notion de consentement dans la définition juridique d'un viol », *Ifop*, nov. 2023, en ligne : <https://www.ifop.com/publication/les-francais-et-la-notion-de-consentement-dans-la-definition-juridique-dun-viol/> (consulté le 19 janv. 2024), p. 8).

<sup>13</sup> M. Garcia, « Manon Garcia, philosophe : "Croire qu'il suffit de définir le viol par le non-consentement pour y mettre fin est illusoire" », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/manon-garcia-philosophe-croire-qu-il-suffit-de-definir-le-viol-par-le-non-consentement-pour-y-mettre-fin-est-illusoire\\_6205429\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/manon-garcia-philosophe-croire-qu-il-suffit-de-definir-le-viol-par-le-non-consentement-pour-y-mettre-fin-est-illusoire_6205429_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024) ; N. Bastuck, « Définir le viol par l'absence de consentement serait "un recul" », *Le Point*, 27 nov. 2023, en ligne : [https://www.lepoint.fr/societe/definir-le-viol-par-l-absence-de-consentement-serait-un-recul-27-11-2023-2544703\\_23.php#11](https://www.lepoint.fr/societe/definir-le-viol-par-l-absence-de-consentement-serait-un-recul-27-11-2023-2544703_23.php#11) (consulté le 19 janv. 2024), avec les positions de deux avocates, Marie Dosé et Laure Heinrich.

<sup>14</sup> Les agressions sexuelles et les viols sont définis par référence à la violence, la contrainte, la menace et la surprise (C. pén., art. 222-22 et art. 222-23). Sur ce sujet, v. C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021.

<sup>15</sup> J. Mazaleigue-Labaste, M. Garcia, A.-D. Mornington (dir.), *Envers et revers du consentement*, Paris : Mare & Martin, 2023 ; L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.), *Consentement en droit public*, Paris : L'Harmattan, 2021 ; F. Davansant, A. Louis, I. Thumerel (dir.), *Le consentement : de l'intime au politique [actes du colloque pluridisciplinaire des 28 sept. 2021, 13 janv. 2022, 25 févr. 2022, Université du Littoral Côte d'Opale]*, Bayonne : Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023 ; « Le consentement », Deuxième journée des doctorants du CRJFC, Besançon, 4 oct. 2019 ; « Le consentement », Conférence des doctorants sous la présidence de Vincent Égéa, Aix-Marseille, 26 avril 2019 ; « Le consentement en droit privé : regards croisés en matière civile et pénale », Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris, 12 juin 2018 ; J.-M. Roy (dir.), *Le consentement*, Bertrange : Legitech, 2021 ; Dossier « La justice de l'intime », *Cah. Just.*, n° 4, 2021 ; v. déjà le dossier « La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs" », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, et *Droits*, vol. 49, n° 1, 2009.

En apparence, il semble pourtant étonnant que la doctrine<sup>16</sup> s'interroge sur le consentement. Ce dernier semble en effet bien connu en droit. Le consentement constitue un élément central de la théorie contractuelle, laquelle occupe une place de choix en droit civil<sup>17</sup>. De nombreuses règles relatives au consentement du contractant ont ainsi été développées<sup>18</sup>. Le contrat constituerait ainsi le berceau du consentement en droit. Il aurait essaimé à partir du champ contractuel vers d'autres domaines, comme la sphère politique ou familiale<sup>19</sup>. Cette extension du consentement vers le droit des personnes constituerait donc un nouveau défi pour le juriste, conduit hors des sentiers battus.

7. Une analyse transversale du consentement en droit des personnes n'a pourtant pas été menée jusqu'à présent. Maxence Christelle a bien proposé une étude transversale du consentement, mais elle est plus générale et n'examine donc pas la spécificité du consentement en droit des personnes<sup>20</sup>. Les autres travaux transversaux sont bien souvent collectifs et les contributions de chaque auteur demeurent fragmentées selon la thématique traitée<sup>21</sup>.

8. Encore faut-il convenir de ce que constitue le droit des personnes. Jusqu'ici, nous n'avons parlé des consentements que dans des domaines particuliers, en excluant par exemple le consentement en droit de la consommation. De fait, la plupart des consentements qui font débat aujourd'hui se situent dans un domaine bien particulier. L'acte médical, l'adoption, les relations sexuelles, les données personnelles, semblent en effet relever d'une logique commune, que nous désignons comme le droit des personnes.

9. Le droit des personnes n'est pourtant habituellement pas défini. Branche du droit spécifiquement française<sup>22</sup>, elle se laisse préciser par son contenu. Les manuels de droit des personnes abordent ainsi traditionnellement la distinction entre personnes physiques et

---

<sup>16</sup> V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004.

<sup>17</sup> V. *infra*, n° 423 et s.

<sup>18</sup> C. civ., art. 1129 et s.

<sup>19</sup> J. Mazaleigue-Labaste, M. Garcia, A.-D. Mornington (dir.), *Envers et revers du consentement*, Paris : Mare & Martin, 2023, p. 16 et s.

<sup>20</sup> M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique: contribution à une théorie émotivo-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014 ; M. Christelle, *Le consentement*, Paris : Que sais-je, 2023 ; voir aussi C. Lazaro, D. Le Métayer, « Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l'autonomie du sujet », *Revue juridique Thémis*, vol. 48, n° 3, 2015.

<sup>21</sup> Par ex. J. Mazaleigue-Labaste, M. Garcia, A.-D. Mornington (dir.), *Envers et revers du consentement*, Paris : Mare & Martin, 2023.

<sup>22</sup> V. *infra*, n° 506 et s. ; v. aussi F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023 p. 20, n° 7 ; J.-M. Bruguière, B. Gleize, *Droit des personnes*, Paris La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023, p. 9, n° 14.

personnes morales, pour laisser la seconde de côté bien rapidement - le droit des sociétés s'en occupera. Il définit l'existence de la personne physique et les bornes de sa personnalité. L'ouvrage s'attache traditionnellement à détailler ensuite les règles relatives à l'identification de la personne, comme la détermination de ses nom et prénom et de son sexe à l'état civil. Les droits de la personnalité font ensuite l'objet de développements qui distinguent entre protection de l'intégrité physique et morale de l'individu. L'examen du droit des personnes est traditionnellement achevé par les régimes de protection des majeurs et des mineurs<sup>23</sup>.

Les absents n'en sont que plus visibles : les liens familiaux sont laissés au droit de la famille, les données personnelles au droit du numérique et autres ouvrages spécialisés<sup>24</sup>, le droit de la santé aux ouvrages spécialisés, au droit bioéthique ou à la responsabilité médicale et le droit pénal, distinct du droit civil, en est exclu. Ainsi enfermé dans le droit civil et plus largement le droit privé, le droit des personnes n'a pas trouvé sa cohérence.

**10.** Le droit des personnes peut retrouver sa cohérence en étant défini comme les règles par lesquelles le droit régit les interactions par lesquelles les personnes physiques mènent leur propre vie. Comme l'a justement souligné Florence Bellivier, le droit des personnes est « un droit de la vie (biologique et sociale) »<sup>25</sup>.

**11.** Les questionnements actuels ont montré que le consentement avait un intérêt particulier pour ce qui concerne la personne humaine et nous le limiterons à ce champ.

Cela suppose d'abord d'en exclure les personnes morales. Si elles représentent l'autre versant de la personnalité juridique, elles ne participent pas du même type d'interactions en société et l'analogie avec les personnes physiques ne peut être poursuivie bien longtemps sous peine de perdre la cohérence du sujet. Si l'expression de la volonté des personnes morales ne peut être niée<sup>26</sup>, toute la spécificité du consentement des personnes morales a par ailleurs été tout à fait bien démontrée<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Pour des exemples sur ce découpage, v. par ex. A. Marais, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021 ; F. Jault-Seseke, P. Courbe, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022 ; J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2022 ; A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023 ; B. Teyssié, *Droit des personnes*, 25<sup>ème</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2023 ; P. Malaurie, N. Peterka, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 12<sup>e</sup> éd., Paris la Défense : LGDJ, 2022 .

<sup>24</sup> À l'exception notable du manuel de Florence Bellivier : F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023, p. 327 et s.

<sup>25</sup> F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023, p. 26.

<sup>26</sup> F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023, p. 32, n° 13.

<sup>27</sup> S. François, *Le consentement de la personne morale*, Paris La Défense : LGDJ, 2020.



Pour les mêmes raisons, nous excluons également les autres entités qui pourraient prétendre à la personnalité, comme les entités naturelles, les animaux, ou encore les machines<sup>28</sup>.

**12.** Le droit des personnes est un droit des interactions par lesquelles la personne mène sa propre vie. La vie se trouve en effet au cœur de la définition juridique de la personne physique, puisque la personnalité juridique de l'être humain commence à sa naissance et disparaît à son décès<sup>29</sup>. Le droit des personnes s'appuie sur les relations<sup>30</sup> nouées par une personne physique au sein de la société. L'interaction avec un tiers intègre la personne dans la sphère juridique : « l'altérité constitue la condition *sine qua non* de toute intervention du Droit »<sup>31</sup>. La personne renvoie ainsi originellement à son rôle social, dimension à laquelle s'est rattachée l'attention à sa matérialité et à son corps<sup>32</sup>.

**13.** Au croisement de ces deux logiques, le droit des personnes désigne plus précisément les règles encadrant la vie biologique, sociale et familiale des personnes<sup>33</sup>. Nous y incluons ainsi les dispositions sur le corps de la personne, celles encadrant son identité, le droit de la famille, ainsi que les dispositions relatives à la vie privée de l'individu. Le choix a été fait d'y rattacher le droit des données personnelles, à partir d'une lecture personnaliste<sup>34</sup>. Le droit des personnes

---

<sup>28</sup> V. par ex. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 45 et s. Les questions relatives à leur volonté ne doivent pas pour autant être sous-estimées. La possibilité du consentement d'une entité naturelle, faute de parole, devra être exclue. En revanche, la question paraît moins facilement solvable chez les animaux et les questionnements autour de la responsabilité des machines, comme l'intelligence artificielle, interrogent l'existence d'une forme de volonté.

<sup>29</sup> A. Marais, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021, p. 12 s., n° 11 et s. ; I. Gallmeister, Y. Favier, *Rép. civ. Dalloz*, v° « État et capacité des personnes », juill. 2023, act. janv. 2024, n° 41 et s. et n° 58 et s. ; v. C. civ., art. 318 et 725 et C. civ., art. 16-1-1 et art. 720.

<sup>30</sup> Sur ce sujet, v. entre autres la question de la théorie relationniste du droit : E. Jeuland, *Théorie relationniste du droit : de la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris : LGDJ, 2016 ; E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, n° 3, p. 455 ; E. Jeuland, J.-F. Braunstein, *Droit et relation: une approche comparative*, Paris : IRJS Éditions, 2018.

<sup>31</sup> S.-M. Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine: essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS Éditions, 2018, p. 165.

<sup>32</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 13 ; Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, vol. 100, n° 3, 1998, p. 85 ; S. Hennette-Vauchez, « Corpus Iuris : Jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit (1970-2007) », in *La tentation du corps : corporéité et sciences sociales*, D. Memmi, D. Guillo, O. Martin (dir.), Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2009, 2015.

<sup>33</sup> F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023, n° 11, p. 24 : « Le droit des personnes, tant physiques que morales, étant un droit de la vie (biologique et sociale), il est incommensurable à ce qu'il veut réglementer. ».

<sup>34</sup> On oppose traditionnellement la « thèse personnaliste » à la « thèse patrimoniale » (J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 100). Ces deux thèses s'opposent quant à la qualification des données personnelles comme biens ou comme éléments de la personnalité, ce qui a une influence sur leur régime (v. également E. Netter, *Numérique et grandes notions de droit privé : La personne, la propriété, le contrat*, Amiens : CEPISCA, Paris : Lextenso, 2019, p. 132 et s.). Le Conseil d'État estime dans son rapport annuel de 2014 que « la logique personnaliste et non patrimoniale [...] a toujours prévalu en Europe en matière de protection des données » (CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, p. 264 et 268). Quant au droit européen, selon Judith Rochfeld, « les textes européens ne tranchent pas et

ne sera pas limité à une branche du droit et nous inclurons dans notre étude le droit civil et les règles de procédure civile qui s'y rattachent, le droit pénal et la procédure pénale, mais aussi les dispositions relevant par exemple du Code de la santé publique ou encore du Code de l'action sociale et des familles.

**14.** La spécificité du droit des personnes tient ainsi à l'importante régulation par les pouvoirs publics qu'il suppose. De nombreuses dispositions encadrent la vie de la personne : son identité personnelle, son appartenance à une famille, la protection de son corps et de sa personnalité.

Le droit des personnes est ainsi un droit éminemment politique. Ce rôle joué par les pouvoirs publics a été analysé comme un moyen d'exercer un contrôle sur la place occupée par les individus au sein de la société. Les normes d'identification des individus constituent ainsi une manière d'assurer la pérennité de l'ordre social<sup>35</sup>. De même, les règles encadrant le rapport au corps de l'individu relèvent de ce qui a pu être désigné comme une biopolitique<sup>36</sup> ou un gouvernement des corps<sup>37</sup>.

**15.** Le droit des personnes a ainsi largement été construit comme un droit d'ordre public<sup>38</sup>. L'indisponibilité de l'état civil<sup>39</sup> et celle du corps<sup>40</sup> sont en effet présentées comme des principes juridiques fondamentaux. La Cour de cassation les a consacrées il y a trente ans et les mobilise depuis pour justifier la nullité des conventions de gestation pour autrui<sup>41</sup>. Le principe

---

tendent de concilier des objectifs assez antinomiques, jusque dans leur titre (protection des personnes / circulation des données). Mais la CJUE, en activant l'article 8 de la Charte, s'est bien fondée sur un droit fondamental de type personnaliste » (J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 101).

<sup>35</sup> D. Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. Terré, Paris : LGDJ, 2000, p. 139, n° 144.

<sup>36</sup> T. Lemke, *Biopolitique : une introduction*, trad. V. Deplaigne, Paris : Éditions EHESS, 2023.

<sup>37</sup> D. Fassin, D. Memmi (dir.), *Le gouvernement des corps*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004, 2015.

<sup>38</sup> P. Deumier, T. Revet, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : Puf, 2003, D. Alland, S. Rials (dir.), v° « Ordre public », p. 1119 ; J.-J. Lemouland, G. Piette, J. Hauser, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Ordre public et bonnes mœurs », févr. 2019, act. juin 2023, n° 1 : « tout ce que le législateur estime essentiel, à un moment donné, pour soit l'imposer, soit l'interdire ».

<sup>39</sup> Sur l'indisponibilité de la filiation : C. Labrusse-Riou, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Filiation : généralités », sept. 2009, act. juin 2023, n° 91 et n° 121. Sur le nom d'usage après le divorce : N. Dissaux, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Divorce : conséquences », oct. 2021, act. déc. 2022, n° 87 ; A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247.

<sup>40</sup> M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018 ; S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004 ; E. Terrier, J. Penneau, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Corps humain », avr. 2023, act. janv. 2024, n° 230.

<sup>41</sup> Cass. AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, publié : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042, publié : les dispositions de l'article 16-7 du Code civil « reposent sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, qui interdisent, sauf exceptions prévues par la loi, de

d'indisponibilité signifierait que « la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes »<sup>42</sup>. Il a pourtant été relevé que ces principes ne rendaient alors pas tout à fait compte de la réalité du droit<sup>43</sup> et cette critique n'a pas cessé depuis<sup>44</sup>. Il reste qu'en principe, la volonté individuelle devrait avoir une portée réduite dès lors qu'elle est exprimée relativement à son état civil et son corps. La construction d'un « modèle français de bioéthique »<sup>45</sup> s'en ferait l'écho, en consacrant une protection spécifique du corps de la personne autour d'un principe de dignité<sup>46</sup>. Le consentement, expression de la volonté, serait donc incompatible avec le droit des personnes. Élément du droit des contrats, il en serait d'autant plus exclu.

16. Cette exclusion semble pourtant, aux yeux de la doctrine, être remise en cause à travers la fondamentalisation du droit des personnes. La Cour européenne des droits de l'homme s'est en effet appuyée sur le droit au respect de la vie privée de la personne pour consacrer une sphère protégée. Elle a développé la protection d'une « vie privée personnelle » et d'une « vie privée sociale » des individus<sup>47</sup>. Les juges placent ainsi au premier plan l'« épanouissement personnel » de l'individu, ainsi que son autonomie personnelle<sup>48</sup>.

Ce dernier principe reflèterait supposément, aux yeux de nombre de juristes français, la place grandissante du consentement en droit des personnes. À partir d'un arrêt relatif aux relations sexuelles sado-masochistes, une partie de la doctrine française a associé le consentement de la

---

conclure une convention portant sur un élément du corps humain ou de disposer librement de sa qualité de père ou de mère » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., du 29 juin 1994, n° 92-13.563 ; A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, Paris : Puf, 2022, p. 762, n° 980.

<sup>42</sup> M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, p. 489 : « Dans son commentaire, M. Sériaux avait noté, à ce propos, qu'« hors du commerce » ne signifie pas « hors échanges commerciaux » mais « hors de toute transaction » : indisponible, ce qui signifie que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes. Il en avait conclu que tel est le sens exact et moderne du principe de l'indisponibilité du corps humain. C'est cette analyse - ou cette modernité - que l'Assemblée plénière vient de consacrer en invoquant expressément un tel principe. »

<sup>43</sup> *Ibid.* : « C'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est épanoui, comme celui de la liberté de la volonté, le principe de l'indisponibilité du corps, aussi faux que le précédent. ». Également *ibid.* : « il n'est pas exagéré de dire que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ainsi invoqué de manière si générale et solennelle, vient d'être singulièrement réactivé au point que l'on pourrait se demander si l'arrêt de l'Assemblée plénière ne remettra pas en cause les précédentes jurisprudences ».

<sup>44</sup> F. Melin, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Action d'état », janv. 2023, act. nov. 2023, n° 38 : « Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a longtemps été perçu comme absolu et indiscutable. Sa force s'est toutefois atténuée avec le temps [...] : l'état peut en effet être modifié et le principe de non-patrimonialité prend une place de plus en plus importante, à son détriment. »

<sup>45</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 27 et s.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 36 et s.

<sup>47</sup> J.-P. Marguénaud, *Rép. eur. Dalloz*, v° « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », oct. 2017, act. sept. 2023, n° 7 et s.

<sup>48</sup> H. Hurpy, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, préf. H. Sirel, Bruxelles : Bruylant, 2015.

personne à une conception libérale du droit des personnes de la part de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>49</sup>.

17. Le consentement se trouve ainsi au cœur d'une tension qui est produite par la nature profondément politique du droit des personnes. La volonté de l'individu est opposée aux règles impératives du droit des personnes mises en place par le législateur. Le droit des personnes serait un droit du statut qui, par l'accroissement de la place de la volonté individuelle, se contractualiserait<sup>50</sup>. Ce mouvement est bien souvent perçu comme un danger, celui du marché et de l'individualisme libéral. Dans ce cadre, on a pu opposer l'intervention de l'État et le rôle du consentement.

18. Le consentement renvoie en effet, en première intention, à l'appréhension juridique de la volonté<sup>51</sup>. Dans le vocabulaire courant, il désigne une autorisation, une acceptation, une adhésion, un accord ou un assentiment<sup>52</sup>. Étymologiquement, en effet, le terme « consentir » vient des mots latins *cum* et *sentire*, soit « être d'un même sentiment »<sup>53</sup>. En droit, il correspond *a minima* à la prise en compte de la volonté de l'individu sur le plan juridique et à ses interactions avec le monde extérieur.

19. En outre, les règles de droit encadrant le consentement supposent toujours une extériorisation de la volonté, recueillie par un tiers<sup>54</sup>. Le consentement occupe ainsi une place

---

<sup>49</sup> Par ex. M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J. Marguénaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, vol. n° 48, n° 2, 2008, p. 3.

<sup>50</sup> *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001 ; A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 51 ; S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.) *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence : PUAM, 2007.

<sup>51</sup> Sur les liens entre consentement et volonté, v. M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

<sup>52</sup> ATILF - CNRS & Université de Lorraine, *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, en ligne : <http://www.atilf.fr/tlfi>, v° « Consentement » ; Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>, v° « Consentement ».

<sup>53</sup> A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 23<sup>e</sup> éd., Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, v° « Consentir », t. 1, p. 858 ; M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotivo-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014.

<sup>54</sup> Le seul contre-exemple notable serait celui de la reconnaissance, lorsqu'elle est qualifiée d'engagement unilatéral de volonté (v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 879).

profondément relationnelle<sup>55</sup>. Elle se retrouve dans ses deux acceptions juridiques, entre manifestation d'une volonté individuelle et accord entre deux personnes<sup>56</sup>.

20. Cela n'est pas étonnant car la personne a longtemps été conçue à travers sa volonté : « la volonté apparaît comme le tout de la personne »<sup>57</sup>. Dans une conception de la personne comme âme et comme corps<sup>58</sup>, la volonté a longtemps représenté à elle-seule l'intériorité psychique de l'individu<sup>59</sup>. La volonté joue un rôle central pour la doctrine juridique car elle inscrit la personne dans le système juridique de deux manières différentes.

La volonté de la personne participe d'abord de sa prise en compte sur le plan juridique. La loi distinguait ainsi celles et ceux qui étaient en mesure d'exprimer leur volonté, et les autres, à travers la capacité. Le Code civil définit toujours la mesure de protection d'une personne à partir des entraves à l'expression de sa volonté<sup>60</sup>. En revanche, le déplacement de l'incapacité à la protection de majeurs est justifié par une attention croissante accordée à l'expression de la volonté de personnes vulnérables et leur autonomie<sup>61</sup>, malgré leur incompatibilité dans de nombreux cas<sup>62</sup>.

La volonté de la personne constitue également une source normative, notamment à travers les théories du contrat social<sup>63</sup>. Selon elles, l'ordre juridique trouverait son fondement dans la volonté des individus<sup>64</sup>. Le système politique représentatif s'appuie sur les volontés individuelles. De même, la création de normes individuelles résulterait de la volonté des personnes<sup>65</sup>, ce que le paradigme de l'autonomie de la volonté a longtemps véhiculé<sup>66</sup>.

---

<sup>55</sup> M. Christelle, *op. cit.*

<sup>56</sup> Le *Vocabulaire juridique* lui confère ainsi deux définitions principales : « l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit » et la volonté d'une personne, celle partie à l'accord ou l'auteur d'un acte unilatéral (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2020, v<sup>o</sup> « Consentement »).

<sup>57</sup> G. Aïdan, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022, p. 195

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 194 ; Y. Thomas, *loc. cit.*

<sup>59</sup> G. Aïdan, *op. cit.*, p. 197.

<sup>60</sup> C. civ., art. 425 : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. »

<sup>61</sup> F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Majeur protégé », févr. 2020, act. mai 2022, n<sup>o</sup> 2 : « l'autonomie et la volonté du majeur (plutôt que son intérêt) donnent, sous l'influence des droits et libertés fondamentaux [...], le nouveau cap [...] ».

<sup>62</sup> J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure : essai en droit privé*, préf. F. Violla, Paris : Dalloz, 2022, p. 153 et s.

<sup>63</sup> F. Rigaux, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Volonté », p. 247 : « la volonté générale comme fondement ultime de la normativité » ; M. Christelle, *op. cit.*, p. 251 (v. aussi p. 274), qui parle de « consentement populaire ».

<sup>64</sup> F. Rigaux, *loc. cit.*, p. 248 : « L'idée du contrat social est toutefois adéquate pour désigner une des deux composantes du fondement de tout système normatif, à savoir l'adhésion de la majorité de ses membres. »

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 248 : « le rôle des volontés humaines dans l'institution de normes particulières ».

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 249 ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2012, p. 142, n<sup>o</sup> 93 ; plus généralement, v. *infra*, n<sup>o</sup> 73.

**21.** Si le consentement occupe une place de choix, il n'est pourtant pas défini. Le droit des contrats ne s'y est lui-même pas risqué<sup>67</sup>. En droit des personnes, une approche substantielle en est bien souvent adoptée. Le consentement correspond ainsi à l'expression de la volonté de la personne reçue par le droit qui remplit certains critères et qui est par exemple libre et éclairée. De la même manière, Maxence Christelle, qui a consacré sa thèse au consentement en droit, en propose une définition à partir de son étymologie et l'applique ensuite à des domaines dans lesquels la loi n'utilise pas nécessairement ce terme<sup>68</sup>.

**22.** Ces appréhensions du consentement sont intéressantes et nécessaires. Toutefois, elles comportent un biais important à travers leur caractère profondément jusnaturaliste. Il s'agit en effet de déterminer à l'avance ce qui constitue ou non un vrai consentement, qui répondrait à des critères établis au prisme de l'éthique et de la philosophie.

Cette analyse empêche de voir le rôle que joue le consentement dans le système juridique. Certains consentements sont en effet exclus, parce qu'ils ne seraient pas de vrais consentements. Il en va par exemple du consentement donné dans des conditions où le refus de consentement peut être sanctionné, comme dans le domaine de la procédure pénale<sup>69</sup>. À l'inverse, certaines expressions de la volonté sont considérées comme des consentements, comme en matière de prostitution<sup>70</sup>. Or, la loi n'a pas été construite autour de l'exigence de la volonté de la personne dans ces hypothèses. Il s'agit davantage d'une reconstruction pour désigner les problématiques relatives à l'expression de la volonté.

**23.** Pour cette raison, nous partirons d'une approche formelle du consentement, entendu comme l'ensemble des exigences de consentement prévues explicitement par le droit français. Cette approche opère un choix positiviste dans sa méthodologie. Il ne s'agit pas de dire que parce que la loi prévoit une exigence de consentement, celle-ci serait nécessairement valide. Ce point de départ propose plutôt d'examiner le recours au terme de consentement, sans préjuger

---

<sup>67</sup> Et ce malgré la réforme du droit des contrats (L. n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). Sur le consentement dans la réforme, v. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 248 et s. ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : LexisNexis, 2018, p. 203 et s.

<sup>68</sup> M. Christelle, *op. cit.*

<sup>69</sup> V. *infra*, n° 271 et s..

<sup>70</sup> Par ex., M. Christelle, *op. cit.*, p. 741 et s.

de son bien-fondé. À cette fin, une liste des consentements en droit des personnes prévus par la loi a été établie et figure en annexe.

**24.** Il ressort de cette liste que de très nombreuses occurrences du consentement peuvent être trouvées en droit des personnes.

La définition de l'identité personnelle de la personne peut nécessiter son consentement, comme pour le changement de la mention de son sexe à l'état civil<sup>71</sup> ou pour la modification de l'état civil d'une personne mineure de plus treize ans<sup>72</sup>.

L'établissement des liens de filiation suppose dans certains cas le consentement des membres de la famille, comme pour l'adoption<sup>73</sup> ou l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur<sup>74</sup>. Le consentement des époux est nécessaire à leur mariage<sup>75</sup> et parfois à leur divorce<sup>76</sup>. Quant à la vie familiale, elle est régie à de nombreuses reprises par des consentements réciproques, entre époux<sup>77</sup> ou entre l'enfant et ses parents<sup>78</sup>.

Le corps de la personne participe de son existence, ce qui est remarquable en droit à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Le consentement occupe une place majeure au sein de la protection du corps de la personne. Le consentement de l'individu est ainsi nécessaire préalablement à toute atteinte à son intégrité physique<sup>79</sup>, aux actes et traitements médicaux le concernant<sup>80</sup>, à la recherche biomédicale dans laquelle il est impliqué<sup>81</sup>, au don d'éléments et produits de son corps<sup>82</sup>, à la procréation médicalement assistée dans laquelle il s'engage<sup>83</sup> ou à l'interruption volontaire de grossesse<sup>84</sup>. L'établissement des caractéristiques génétiques, éléments de définition de l'identité biologique de la personne, nécessite tout autant son consentement<sup>85</sup>. L'injonction de soins suppose le consentement de la personne<sup>86</sup> et le

---

<sup>71</sup> C. civ., art. 61-6.

<sup>72</sup> Par ex., C. civ., art. 22-11, 60, 61-3, 61-3-1.

<sup>73</sup> C. civ., art. 343-1 et 348 et s. ; CASF, art. L. 224-4 et s.

<sup>74</sup> C. civ., art. 342-10 s. et CPC, art. 1157-2 et s.

<sup>75</sup> C. civ., art. 146 et 180 et s.

<sup>76</sup> C. civ., art. 229 et s., spéc. art. 232 et CPC, art. 1099.

<sup>77</sup> C. civ., art. 215 et 220 ; pour le PACS, C. civ., art. 515-4.

<sup>78</sup> LIL, art. 45.

<sup>79</sup> C. civ., art. 16-3.

<sup>80</sup> CSP, art. L. 1111-4 et s.

<sup>81</sup> CSP, art. L. 1122-1-1 et C. pén., art. 223-8.

<sup>82</sup> CSP, art. L. 1211-2 et C. pén., art. 511-5. V. aussi les dispositions spéciales, par ex. sur le prélèvement de sang ou de ses composants (CSP, art. L. 1221-3), sur le don d'organes sur une personne vivante (CSP, art. L. 1231-1 et C. pén., art. 511-3), sur le prélèvement de tissus ou de cellules (CSP, art. L. 1241-1) ou sur le don de gamètes (CSP, art. L. 1244-2 et C. pén., art. 511-6).

<sup>83</sup> CSP, art. L. 2141-2 et s.

<sup>84</sup> C. pén., 223-10.

<sup>85</sup> C. pén., 226-27.

<sup>86</sup> Par ex., C. pén., art. 131-36-4.

consentement est spécifiquement exclu, dans certains cas, pour procéder à des soins psychiatriques<sup>87</sup>.

La vie morale et psychique de la personne suppose également son consentement dans de nombreux domaines, dans le but de protéger sa personnalité. Les atteintes à la vie privée sont ainsi caractérisées en l'absence du consentement de la personne<sup>88</sup>. Plus récemment, le développement des données personnelles a justifié leur protection en droit interne<sup>89</sup> et en droit européen<sup>90</sup>.

**25.** Le droit des majeurs protégés fait ressortir la spécificité du consentement qui concerne la vie personnelle d'un individu. Le Code civil liste ainsi « des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel », parmi lesquels des actes relatifs à l'établissement du lien de filiation et à la vie familiale<sup>91</sup>.

**26.** Pour autant, le choix a été fait d'exclure de notre étude les règles relatives au consentement du majeur protégé et du mineur. Le choix pourra étonner le lecteur et nous souhaiterions le justifier plus amplement.

Tout d'abord, notre recherche porte sur les cas dans lesquels le consentement est exigé par la loi. Or, dans les deux hypothèses précitées, les personnes sont estimées ne pas pouvoir apporter pleinement leur consentement. Il s'agit donc de cas limites, qui correspondent bien souvent à des hypothèses dans lesquelles la loi n'impose pas le recueil du consentement. L'objet de notre recherche est différent.

Nous avons en outre constaté que la plupart du temps, le consentement était étudié en droit à partir de cas limites. Il en va ainsi du consentement du majeur protégé ou des hypothèses, en général, dans lesquelles une personne ne peut pas exprimer son consentement. Il est certain que ces problématiques doivent être saisies par le droit car elles constituent une question d'actualité, au regard notamment du vieillissement de la population. Pour ne prendre qu'un exemple, le consentement à la vaccination des personnes âgées a ainsi été l'occasion de nombreuses discussions<sup>92</sup>. Si cette attention à ces cas limites est salutaire, elle occulte la réalité de tous les

---

<sup>87</sup> CSP, art. L. 3212-1 et s.

<sup>88</sup> C. pén., art. 226-1, 226-3-1 et 226-8.

<sup>89</sup> LIL, art. 5, 75, 82, 85 et 124 ; C. pén., art. 226-19 et 226-19-1.

<sup>90</sup> Par ex., RGPD, art. 4, 6 et 7.

<sup>91</sup> C. civ., art. 458 al. 2 : « Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

<sup>92</sup> Par ex. Académie nationale de médecine, *Quel consentement à la vaccination contre la Covid-19 pour les personnes âgées résidant en établissements ?*, 24 déc. 2020 ; D. Messenger, « Vaccination : comment s'assure-t-on



autres consentements. Il y a en effet le présupposé implicite que les autres consentements ordinaires ne poseraient aucune difficulté. Pour autant, les problématiques que nous avons soulevées, comme les violences sexuelles, les actes médicaux, l'adoption ou les données personnelles, soulignent qu'il n'en est rien. Prenant le contrepied de ces approches, nous avons donc choisi de considérer ces consentements comme des problématiques juridiques centrales.

Enfin, il faut convenir de la spécificité de ces problématiques. Elles supposent de s'attacher à des études pratiques sur les cas bien différents dans lesquels une personne ne peut pas exprimer sa volonté ou encore sur l'accompagnement des personnes. Ne souhaitant pas sous-estimer l'importance de ces questions, nous avons préféré les laisser à d'autres travaux de recherche.

**27.** En nous attachant au consentement tel qu'il est formellement exigé en droit, nous avons souhaité contourner des obstacles épistémologiques qui étaient posés par l'analyse substantielle du consentement. Ceux-ci ne sont qu'un exemple parmi d'autres soulignant la limite des méthodes juridiques classiques pour saisir le consentement. Les limites épistémologiques dans l'analyse du consentement en droit des personnes justifient d'adopter une approche critique.

**28.** La manière dont les juristes se sont saisis jusqu'à présent des consentements en droit des personnes n'a en effet pas permis de répondre aux questionnements centraux sur ce dernier.

Le consentement peut d'abord être appréhendé par les juristes comme une question purement technique dans une démarche positiviste qui prétend à la neutralité axiologique. Selon ce premier type d'analyse juridique, il faudrait alors s'interroger sur la définition du consentement, sa nature juridique, les cas dans lesquels il pourrait être rétracté, les sanctions en cas d'absence de consentement. Des réponses juridiques concrètes sont ainsi apportées à partir de l'analyse technique du consentement. En revanche, la dimension politique et sociale du consentement n'occupe pas une place centrale, elle constitue seulement le point de départ de la réflexion. Cela semble problématique, car elle constitue toute la matérialité du consentement en droit et dans la société.

**29.** Le consentement peut aussi être examiné en droit à travers un tropisme de philosophie morale ou politique. Il en va ainsi des analyses qui louent ou dénoncent le consentement en ce qu'il serait une manifestation juridique du libéralisme. Ce type de position s'inscrit dans un

---

du consentement des résidents dans les Ehpad ? », *France Inter*, 4 janv. 2021, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/vaccination-comment-s-assure-t-on-du-consentement-des-residents-dans-les-ehpad-4355290> (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2021).

débat plus large qui viserait à donner au droit des personnes une orientation plutôt libérale ou plutôt paternaliste. Ce type d'analyse a l'avantage de prendre en compte toute la dimension théorique du consentement. En revanche, en indiquant ce que le consentement devrait être, ces discours s'appuient sur des critères moraux qui témoignent de positions axiologiques. Sous couvert d'analyse juridique, ils reposent sur des fondements jusnaturalistes.

**30.** Une épistémologie critique représenterait une alternative possible pour appréhender le consentement et répondrait ainsi aux limites épistémologiques des analyses existantes. Nous définirons l'approche critique comme la démarche épistémologique considérant le droit et les discours sur le droit comme des objets d'étude en ce qu'ils résultent d'une production politique et sociale au même titre que n'importe quel autre objet d'étude<sup>93</sup>. Cela revient à affirmer « l'artificialité du droit »<sup>94</sup> et sa nécessaire contextualisation. La démarche de recherche critique implique ainsi de faire un pas de côté qui permette d'observer et analyser les dispositions et discours juridiques sur le consentement avec un nouveau regard. Plusieurs conséquences peuvent en être tirées.

**31.** Nous considérerons d'abord que le droit applicable constitue le produit d'une décision politique et que le droit tel qu'il est appliqué doit être conçu dans son application concrète et réelle. Nous estimons aussi que les discours doctrinaux ne sont pas neutres axiologiquement et véhiculent eux-mêmes une vision particulière du droit.

Pour ce faire, des outils d'analyse propres aux juristes seront complétés par le recours aux travaux d'autres disciplines. Cette ouverture permet d'éclairer le droit et les discours sur le droit qui produisent le consentement à partir d'un regard extérieur à la matière. Plus précisément, les recherches menées en sciences politiques et en sociologie permettent de comprendre le fait politique et social que constitue le consentement<sup>95</sup>. Les soubassements philosophiques des analyses sur le consentement gagnent aussi à être mieux compris à travers la recherche dans ce domaine.

---

<sup>93</sup> V. M. Miaille, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2018, André-Jean Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Critique 1 - Critique du droit », p. 131 ; R. Abel, D. Kennedy (trad. N. O. Arnaud), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., André-Jean Arnaud (dir.), Paris : LGDJ, 2018, v<sup>o</sup> « Critique 2 - Critical Legal Studies », p. 133.

<sup>94</sup> E. Nédellec, *Critique de la publicisation du droit processuel civil*, dir. E. Jeuland, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, p. 26, n<sup>o</sup> 16.

<sup>95</sup> Par ex. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, p. 243 et s.

32. Les droits étrangers seront utilisés pour éclairer l'éventuelle spécificité du droit français, par un jeu de miroirs. Le « potentiel subversif »<sup>96</sup> de la comparaison permet de souligner « l'absence de neutralité du discours juridique » pour développer une « connaissance critique de son propre système » : « si les présupposés fondamentaux de ce dernier [l'autre] n'ont pas de valeur universelle, ils n'ont peut-être pas, non plus, une valeur absolue, indiscutable chez soi »<sup>97</sup>. Notre recherche ne relèvera pas du droit comparé<sup>98</sup> et nous nous contenterons de regarder, à certaines occasions, comment le consentement est appréhendé ailleurs. Ces droits étrangers permettent d'éclairer la spécificité du droit français.

Nous avons en effet constaté que l'exigence du consentement en droit des personnes pouvait sembler commune à de nombreux systèmes juridiques. En témoignent les nombreuses conventions internationales dans le domaine<sup>99</sup>. Pourtant, l'existence de normes similaires aux nôtres semble cacher un raisonnement différent les justifiant. Ainsi, le droit étasunien tend à considérer le consentement comme un fait justificatif rendant valable un acte qui ne le serait pas, alors que le droit français rejette une telle analyse<sup>100</sup>.

Notre analyse sera principalement menée au regard du droit allemand, grâce notamment à deux séjours de recherche menés en Allemagne au cours de cette thèse. Le droit allemand présente en effet un intérêt tout particulier. L'équivalent du terme consentement y existe et conditionne certains actes, dans une formulation des règles proches de celle française. Dans le même temps, la politique juridique se distingue de celle française et le rapport aux droits fondamentaux y est différent. Plusieurs thèses en droit des personnes ont ainsi comparé les droits français et allemand<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503.

<sup>97</sup> *Ibid.* : « Mais la seconde conséquence que développe la théorie comparative en ce qui concerne l'absence de neutralité du discours juridique vise, encore une fois, la connaissance critique de son propre système. L'enseignement que l'on peut tirer du regard porté sur l'autre est que si les présupposés fondamentaux de ce dernier n'ont pas de valeur universelle, ils n'ont peut-être pas, non plus, une valeur absolue, indiscutable chez soi. »

<sup>98</sup> Sur le droit comparé, v. par ex. G. Resta, « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 4, 2017, p. 1153.

<sup>99</sup> Par ex. Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ; Convention 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, 4 avr. 1997, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> avr. 2012 (Convention d'Oviedo) ; Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11 mai 2011 (Convention d'Istanbul).

<sup>100</sup> V. *infra*, n° 138 et s..

<sup>101</sup> Par ex. C. Koumpli, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O. Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019 ; L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, Paris : L'Harmattan, 2021 ; K. Parizer-Krief, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, préf. M.-A. Hermitte, Aix-en-Provence : PUAM, 2016.

33. L'approche critique nous permet de nous saisir du consentement comme un objet d'analyse à part entière. Il convient de proposer une analyse du consentement en droit des personnes à même de répondre à la problématique sociale centrale au fondement de cette thèse : le sentiment d'injustice qui lui est attaché<sup>102</sup>. Notre recherche a pour but d'apporter des réponses, à partir du droit, à cette attente sociale fondamentale.

34. Le consentement en droit des personnes correspond indéniablement à une idée commune. Le sentiment d'injustice attaché au consentement l'est parce que le consentement s'inscrit dans un système de représentations liées au droit. Plus encore, le consentement est associé par les juristes au contrat et donc à la disponibilité de la personne, au marché, et au libéralisme. Il figure dès lors au cœur d'une opposition entre des politiques juridiques différentes : droit libéraux et autonomistes d'un côté, droits protecteurs de la personne et de l'humanité de l'autre. Bien plus qu'un simple débat juridique, le consentement correspond à un débat en termes de valeurs, entre libéralisme et paternalisme. Le consentement est ainsi fondamentalement lié à l'exercice du pouvoir étatique. Il *apparaît* et se *manifeste* de cette manière aux yeux des individus. Le consentement constitue ainsi un véritable phénomène<sup>103</sup> politique.

35. Il n'en reste pas moins que les questionnements juridiques propres au consentement sont tout à fait concrets. Au cœur des interrogations figure la capacité de la personne à exprimer une volonté libre. Réception par le droit d'une délibération consciente ou inconsciente, le consentement est ainsi enveloppé dans des tensions propres à la personne et à son intériorité, et au droit et à sa capacité à saisir des faits réels : « N'y a-t-il pas une zone d'opacité dans l'acte de consentir ? N'hérite-il pas d'un impensé juridique tant la part de l'émotion y est

---

<sup>102</sup> J. Kellerhald, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Sentiment de justice », p. 1516. En particulier, « ces recherches empiriques montrent que le sentiment de justice, avec les normes qui le balisent, s'apparent davantage à une construction symbolique de reconnaissance d'autrui plutôt qu'à une seule comptabilisation des mérites et des dettes ». V. aussi M. Forsé, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Perception des inégalités », p. 1267, qui note que « lorsque les inégalités vont au-delà de ce qu'exige la simple application du principe d'équité, elles apparaissent injustes et doivent, aux yeux des enquêtés, diminuer. Cela revient à rechercher ce que l'on pourrait appeler une "égalisation équitable des ressources" » (*ibid.*, p. 1272).

<sup>103</sup> Par ex., ATILF - CNRS & Université de Lorraine, *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, en ligne : <http://www.atilf.fr/tlfi>, v° « Phénomène ». (« Ce qui apparaît, ce qui se manifeste aux sens ou à la conscience, tant dans l'ordre physique que dans l'ordre psychique, et qui peut devenir l'objet d'un savoir. ») V. aussi Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>, v° « Phénomène ». (« Ce qui apparaît, se produit, se manifeste et peut être saisi par l'expérience ou l'observation. ») Sur un « phénomène juridique », v. M. Pichard, *Le droit à : étude de législation française*, préf. M. Gobert, Paris : Economica, 2006, p. 26, n° 16.

déterminante ? »<sup>104</sup> À travers les exigences de consentement prévues dans la loi, est interrogée la capacité du droit à se saisir de l'insaisissable : la question du libre arbitre. Les illustrations en sont nombreuses. Avec l'entrée en vigueur du RGPD, de nombreux utilisateurs ont bien expliqué qu'ils n'avaient pas le choix de donner leur consentement, puisqu'il leur fallait bien pouvoir accéder aux services dont ils avaient besoin. Lors d'une consultation médicale, il est bien souvent relevé que le patient n'a pas d'autre choix que de se fier aux connaissances du médecin et de donner son consentement à l'acte médical qu'il envisage. La liberté du consentement à la vaccination contre la Covid-19 a pu être questionnée face aux limitations à la vie en société imposées par le passe vaccinal. Chacun est aussi bien en mal de qualifier juridiquement la « zone grise » du consentement sexuel<sup>105</sup>. Les interrogations pourraient être renouvelées pour chacun des autres consentements en droit des personnes. En représentant des conditions juridiques au cœur de la définition de la personne et de sa vie personnelle, les consentements soulèvent des problématiques concrètes. Le consentement constitue ainsi une réalité sociale indéniable.

**36.** Phénomène politique, le consentement correspond aussi à une réalité sociale. Le consentement en droit des personnes doit ainsi être appréhendé à partir de ses deux faces qui se complètent.

**37.** Nous nous saisissons d'abord du consentement comme d'un phénomène politique. Lié à l'intervention des pouvoirs publics, le consentement, instrument libéral par excellence, semble en apparence s'y opposer. Une analyse attentive et critique va nous permettre de nous défaire de cette approche habituelle du consentement. Pour cela, nous chercherons d'abord les soubassements idéologiques du consentement, en confrontant l'analyse doctrinale au droit positif et à l'élaboration historique et politique des dispositions relatives au consentement.

Cette première étape franchie, il conviendra de déterminer en quoi le consentement, fondamentalement politique, peut être substantiellement utilisé par les pouvoirs publics. Nous entrerons alors dans le détail des règles de droit encadrant les consentements, pour observer leur emploi.

---

<sup>104</sup> D. Salas, « La zone grise du (non) consentement », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 559.

<sup>105</sup> A. Boucherie, « Du “vrai viol” aux “zones grises”. Juger du (non) consentement dans la sexualité contemporaine française », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n° 1, 2019, p. 375.

**38.** Le consentement en droit des personnes ne constitue pas moins une réalité sociale. Les consentements ont en effet une existence tangible dont sont issus les questionnements pratiques les entourant. Pour y répondre, nous nous tournerons d'abord vers les méthodes classiques du droit civil. Il aurait pu être intéressant d'appliquer le régime du contrat ou de l'acte juridique au consentement pour en tirer des solutions juridiques. Nous montrerons que cette voie constitue une impasse et nous tournerons vers d'autres méthodes pour appréhender la réalité sociale du consentement, à partir des théories de la justice sociale.

**39.** Phénomène politique (**Partie 1**), le consentement constitue ainsi également une réalité sociale (**Partie 2**).

## PARTIE 1

### LE CONSENTEMENT COMME PHÉNOMÈNE POLITIQUE

40. Le consentement occupe une position particulière au sein de l'ordre juridique résultant de son appréhension politique<sup>106</sup>. Comme le droit des personnes postule un encadrement par les pouvoirs publics, il implique la nécessaire intervention de l'État pour régler la vie personnelle, sociale, biologique et familiale des personnes physiques. Le droit de personnes étant éminemment politique, il n'est donc pas étonnant que le consentement en cette matière puisse être saisi comme un phénomène politique. Le consentement constitue un phénomène politique en tant que norme. Énoncés prescriptifs prévus par le droit positif<sup>107</sup>, les consentements visent en effet à ce que les comportements des individus soient conformes à la vision qui en est développée par les pouvoirs publics<sup>108</sup>.

41. Appréhender le consentement comme un phénomène politique permet en premier lieu de mettre en lumière qu'il est une norme idéologique reposant sur un certain nombre de valeurs considérées comme essentielles. L'étude de ces valeurs aide à découvrir que le consentement ne repose pas tant sur la prise en considération de ce que veut la personne ou du respect de sa volonté, dans une approche libérale, que de ce que l'État souhaite pour la personne, dans un objectif de protection humaniste.

Par ailleurs, appréhender le consentement comme phénomène politique conduit en second lieu à révéler son instrumentalisation par l'État à des fins de maintien d'un ordre social. Le consentement est ainsi principalement exigé dans les rapports avec les tiers et au sein de famille afin de justifier l'adhésion de l'individu aux politiques publiques ainsi que la stabilité des familles.

---

<sup>106</sup> J. Commaille, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Politique », p. 453, spéc. p. 454 : « Il s'agit d'admettre, du point de vue des sciences sociales, l'intérêt d'étudier systématiquement l'articulation du juridique et du politique en considérant, de façon générale, que les transformations de la régulation juridique ne peuvent que renvoyer à la question du politique. » En effet, « toute production de la norme juridique suppose la mise en œuvre d'un processus n'impliquant pas exclusivement l'univers des juristes mais inscrit d'abord fortement dans la politique et susceptible, par conséquent, de relever d'une étude de sociologie tant politique que juridique [...] ».

<sup>107</sup> M. Troper, D. Lochak, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Norme », p. 399 : « Énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système. »

<sup>108</sup> V. Pocar, trad. N. Arnaud-Duc, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Norme (en sociologie du droit) », p. 404.

**42.** Le consentement en droit des personnes peut donc être appréhendé comme un phénomène politique en caractérisant à la fois une norme idéologique (**Titre 1**) et fonctionnelle (**Titre 2**).



# Titre 1

## Une norme idéologique

**43.** Le consentement porte un « ensemble de valeurs et de règles qui justifient et/ou dirigent l'activité de création et d'application ou d'interprétation du droit »<sup>109</sup>. Il est pensé comme un principe juridique central et incarne des valeurs particulières qui marquent ainsi son caractère idéologique. La détermination de l'idéologie dès lors véhiculée s'avère plus complexe qu'il n'y paraît. L'analyse la plus évidente consiste à y voir un outil profondément libéral. Elle doit pourtant être nuancée. En droit français, le consentement porte une idéologie bien moins libérale qu'il n'y paraît. Une approche politique et historique permet d'expliquer ce constat déconcertant. La norme de consentement a en effet été construite dans un esprit humaniste de protection de l'intégrité de la personne.

**44.** Le consentement n'est ainsi une norme libérale qu'en apparence (**Chapitre 1**). L'étude de sa construction historique révèle qu'il représente davantage une norme humaniste (**Chapitre 2**).

---

<sup>109</sup> R. Vassilev Radev, J. Wróblewski, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), v° « Idéologie », p. 282, spéc. p. 282 (sens n° 6).

## **Chapitre 1**

### **Un libéralisme apparent**

**45.** La définition des valeurs portées par le consentement ne va pas de soi. Les discours juridiques contemporains ont pu conceptualiser l'idée que le consentement était éminemment libéral. L'expression de la volonté de l'individu incarnerait en elle-même une telle idéologie. Toutefois, ce discours ne correspond pas au droit positif, dont l'étude permet de constater que le consentement n'est pas tant une norme libérale qu'une norme de contrôle. Dès lors, le consentement change de visage. Habituellement perçu comme l'affirmation libérale de la volonté de l'individu, il se dévoile en réalité comme une figure du contrôle de l'État sur l'individu.

**46.** Il faut ainsi démontrer que le consentement n'est qu'en apparence une norme libérale. Après avoir mis en lumière la conceptualisation libérale du consentement dans les discours juridiques (**Section 1**), il sera possible de montrer en quoi cette approche est relativement trompeuse et mérite d'être remise en cause (**Section 2**).

#### **Section 1. La conceptualisation libérale de la norme de consentement dans les discours sur le droit**

**47.** Le consentement fait l'objet d'une conceptualisation libérale dans les discours sur le droit. Son association au libéralisme (§1) est renforcée par une association moins évidente à un conflit qui opposerait liberté et dignité (§2).

##### **§1. L'association du consentement au libéralisme**

**48.** Le consentement est associé au libéralisme. Son appréhension dans les discours témoigne d'un rattachement implicite au libéralisme (**A**), reflet de sa théorisation au cœur de la pensée libérale (**B**).

##### **A. Un rattachement implicite au libéralisme**

**49.** Dans de nombreux discours parlementaires et institutionnels, le consentement est lié au champ sémantique libéral sans être pour autant conceptualisé comme tel. Le libre choix, la

disposition de son corps, la liberté, l'autodétermination, l'autonomie, sont autant d'expressions attachées à l'étude du consentement. En constituant des termes connexes, ces discours témoignent d'un rattachement implicite du consentement aux théories libérales.

**50.** Le consentement est lié au champ sémantique libéral dans les discours parlementaires (1) et institutionnels (2).

*1) Les discours parlementaires*

**51.** L'analyse libérale du consentement transparaît des travaux parlementaires. L'étape d'élaboration des textes législatifs révèle la conception du consentement qui a présidé à son introduction dans la loi. Cette démarche peut être illustrée par l'étude des travaux parlementaires relatifs à l'ensemble des lois adoptées sous la XV<sup>e</sup> législature (2017-2022) en droit des personnes<sup>110</sup>, en réduisant l'analyse aux rapports de la Commission saisie au fond à l'Assemblée nationale en première lecture. Les rapports ont en effet l'avantage de rassembler à la fois des analyses techniques et des interventions des parlementaires<sup>111</sup>.

L'exploitation des travaux parlementaires s'avère complexe, car le consentement y apparaît régulièrement comme un principe évident, limitant l'analyse de l'argumentation qui l'entoure. Lors des débats relatifs à la loi bioéthique<sup>112</sup>, le consentement est ainsi régulièrement présenté par son importance : il fait partie des « principes fondamentaux »<sup>113</sup>, un « principe d'application générale »<sup>114</sup>, « un principe fondamental de notre bioéthique à la française »<sup>115</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il est possible de formuler un certain nombre d'observations intéressantes. L'étude de ces travaux révèle que le consentement est lié à l'idée de choix, de décision, d'autonomie, de liberté ou d'autodétermination. Plusieurs illustrations peuvent être données.

---

<sup>110</sup> Les textes ont été volontairement choisis de manière large afin de multiplier les points de vue sur le consentement.

<sup>111</sup> Le très grand nombre de séances publiques pour certains textes accroît en outre considérablement le temps de l'analyse.

<sup>112</sup> L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

<sup>113</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 96.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

<sup>115</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 2, p. 560 : « Quant à l'amendement n° 969, il ajoute "l'autorise expressément" à la fin de l'alinéa 2. Nous entendons ainsi permettre à la personne d'exprimer son opposition après avoir été informée du programme de recherche, qui d'ailleurs recouvre une réalité plus large que le "projet de recherche". Cela donnera d'autant plus de valeur au consentement, un principe fondamental de notre bioéthique à la française. »

52. Prenons ainsi les questions relatives à l'identité de la personne et à son orientation sexuelle. À l'occasion de la loi du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne<sup>116</sup>, un amendement propose de limiter la répression des thérapies de conversion en excluant « les pratiques visant au changement de sexe ou au libre développement et à l'affirmation de son orientation sexuelle dès lors que celles-ci sont consenties par la personne concernée » car « il s'agit bien, grâce à cette proposition de loi, de renforcer, et en aucun cas d'entraver, l'autodétermination de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre »<sup>117</sup>. Comme l'indique la rapporteure Laurence Vanceunebrock, « la définition du nouveau délit précise bien que l'on vise les pratiques, comportements ou propos ayant pour effet une altération de la santé physique ou mentale. Si la démarche est consentie et qu'elle ne cause aucune souffrance, il n'y aura donc pas de poursuites »<sup>118</sup>. Par la suite, la question du consentement est liée indirectement à celle du « libre choix »<sup>119</sup>.

Les mêmes principes sont invoqués au soutien de l'interdiction des opérations sur des personnes mineures faisant l'objet de variations du développement sexuel, ou personnes intersexuées. Durant l'examen de la loi du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne<sup>120</sup>, Bastien Lachaud pose le principe du « consentement libre et éclairé » en la matière, « hors cas d'urgence vitale ». Il soutient que son amendement « a donc pour but d'empêcher toute atteinte à l'intégrité du corps et à la libre disposition de soi. Le droit de décider pour son propre corps est un droit fondamental qui n'est pas respecté lors d'interventions précoces non urgentes, où le consentement de la personne n'est pas recherché. »<sup>121</sup> Cette question faisait déjà l'objet d'amendements lors de l'examen de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique<sup>122</sup>. Danièle Obono l'inscrit dans le domaine de « la liberté fondamentale de disposer de soi, notamment de son corps » et du

---

<sup>116</sup> L. n° 2022-92 du 31 janv. 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

<sup>117</sup> L. Vanceunebrock, *Rapport n° 4501, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 4021 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne*, Assemblée nationale, 29 sept. 2021, p. 10.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 36 (propos formulé en réaction à une remarque d'Emmanuelle Ménard).

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 36 (intervention de Xavier Breton) et p. 31 (intervention de Marie-George Buffet).

<sup>120</sup> L. n° 2022-92 du 31 janv. 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

<sup>121</sup> Amendement n° CL 38, Texte n° 4021, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements\\_alt/4021/CION\\_LOIS/CL38](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements_alt/4021/CION_LOIS/CL38) (consulté le 28 janv. 2023).

<sup>122</sup> L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

« consentement libre et éclairé », et fait relever cette problématique d'une « question bioéthique »<sup>123</sup>.

**53.** Le consentement, qui n'est pourtant pas une condition posée telle quelle par la loi, est extrêmement mobilisé dans les travaux parlementaires sur les violences sexuelles. Comme l'indique Alexandra Louis, la rapporteure lors de l'examen de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>124</sup>, « la notion de consentement est inhérente à la définition du viol telle qu'appréhendée sous le prisme de la violence, de la surprise, de la contrainte et de la menace »<sup>125</sup>, c'est-à-dire le vocabulaire de la contrainte - à laquelle on peut opposer la liberté. Une définition légale du consentement est proposée à cette occasion, notamment pour « éviter le déplacement du registre des violences sexuelles vers celui de la relation sexuelle »<sup>126</sup>. Le consentement permet ainsi de faire la différence entre la violence et la sexualité. Il s'agit de la question de « la non-reconnaissance par un partenaire de la volonté de l'autre d'avoir une relation sexuelle », ce qui pose la question du « besoin de connaître la volonté féminine, le désir féminin »<sup>127</sup>. Si la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste<sup>128</sup> a pour objectif de qualifier les violences sexuelles sur mineurs sans référence à leur volonté, les travaux parlementaires révèlent pourtant les fonctions du consentement sexuel. La possibilité de consentement est associée à la liberté des relations sexuelles. Le ministre de la Justice se demande ainsi « comment faire la différence entre les relations sexuelles totalement consenties, relevant de la liberté sexuelle, et les abus traumatisant les plus jeunes »<sup>129</sup>. Le rapport précise qu'en l'état du droit applicable à l'époque, « les relations sexuelles entre deux mineurs sont libres, sans condition d'âge ; la loi laisse toute liberté aux mineurs âgés de plus de quinze ans de consentir à une relation sexuelle avec un majeur », par opposition aux « relations sexuelles entre un mineur de quinze ans et un majeur » qui « sont interdites sans considération des pratiques en cause »<sup>130</sup>. La rapporteure souligne que

---

<sup>123</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 48.

<sup>124</sup> L. n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>125</sup> A. Louis, *Rapport n° 938, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 778 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Assemblée nationale, 10 mai 2018, p. 118.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 112 (la définition est proposée par Annie Chapelier).

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 117 (intervention de Clémentine Autain).

<sup>128</sup> L. n° 2021-478 du 21 avr. 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

<sup>129</sup> A. Louis, *Rapport n° 3939, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3796, adoptée par le Sénat, visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels*, Assemblée nationale, 3 mars 2021, p. 50.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 8.

« la loi protège l'enfant : elle refuse en son nom et ne lui demande pas de se gouverner lui-même »<sup>131</sup>. L'expression renvoie à l'autonomie et l'autodétermination, qui seraient caractérisées par le consentement de l'individu.

**54.** Prenons ensuite le droit de la famille. S'agissant du consentement au mariage, qui fait l'objet de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République<sup>132</sup>, il est lié au champ sémantique libéral et plus particulièrement à la liberté de l'individu. Le rapport parlementaire indique ainsi que « la volonté des futurs époux joue un rôle fondamental dans la formation du mariage car elle est l'expression de la liberté individuelle de chacun. Le mariage n'est un acte de volonté que si les futurs époux peuvent jouir d'une liberté matrimoniale complète et consentir pleinement au mariage, ce qui suppose l'existence et l'intégrité du consentement des futurs époux. »<sup>133</sup> Le Ministre de la Justice affirme que « nous protégeons quelques belles libertés. Marlène Schiappa défendra le consentement éclairé. La liberté d'aimer qui l'on veut, ce n'est pas rien ».<sup>134</sup>

De même, en matière d'adoption, le consentement des parents d'origine, examiné à l'occasion de la réforme de l'adoption<sup>135</sup>, « est permis », et ce « malgré le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes »<sup>136</sup>. Le consentement à l'adoption correspond ainsi à l'idée de disponibilité de l'état des personnes. Il revêt diverses fonctions, notamment celle « d'éviter un consentement forcé de la famille d'origine »<sup>137</sup>, le consentement s'opposant ainsi à la contrainte.

**55.** Le droit bioéthique n'échappe pas à cette tendance. Les parlementaires mettent en avant l'idée d'autonomie lorsqu'ils discutent le principe du consentement dans le domaine biomédical. À l'occasion de l'examen de la loi bioéthique<sup>138</sup>, un amendement « vise à préserver la liberté de choix du patient, lequel doit consentir à l'intervention » à propos de la « recherche nécessitant des examens de génétique sur des collections d'échantillons biologiques conservés

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>132</sup> L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

<sup>133</sup> F. Boudié, *Rapport n° 3797, fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner le projet de loi n° 3646 rect., après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République*, Assemblée nationale, 25 janv. 2021, t. 1, p. 154.

<sup>134</sup> F. Boudié, *Rapport n° 3797, fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner le projet de loi n° 3646 rect., après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République*, Assemblée nationale, 25 janv. 2021, t. 2, p. 37.

<sup>135</sup> L. n° 2022-219 du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption.

<sup>136</sup> M. Limon, *Rapport n° 3590, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3161 visant à réformer l'adoption*, Assemblée nationale, 23 nov. 2020, p. 32.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

<sup>138</sup> L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

à des fins médicales. »<sup>139</sup> À l'occasion de l'examen des dispositions relatives à l'espace numérique de santé<sup>140</sup>, les « garanties liées au consentement » sont envisagées dans le cadre d'une partie intitulée « un usager acteur et seul décisionnaire »<sup>141</sup>. La libre disposition et le choix justifient encore l'exigence de consentement. Les oppositions à la proposition d'interdiction de communication des données disponibles sur l'espace numérique de santé sont ainsi justifiées, selon un député, par l'idée « qu'interdire la communication revient purement et simplement à mettre fin au consentement, c'est-à-dire à la faculté de disposer de ses données et de choisir ou non de les confier à un tiers. »<sup>142</sup>

**56.** Dans le cadre de la protection des données personnelles, le consentement est aussi lié à la liberté de la personne. À l'occasion de l'examen de la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles<sup>143</sup>, un amendement propose de permettre à chaque utilisateur de choisir son moteur de recherche lorsqu'il formate son ordinateur. Cela « ne revient pas à édicter une interdiction, mais à l'inverse à faire prévaloir la liberté, puisqu'il renforce le consentement et la bonne information des utilisateurs. »<sup>144</sup> D'ailleurs, la rapporteure indique que l'amendement ne paraît pas approprié pour l'examen de ce texte, mais que « nous pourrions toutefois essayer de rattacher ce que vous proposez à la notion de consentement libre : pour qu'il existe, il faut avoir des alternatives. »<sup>145</sup> Le choix préfigure le consentement.

**57.** La protection de la vie privée souligne effectivement cette dimension du consentement pour les parlementaires. Le recours à la vidéo-audience a interrogé la pertinence de la condition de consentement lors de l'examen de la loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie<sup>146</sup>, puisqu'une disposition « élargit [...] les possibilités pour la CNDA de recourir à la vidéo-audience, en supprimant l'exigence

---

<sup>139</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 560.

<sup>140</sup> L. n° 2019-774 du 24 juill. 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé.

<sup>141</sup> S. Rist et T. Mesnier, *Rapport n° 1767, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1681 relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé*, Assemblée nationale, 14 mars 2019, vol. 2, p. 119.

<sup>142</sup> S. Rist et T. Mesnier, *Rapport n° 1767, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1681 relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé*, Assemblée nationale, 14 mars 2019, vol. 3, p. 338 (intervention d'Éric Bothorel).

<sup>143</sup> L. n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

<sup>144</sup> P. Forteza, *Rapport n° 592, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 490 relatif à la protection des données personnelles*, Assemblée nationale, 25 janv. 2018, p. 182 (amendement d'Éric Bothorel).

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 183 (intervention d'Albane Gaillot).

<sup>146</sup> L. n° 2018-778 du 10 sept. 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

du consentement du demandeur s'il réside en France métropolitaine. »<sup>147</sup> Cette suppression est justifiée par l'« objectif de recourir de manière plus large à la vidéo audience sur le territoire métropolitain » selon le rapport. En effet, « le dispositif fonctionne de manière tout à fait satisfaisante depuis plusieurs années lorsque le requérant réside outre-mer et est pleinement entré dans les pratiques [...] »<sup>148</sup>. Une députée explicite l'idée de se passer du consentement, « un souci de bonne administration de la justice, pour ne pas s'exposer à des coûts et des complications excessifs »<sup>149</sup>. Les députés qui s'y opposent et souhaitent le maintien de cette condition le font d'abord sur le fondement large d'une mesure qui serait liberticide, soulignant le lien entre le consentement et la liberté : « particulièrement attentatoire aux droits »<sup>150</sup>, « le Conseil constitutionnel avait déjà, il y a quelques années, considéré que l'élargissement des cas de recours à la vidéo-audience sans le consentement de l'intéressé pouvait être contraire à nos principes fondamentaux. »<sup>151</sup> Le consentement est ensuite plus précisément lié à un « choix »<sup>152</sup>. Le député Brahim Hammouche montre sa perception de la fonction du consentement à partir de la liberté et de l'autonomie. Selon lui, « la question essentielle du consentement [...] renvoie à notre autonomie et à notre conception de la liberté »<sup>153</sup> ; le « consentement [...] est un élément fondamental de notre modernité. Au cœur du consentement, il y a l'autonomie de la volonté et nous ne pouvons laisser penser que nous la remettons en cause »<sup>154</sup>.

**58.** Le droit des majeurs protégés a été libéralisé en ouvrant la possibilité d'effectuer davantage d'actes, sans représentation du tuteur. Les travaux parlementaires soulignent le lien unissant consentement et autonomie dans cette nouvelle tendance du droit. Ainsi, la possibilité pour les majeurs protégés de consentir à leur changement de prénom « s'inscrit dans la démarche d'une meilleure garantie de leur autonomie pour les prises de décisions relatives à leur personne »<sup>155</sup>. De même, les « droits matrimoniaux d'une personne protégée »<sup>156</sup>

<sup>147</sup> E. Fajgeles, *Rapport n° 857, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 714, après engagement de la procédure accélérée, pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, Assemblée nationale, 9 avr. 2018, p. 19.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 212 (intervention de Laurence Vichnievsky).

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 211 (intervention de Stéphane Peu).

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 227 (intervention de Cécile Untermaier).

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>155</sup> P. Vignal, *Rapport n° 4921, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 4853 relative au choix du nom issu de la filiation*, Assemblée nationale, 19 janv. 2022, p. 22.

<sup>156</sup> L. Avia et D. Paris, *Rapport n° 1396 et 1397, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés*



questionnent leur consentement au mariage, au PACS et au divorce. Le rapport établi pour l'examen de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>157</sup> précise que les règles de droit alors applicables « limitent fortement les droits des personnes protégées puisque, en droit commun, empêcher un mariage suppose une opposition [...] »<sup>158</sup>. Le rapport justifie la nouvelle position : « la commission des Lois a considéré que les droits fondamentaux étaient attachés à la personne humaine, et par conséquent non susceptibles d'être retirés par l'autorité publique - même dans un objectif de protection de l'individu. Du reste, les mesures de protection ont pour fonction de protéger le patrimoine des personnes concernées, non d'entraver leurs choix en matière sentimentale. En conséquence, la Commission a jugé venu le temps de permettre aux personnes protégées de prendre seules la décision de se marier, de conclure un pacte civil de solidarité ou de consentir à divorcer. »<sup>159</sup> Le même rapport affirmait, de manière plus générale, qu'il « ressort [de la loi du 5 mars 2007] que la mesure de protection judiciaire doit être strictement limitée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles des personnes concernées, et les laisser librement décider des choix qu'elles sont en capacité de consentir. »<sup>160</sup>

**59.** Le consentement est largement associé à un vocabulaire libéral. Toutefois, la référence à un objectif de protection de la personne dans les travaux parlementaires complexifie l'appréhension idéologique du consentement. Par exemple, la protection du patient peut tout aussi bien être une protection contre une décision unilatérale du médecin, renforçant alors l'autonomie du patient, qu'une protection au regard de l'état de faiblesse du patient, qui limite son autonomie. L'appréhension par le parlement du consentement des personnes vulnérables est révélatrice de cette ambiguïté. L'ouverture du consentement au don de cellules aux majeurs protégés sans mesure de représentation s'inscrirait dans l'objectif de la loi de programmation de la justice de 2019 qui viserait « un équilibre entre droits fondamentaux et protection du majeur protégé. »<sup>161</sup> L'obligation des consentements parentaux à la géolocalisation de

---

*par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, Assemblée nationale, 9 nov. 2018, t. 1, p. 101.

<sup>157</sup> L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>158</sup> L. Avia et D. Paris, *Rapport n° 1396 et 1397, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, Assemblée nationale, 9 nov. 2018, t. 1, p. 101-102.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>161</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 40.

l'enfant<sup>162</sup>, « protège efficacement le parent reconnu victime dont le consentement est toujours requis pour la géolocalisation de l'enfant »<sup>163</sup>. La réduction à 12 ans du seuil d'âge qui à partir duquel l'enfant peut consentir à son changement de prénom et à l'ajout du nom de l'adoptant simple - ouvert dans la proposition de loi à partir de 13 ans, - permet pour une députée de « voter un texte plus protecteur et à l'écoute de l'intérêt de l'enfant. »<sup>164</sup> La rapporteure de loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>165</sup> estime ainsi que « cette rédaction permet de bien cerner la problématique du consentement, donc de la surprise et de la contrainte, notamment lorsqu'elles concernent des mineurs ; ce qui garantit aux intéressés une meilleure protection. »<sup>166</sup> L'argument de la protection se retrouve pour des textes qui ne concernent pas seulement les personnes vulnérables. À propos des données de santé, et plus particulièrement l'espace numérique de santé, un député évoque le « principe le plus protecteur pour celui qui possède ces données, à savoir le pouvoir de consentir », juste après avoir lié le consentement à « la faculté de disposer de ses données et de choisir ou non de les confier à un tiers. »<sup>167</sup> La fonction de protection est donc particulièrement ambivalente. L'exclusion du consentement dans des hypothèses impliquant par exemple une personne mineure ou une personne considérée comme vulnérable, se trouve justifiée par la protection de la personne. Il en va ainsi des « relations sexuelles entre un mineur de quinze ans et un majeur », « interdites sans considération des pratiques en cause »<sup>168</sup>, car pour la rapporteure, « la protection de l'enfance passe par des interdits, posés par la loi. »<sup>169</sup> L'ambivalence de l'objectif de protection de la personne n'efface pas le lien étroit unissant le consentement au vocabulaire libéral. On retrouve ce rattachement implicite du consentement au libéralisme dans les discours institutionnels.

<sup>162</sup> Examen de la L. n° 2020-936 du 30 juill. 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales.

<sup>163</sup> B. Couillard, *Rapport n° 2587, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 2478, après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales*, Assemblée nationale, 15 janv. 2020, p. 52.

<sup>164</sup> M. Limon, *Rapport n° 3590, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3161 visant à réformer l'adoption*, Assemblée nationale, 23 nov. 2020, p. 90 (intervention d'Élodie Jacquier-Laforge).

<sup>165</sup> L. n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>166</sup> A. Louis, *Rapport n° 938, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 778 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Assemblée nationale, 10 mai 2018, p. 103.

<sup>167</sup> S. Rist et T. Mesnier, *Rapport n° 1767, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1681 relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé*, Assemblée nationale, 14 mars 2019, vol. 3, p. 338, intervention d'Éric Bothorel.

<sup>168</sup> A. Louis, *Rapport n° 3939, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3796, adoptée par le Sénat, visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels*, Assemblée nationale, 3 mars 2021, p. 47.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 47.

## 2) *Les discours institutionnels*

**60.** Les discours de différentes institutions publiques lient également le consentement au vocabulaire libéral. Il résulte de la construction d'un discours en amont de l'adoption des textes, réalisé par une diversité de spécialistes dans le cadre d'une production indépendante. Le corpus d'étude porte sur les rapports publiés depuis 2018 par différentes institutions publiques, auquel a été ajouté par exception un rapport de 2015 produit par la Commission nationale consultative des droits de l'homme exclusivement consacré au consentement. L'analyse des discours sera menée par type d'institution. Ce choix vise à prendre en compte leurs spécificités, en particulier leur vocabulaire propre et leurs spécialisations thématiques.

**61.** Dans son rapport sur la bioéthique, le Conseil d'État développe une conception large de la liberté personnelle dans laquelle il ancre le consentement. Ainsi, « la liberté personnelle, ancrée dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, inspire [...] le cadre juridique français de bioéthique. Il s'agit de préserver la part de vie privée et donc l'autonomie de l'individu dans ses choix, qu'il s'agisse de la construction de sa vie familiale, de l'utilisation de ses données, de son souhait de "connaître ou ne pas connaître" ses prédispositions génétiques, sans qu'une personne publique ou privée ne puisse s'ingérer dans ses décisions. »<sup>170</sup> Le consentement s'inscrit dans ce cadre : « le principe de liberté appliqué à la bioéthique suppose nécessairement la possibilité d'exprimer un consentement personnel qui ne soit pas vicié. »<sup>171</sup>

**62.** L'association du consentement au libéralisme dans le domaine bioéthique se trouve également caractérisée par la référence à l'autonomie de la personne dans d'autres rapports institutionnels. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé développe sa vision du consentement dans son avis 136. Juridiquement, le consentement constituerait un « droit et liberté fondamentale pour toute personne quel que soit le contexte »<sup>172</sup>. Tout en admettant les limites du consentement - il « n'est toujours que relativement libre et partiellement éclairé »<sup>173</sup> - le Comité inscrit le consentement dans le

---

<sup>170</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 39.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avril 2021, p. 4.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 7.

domaine de l'autonomie, du choix et de la décision. Ainsi, « le consentement est l'expression de l'autonomie de la personne. Il ne peut être une injonction, une assignation ou une prescription. Il repose sur l'idée selon laquelle chaque personne, non seulement a droit à, mais également est apte à prendre part aux décisions qui la concernent. Il permet donc à chacun d'être acteur des choix qui concernent sa santé. La volonté d'une personne demeurerait invisible sans l'expression du consentement qui lui est consubstantielle, quelle qu'en soit la forme. Le consentement correspond à la fois à "l'action de consentir" et au "résultat de cette action". »<sup>174</sup>

Le Comité précise que le consentement ne représente qu'une branche de l'alternative posée par le choix<sup>175</sup>, qui « pointe précisément la relativité, l'élasticité de l'espace réservé à la libre volonté dans le consentement. Elle interroge la valeur réelle d'un consentement donné. »<sup>176</sup>

Cette approche implicitement libérale du consentement se retrouve dans d'autres documents produits par le Comité consultatif national d'éthique. Dans sa *Contribution à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, le Comité s'interroge sur le point de savoir si « la démarche éthique ne conduit [...] pas par ailleurs à consolider la notion de choix et de consentement libre et éclairé et à faire en sorte que la personne soit en capacité d'élaborer elle-même les décisions qui concernent sa santé, avec l'appui du médecin, renforçant ainsi son autonomie »<sup>177</sup>.

L'examen des recherches sur l'embryon est l'occasion de rappeler que le consentement suppose « la qualité du processus d'un choix libre et éclairé »<sup>178</sup>. Le consentement au dépistage préconceptionnel permet de garantir « la liberté individuelle de savoir ou de ne pas savoir »<sup>179</sup>.

L'avis *Éthique et santé publique* appréhende cette conception du consentement sous l'angle de la participation quand le Comité indique que « la mise en œuvre concrète du cadre éthique de la santé publique doit désormais se concevoir avec le recours à la participation citoyenne, exercée à titre individuel ou collectif, démocratique à deux égards »<sup>180</sup>. Cette participation, lorsqu'elle est individuelle, « vise alors l'expression d'un choix, un consentement ou un refus de consentement. »<sup>181</sup>

---

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> *Ibid.* Selon le CCNE, « si choisir et consentir semblent relever d'une semblable démarche, le consentement est l'une des formes du choix », car, « lorsque l'on recherche mon consentement, m'est donnée une occasion de choisir : consentir ou refuser de consentir, ou refuser la proposition qui m'est faite de choisir ».

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> CCNE, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, Avis n° 129, 18 sept. 2018, p. 35.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>180</sup> CCNE, *Éthique et santé publique*, Avis n° 137, 20 mai 2021, p. 23.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 23, note de bas de page n° 39.

63. La Commission nationale consultative des droits de l'homme associe elle aussi le consentement à l'autonomie en estimant qu'« il faut être très attentif à l'information et au recueil du consentement de la personne vulnérable [...] ». De la qualité de cette information et de ce recueil dépend l'autonomie de la personne.<sup>182</sup> De la même manière, « les auditions conduites par la CNCDH ont montré que la notion de consentement gradué, introduite par la loi du 5 mars 2007, a contribué à favoriser la prise en compte de l'autonomie de la personne protégée ou vulnérable. »<sup>183</sup> Le consentement bioéthique est envisagé à travers un vocabulaire libéral par la Commission. Dans son avis *Mieux accompagner la fin de la vie à la lumière des enseignements de la crise sanitaire*, elle rattache le consentement au choix. Elle affirme que « chacun souhaite demeurer sujet de droit et acteur de ses choix de vie le plus longtemps possible, y compris dans les processus de fin de la vie. Chacun en effet voudrait pouvoir recevoir, selon des formes adaptées, les informations nécessaires à la compréhension de ce qui arrive pour pouvoir exprimer un consentement éclairé ou, à défaut, un assentiment, et choisir, y compris parfois en refusant ce qui est proposé. »<sup>184</sup> Dans son avis *Agir contre les maltraitements du système de santé*, la Commission nationale consultative des droits de l'homme traite du « non-respect du recueil du consentement libre et éclairé » comme d'une « forme de maltraitance »<sup>185</sup>. Les « soignants » et les « aidants » devraient avoir une « absence d'autorité sur les choix du patient » et leur relation devrait tendre vers « un projet thérapeutique commun basé sur des relations de confiance et d'échange. »<sup>186</sup> Dans son avis *Protection de la vie privée à l'ère du numérique*, la Commission développe sa conception du consentement en matière de vie privée en ayant encore recours à un vocabulaire libéral. « La fragilité du consentement » se trouve ainsi interrogée dans une partie intitulée « droit de la personnalité et protection de l'autonomie de la personne »<sup>187</sup>. La Commission nationale consultative des droits de l'homme y voit le consentement « au cœur » des « garanties de la protection des données personnelles ». Le consentement est lié à l'autonomie tout en soulignant les limites. La Commission, « si [elle] approuve totalement la philosophie de la législation européenne qui place le consentement au cœur du droit au respect de la vie privée numérique, [...] constate que son rôle, aujourd'hui, ne doit pas être surestimé : dans la législation actuelle, en fonction de la nature de la collecte de

---

<sup>182</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, n° 37.

<sup>183</sup> *Ibid.*, n° 17.

<sup>184</sup> CNCDH, *Mieux accompagner la fin de la vie à la lumière des enseignements de la crise sanitaire*, Avis n° A-2022-2, 17 févr. 2022, n° 54.

<sup>185</sup> CNCDH, *Agir contre les maltraitements dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, Avis, 22 mai 2018, n° 22.

<sup>186</sup> *Ibid.*, n° 25.

<sup>187</sup> CNCDH, *Protection de la vie privée à l'ère du numérique*, Avis, 22 mai 2018.

données, il n'est une condition ni systématique ni toujours suffisante de la licéité du traitement des données. En outre, l'exigence d'un consentement, s'il ne s'inscrit pas dans un dispositif s'assurant de son caractère libre, spécifique et éclairé, n'est pas de nature à garantir à la personne une réelle maîtrise de sa vie privée et ses données personnelles ».<sup>188</sup> Malgré cette critique, la Commission estime que « pour autant, le principe selon lequel les données personnelles ne peuvent être traitées qu'avec le consentement de la personne (sauf autre fondement légitime expressément prévu par la loi) touche au sens même de la protection de la vie privée et doit être maintenu, dans la mesure où cette obligation tend à reconnaître la liberté de la personne en matière d'utilisation de ses données personnelles »<sup>189</sup>.

**64.** La Commission nationale de l'informatique et des libertés propose une vision plus juridique du consentement dont les tenants idéologiques sont plus complexes à déceler. On y trouve parfois trace d'un vocabulaire libéral, comme dans sa première recommandation sur « les droits numériques du mineur » qui vise à « encadrer la capacité d'agir des mineurs en ligne ». La Commission considère que le consentement est la concrétisation juridique d'un comportement autonome. Elle « constate que les mineurs ont des pratiques numériques massives et largement autonomes. Elle relève également que le RGPD a inscrit dans le droit une forme de reconnaissance encadrée de cette autonomie en donnant aux mineurs, à partir d'un certain âge, la faculté de consentir à certains types de traitements de leurs données dans le cadre de services en ligne »<sup>190</sup>.

**65.** Le Défenseur des Droits livre lui aussi une analyse très juridique du consentement, dont il est difficile de percevoir la position. Le vocabulaire autonomiste sous-tend néanmoins certains propos, autour de la liberté, l'autodétermination de l'autonomie ou encore du libre choix. Comme dans les autres rapports, le consentement est lié, sur le principe, au vocabulaire autonomiste, même si sa réalité pratique remet parfois en cause ce lien. Dans son rapport annuel de 2022, *La vie privée : un droit pour l'enfant*, le Défenseur des Droits déplore par exemple que « le consentement de l'enfant à être filmé ou photographié est rarement recherché », pour indiquer que « ces intrusions quotidiennes privent les enfants de leur capacité à définir leur

---

<sup>188</sup> *Ibid.*, n° 38.

<sup>189</sup> *Ibid.*, n° 43.

<sup>190</sup> CNIL, « Recommandation 1 : encadrer la capacité d'agir des mineurs en ligne », *cnil.fr*, 9 juin 2021, en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/recommandation-1-encadrer-la-capacite-dagir-des-mineurs-en-ligne> (consulté le 27 déc. 2023).

propre image et leur identité, déjà inscrites dans la sphère publique»<sup>191</sup>. La question du consentement fait partie des « atteintes aux droits et libertés des résidents en EHPAD<sup>192</sup> » dans le rapport sur *Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD*. À propos du « principe du libre choix, du consentement éclairé et [du] droit à l'information de la personne accueillie », le rapport note que « toute personne, quel que soit son degré d'autonomie, a le droit d'exercer son libre arbitre et son droit de regard pour toutes les décisions qui concernent sa vie, avec le maximum d'autodétermination et d'indépendance au sein de la société »<sup>193</sup>. Il reste que le Défenseur des Droits mentionne aussi le libre arbitre en le déconnectant du consentement, difficile à recueillir<sup>194</sup>.

66. La Commission indépendante sur l'inceste et les violences sexuelles faites aux enfants inscrit elle aussi implicitement le consentement dans une approche libérale. Elle établit en effet une distinction fondamentale entre la violence de la sexualité. Le consentement ne pourrait relever que de la sexualité : « Respecter la volonté libre de l'autre, et donc s'inscrire dans le champ de la sexualité plutôt que celui de la violence ou de l'échange économique-sexuel, c'est, dans ces cas-là, s'abstenir de tout rapport sexuel - et ce même si l'autre a exprimé son consentement verbalement et/ou par des gestes. »<sup>195</sup>. Le consentement constituerait ainsi le synonyme de l'entrée dans le domaine de la sexualité et non de la violence<sup>196</sup>, mais certains consentements exprimés ne seraient pas de vrais consentements et ne rempliraient pas cette

---

<sup>191</sup> Déf. droits, *Rapport annuel 2022 sur les droits de l'enfant 2022. La vie privée : un droit pour l'enfant*, 2022, p. 11.

<sup>192</sup> Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 38 et s. Le Défenseur des Droits note ainsi à propos d'un protocole mis en place pour les EHPAD : « Aucun rappel du principe de libre arbitre de la personne accueillie n'était effectué au sein de ces recommandations. De plus, le confinement du résident dans sa chambre n'était pas soumis au recueil et l'obtention de son consentement à ces mesures. Nonobstant le fait que le recueil du consentement effectif de la personne résidant en EHPAD peut s'avérer complexe (notamment en raison de l'accueil d'une population de plus en plus dépendante, dont une proportion non négligeable de personnes atteintes de troubles cognitifs), ce protocole a érigé à hauteur de principe l'absence d'autonomie de la décision de la personne accueillie, remettant le pouvoir de décider exclusivement à la direction de l'établissement. Cette situation apparaît, de plus, en contradiction avec la volonté du législateur. Au cours de l'examen par le Parlement de la loi du 23 mars 2020, la question de l'isolement contraint ou volontaire a été débattue ; le choix "de la confiance" fut celui qui l'emporta, et celui de la contrainte fut écarté. » (*Ibid.*, p. 39.)

<sup>195</sup> CIIVISE, *Violences sexuelles faites aux enfants : « on vous croit »*, 2023, p. 115 : « Respecter la volonté libre de l'autre, et donc s'inscrire dans le champ de la sexualité plutôt que celui de la violence ou de l'échange économique-sexuel, c'est, dans ces cas-là, s'abstenir de tout rapport sexuel - et ce même si l'autre a exprimé son consentement verbalement et/ou par des gestes. »

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 122 : « C'est enfin mettre en danger les autres en laissant les enfants d'aujourd'hui et les adultes de demain construire leur sexualité dans une culture qui, on l'a vu, n'a de cesse de brouiller la frontière pourtant ontologique entre sexualité et violence ; or, si nous n'éduquons pas les générations futures au consentement, comment espérer qu'elles le respectent mieux que nous l'avons fait jusqu'alors et profitent ainsi d'une sexualité libérée de la violence ? »

fonction<sup>197</sup>. Ces développements, comme la référence à l'« agentivité » de la personne qui donne son consentement<sup>198</sup> recèlent ainsi deux conceptions du consentement. Associés au désir et à l'absence de violence, ils reflètent une conception du consentement comme marque de l'autonomie de la personne. La violence étant associée à la violation de la sphère privée de la personne<sup>199</sup>, le consentement représente en même temps une protection de cette sphère.

67. Comme dans les discours parlementaires, il arrive ainsi que le consentement soit également associé à la protection de la personne ou à son respect. Le Comité consultatif national d'éthique indique ainsi dans son avis *Éthique et santé publique* que « les problèmes de la santé publique impliquent les repères fondamentaux de la bioéthique, tels que la liberté, la dignité, le consentement, l'accompagnement individuel et relationnel, bref le respect de la personne, dans un contexte collectif de préservation de la santé pour tous, qui les met dans une tension nouvelle »<sup>200</sup>. De même, le Comité « suggère quelques pistes de réflexion en faveur d'une application pratique et harmonieuse des règles relatives au consentement, qu'il considère consubstantielles au respect de la dignité humaine »<sup>201</sup>. La Commission nationale consultative des droits de l'homme rattache également le consentement aux droits des personnes et à leur dignité quand elle précise que « la CNCDH sera donc vigilante [...] en matière d'appréhension par les pouvoirs publics des notions de “risque”, “d'autonomie” et de “consentement personnel” afin que dignité et droits des personnes soient garantis jusqu'au dernier instant de vie »<sup>202</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 133 : « Il est, par essence, impossible de consentir à un inceste. On ne peut jamais faire comme si l'inceste ne se passait pas dans un contexte de domination et de pouvoir - quand bien même la victime pourrait en avoir l'impression. L'inceste, par nature, est toujours une violence sexuelle, il est toujours un abus de pouvoir ou “abus de conscience”. » V. aussi *ibid.*, p. 117 : « Dans un contexte d'inégalité systémique, il est donc légitime de se demander si les femmes le désirent réellement lorsqu'elles consentent à un rapport sexuel ; ce qui est certain, en revanche, c'est que trop souvent l'une des personnes impliquées dans un acte sexuel - qu'il s'agisse d'une femme, d'un enfant ou, plus rarement, d'un homme - ne le désire ni n'y consent mais le subit malgré tout. »

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 133 : « Il est, par essence, impossible de consentir à un inceste. On ne peut jamais faire comme si l'inceste ne se passait pas dans un contexte de domination et de pouvoir - quand bien même la victime pourrait en avoir l'impression. L'inceste, par nature, est toujours une violence sexuelle, il est toujours un abus de pouvoir ou “abus de conscience”. Un rapport d'autorité de droit ou de fait compromet toujours l'agentivité d'une victime [...] »

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 116 : « L'enfant ne peut donc consentir et donc avoir une relation sexuelle avec qui que ce soit, a fortiori un adulte mais également avec un autre enfant. S'il est parfaitement normal qu'il ressente du désir, qu'il ou elle explore son corps, se masturbe, construise son imaginaire érotique, cette sexualité infantile n'appartient qu'à lui. Toute irruption d'autrui, physique ou virtuelle - par la pornographie notamment, qui “crée une prématurité qui peut perturber les mineurs” - constitue une violation non-consentie de son intimité, soit une violence. »

<sup>200</sup> CCNE, *Éthique et santé publique*, Avis n° 137, 20 mai 2021, p. 6.

<sup>201</sup> CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avril 2021, p. 12.

<sup>202</sup> CNCDH, *Mieux accompagner la fin de la vie à la lumière des enseignements de la crise sanitaire*, Avis n° A-2022-2, 17 févr. 2022, n° 68.



Sans négliger d'autres justifications des consentements dans les discours parlementaires et institutionnels sur le droit, il apparaît qu'ils sont imprégnés d'un discours libéral. Ceci s'explique aisément dès lors que le consentement a été théorisé au cœur de la pensée libérale.

## B. Le consentement théorisé au cœur de la pensée libérale

68. Affirmer que le consentement se trouve « au cœur de la pensée libérale »<sup>203</sup> pourrait relever d'un truisme. On ne peut ainsi rappeler le nombre d'auteurs ayant partagé cette réflexion<sup>204</sup>.

69. Une analyse particulièrement claire des raisons de l'essence libérale du consentement peut être trouvée dans le numéro de *Raisons politiques* consacré au « consentement sexuel », et ce « alors que la notion a une connotation beaucoup plus étendue ne serait-ce que parce qu'elle est au fondement des théories politiques libérales »<sup>205</sup>. Selon les auteurs, la contextualisation

---

<sup>203</sup> A.-D. Mornington, « Vendre ses organes : un cas de préjudice consenti ? », *Raisons politiques*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 57. L'autrice note tout de même la soumission participant de cette logique : « L'anthropologie libérale est flatteuse pour l'individu, décrit comme rationnel, autonome, et l'égal en droit des puissants. Dans toutes les théories libérales contractualistes, c'est l'État qui est identifié comme la solution la plus avantageuse pour l'individu. Le consentement, expression de la liberté et de l'autonomie individuelle, ne semble servir qu'à justifier la domination. »

<sup>204</sup> Par exemple, Alicia-Dorothy Mornington élabore sa conception théorique du consentement dans des cas d'études consacrés à la vente d'organes. À partir d'une approche anglo-saxonne, elle estime que la « notion de consentement » est un « marqueur d'autonomie ». En effet, « ne pas respecter le consentement signifie enfreindre l'autonomie individuelle, comme le paternalisme le fait, où typiquement un État contraint un individu à faire x et soutient que c'est pour son propre bien. Respecter un consentement manifeste - quand une personne dit "je le veux" - apparaît à première vue nécessaire pour assurer que la liberté individuelle est protégée ». Cette conception du consentement s'appuierait sur la « théorie contractuelle », où « on consent seulement à ce qui est dans son propre intérêt. La prémisse de cette compréhension du consentement est que les individus sont conçus comme des adultes instrumentalement rationnels et autonomes » (A.-D. Mornington, « A consent-based approach to organ sale », in *Les limites du marché : la marchandisation de la nature et du corps*, E. Bertrand, M.-X. Catto, A.-D. Mornington (dir.), Paris : Mare & Martin, 2020, p. 117, spéc. p. 120 et s.). La chercheuse a consacré sa thèse aux liens unissant consentement et libéralisme, v. A.-D. Mornington, *The limits of consent : liberalism and the challenge of harm to self*, dir. A. von Busekist, th. dactyl., Institut d'études politiques de Paris, 2015. V. aussi C. Hardouin-Le Goff, « Grandeur et décadence du consentement en droit pénal », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 573 : « Le consentement serait, en outre, une donnée inestimable parce que, pris comme le marqueur d'une autonomie individuelle ou l'expression d'une liberté - ne serait-ce que celle d'une liberté de choix - il serait l'antithèse rassurante de l'arbitraire. » ; É. Fassin, « Au-delà du consentement : pour une théorie féministe de la séduction », *Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 47 : « Au contraire, penser la séduction, c'est donc dépasser le cadre théorique du consentement, et l'individualisme libéral qui le sous-tend, en partant d'un sujet de désir. » ; D. Roman, « A corps défendant » *D.*, 2007, p. 1284 (abstract) : « Entre autonomie de la personne et dignité de celle-ci, libéralisme juridique et paternalisme bienfaisant, protection du vulnérable et consentement de l'individu, le droit français peine à trouver un équilibre. » ; A. Jaunait, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, vol. 11, n° 3, 2003, p. 59 : « Le concept de consentement est au cœur de la théorie politique du libéralisme. »

<sup>205</sup> A. Jaunait, F. Matonti, « L'enjeu du consentement », *Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 5.

philosophique libérale du consentement reposerait sur l'autonomie de la volonté<sup>206</sup>, la propriété de soi<sup>207</sup> et le contrat social<sup>208</sup>. Ces trois explications font appel aux théories originelles du libéralisme. Le consentement symboliserait la philosophie libérale parce qu'il représenterait le pouvoir de la volonté individuelle qui se matérialiserait notamment dans le contrat. Nous reprendrons successivement et à titre didactique ces trois fondements du caractère libéral du consentement.

**70.** Le consentement incarne le fondement des théories du pouvoir politique dans la philosophie libérale. Les théories contractualistes proposent en effet une conception du pouvoir qui se distingue des théories qui les ont précédées, car elles reposent sur le « caractère volontaire des engagements qui seraient légitimés par un contrat social entre gouvernés et gouvernants »<sup>209</sup>. Plusieurs conceptions du contrat social ont été développées et reposent sur des considérations différentes chez Hobbes, Locke ou Rousseau. Elles ont en revanche en commun de proposer « une représentation de la manière dont les individus en viennent à passer des accords volontaires et à mettre ainsi fin à leurs conflits incessants »<sup>210</sup>. Le consentement des individus ou consentement populaire<sup>211</sup> matérialiserait cette volonté. Le contrat social représente une « métaphore » de l'institution volontaire du pouvoir<sup>212</sup>. Dans la théorie du contrat social de Rousseau, le consentement de chacun à renoncer à une partie de sa liberté individuelle pour protéger autrui dans un système ne sera effectif que si le plus possible de personnes reproduisent ensemble le même processus. Ce processus consiste à consentir individuellement à un renoncement à une partie de ses libertés pour ensemble fonder un système général de protection, qui n'est opérant que sous la condition d'une volonté de chacun répétée

---

<sup>206</sup> *Ibid.* : « le consentement confère en effet une validité normative aux promesses et aux contrats qui lient les individus entre eux et leur permet de tisser des relations sociales. »

<sup>207</sup> *Ibid.* : « Sur un plan éthique et anthropologique, il [le consentement] exprime la volonté et la capacité d'un sujet individuel pour lequel la possession de soi est la seule propriété naturelle, dont dans le jurnaturalisme tout droit découle. » Nous préférons l'expression « propriété de soi » à celle de « possession » de soi dans la suite des développements.

<sup>208</sup> *Ibid.* : « Sur un plan politique, le consentement est fondateur du pouvoir puisque la légitimité de l'autorité politique en dépend. C'est ce qu'expriment les philosophies du contrat social lorsqu'elles présentent la fiction d'une convention passée entre un peuple et un souverain, où s'échangent, contre les droits naturels, des droits positifs, comme par exemple la sécurité. »

<sup>209</sup> C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009, p. 218.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>211</sup> Sur le consentement populaire et les théories du contrat social, v. M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotivo-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 251 et s.

<sup>212</sup> C. Audard, *op. cit.*, p. 219 : « La métaphore du contrat social ne signifie pas du tout que les sociétés aient été réellement créées par des décisions volontaires, ce serait une absurdité. Elle veut dire que faire comme si elles l'avaient été change notre rapport au cours de l'histoire et permet de se réapproprier le politique. »

à tout instant<sup>213</sup>. Dès lors, « ce que signifie le consentement, pour le libéralisme, et par conséquent la métaphore du contrat, c'est l'institution du social, la possibilité de sortir du cycle de la domination, de la soumission, pour entrer consciemment dans une ère nouvelle, celle de la responsabilité, où les individus interviennent activement dans leur manière de vivre ensemble »<sup>214</sup>. Le consentement, et plus particulièrement le consentement libre, définit le caractère libéral de ces théories en constituant la source de légitimation du pouvoir<sup>215</sup>. En effet, « il est crucial pour le libéralisme de transformer l'obéissance au pouvoir politique en un acte volontaire et autonome »<sup>216</sup>, car « c'est une manière de justifier le pouvoir sans porter atteinte à la souveraineté de l'individu »<sup>217</sup>.

**71.** Le consentement de l'individu est aussi intimement lié à la souveraineté de l'individu dans les théories libérales originelles. Chez Locke, cette conception trouve son origine dans sa vision du pouvoir. Locke pense l'individu dans l'état de nature à partir de sa souveraineté<sup>218</sup>. Il développe une conception de « la puissance [...], au sens de Hobbes, comme la capacité qu'ont les êtres humains de se gouverner eux-mêmes [...] et de juger du bien en dehors de toute organisation étatique ». Dès lors, à la différence de Rousseau, « les droits de l'individu à l'état de nature précèdent ses droits de citoyen ». Cela justifie leur protection dans tous les cas, à partir de la conscience de l'individu qui existe, quelle que soit l'organisation politique<sup>219</sup>. Pour Locke, « l'individu est souverain et [...] il est la source de la souveraineté pour des raisons métaphysiques et morales, et non simplement en tant que membre du corps politique [...] »<sup>220</sup>. Or, cette « souveraineté de la conscience individuelle trouve son expression dans le caractère inviolable de l'être humain qui n'appartient à nul autre qu'à lui-même »<sup>221</sup>. Chez Locke, la

---

<sup>213</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social* [1762], présenté par B. Bernardi, Paris : Flammarion, 2012, p. 53 (livre I<sup>er</sup>, chap. 6) : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. »

<sup>214</sup> C. Audard, *op. cit.*, p. 219.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 220 : « Ce qui distingue toutefois le contractualisme de l'utilitarisme, c'est la valeur qu'y prend la liberté, le consentement libre comme source de justice et de légitimité. C'est pourquoi on parlera à son sujet de "libéralisme de la liberté". »

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 56 : « La souveraineté de l'individu face aux pouvoirs religieux et politiques est fondée dans une représentation de la conscience humaine qui se modèle sur la volonté divine : un pouvoir de décision et de se gouverner soi-même (*self-government*) que rien ne peut outrepasser. »

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 57-58 : « Aussi Locke est-il en mesure de justifier le droit de propriété comme dérivant du droit de propriété de soi et de résistance, au nom de la conscience qui est le fidèle écho de la loi de la nature et est indépendante des formes changeantes du pouvoir politique comme des lois. Les individus sont ainsi dans une position qui leur permet de juger de la justice des lois et de la conduite du souverain parce que, par leur conscience, comme l'Antigone de Sophocle, ils surplombent toute organisation politique. »

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 59.

propriété est pensée comme un moyen d'opposition au pouvoir et comprend des éléments immatériels, comme la propriété de soi<sup>222</sup>. De même, l'autonomie kantienne se trouve liée aux théories libérales par le rejet de la subordination<sup>223</sup>. En effet, « Kant retrouve, à partir d'un fondement différent, le langage du libéralisme classique et des droits naturels imprescriptibles, en les dérivant non pas de la conscience, comme chez Locke, mais de la volonté, de la capacité à agir volontairement, comme véritable auteur de ses actes »<sup>224</sup>, ce qui fonde sa dignité<sup>225</sup>. L'autonomie kantienne semble donc davantage liée au consentement que la souveraineté de l'individu chez Locke. Pourtant, à partir des théories contractuelles qui se feraient l'écho de la propriété de soi, le consentement semble avoir été intimement lié à la souveraineté de l'individu et à la propriété de soi.

**72.** Le consentement est enfin perçu comme le moyen de valider juridiquement les actions des individus. Autrement dit, le consentement aurait une puissance normative. Cette idée est conceptualisée de deux manières différentes.

**73.** En droit civil français, et plus précisément en droit des contrats, elle a été intégrée par les juristes dans le cadre contractuel sous la forme de la théorie de l'« autonomie de la volonté »<sup>226</sup>. L'autonomie de la volonté est un « concept doctrinal »<sup>227</sup> selon lequel « des individus peuvent par leur volonté se donner leur propre loi »<sup>228</sup>. Il a été érigé comme

---

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 63 : « L'important pour le libéralisme naissant est que le droit de propriété puisse être légitimé, de façon à permettre de s'opposer aux abus du pouvoir politique et à garantir l'indépendance et l'inviolabilité de l'espace privé, et que, dans ce terme de propriété, on inclue la propriété de soi, l'intégrité physique et spirituelle de la personne, les droits de conscience, et non pas uniquement les possessions matérielles. »

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 84 : « Le second élément est la doctrine de l'autonomie que le libéralisme annexe aisément parce qu'elle est si proche de celle de l'autodétermination, du *self-government* ou *self-direction* qui, depuis la Réforme, justifie la résistance à toute forme de subordination ou d'autorité naturelles. » Kant s'écarterait en revanche des théories libérales car son « individualisme [...] est abstrait et universaliste » (*ibid.*, p. 85) et non empirique. En effet, « Kant se sépare cependant du libéralisme car, pour lui, l'individu empirique dans sa singularité, son caractère unique, n'a pas de valeur. Instance empirique de l'humanité, il n'a pas de valeur en lui-même. [...] L'autonomie de la volonté est une propriété qui ne décrit pas un individu empirique particulier ou la force de son "caractère", comme pour Locke ou Mill, mais qui, en raison de la finitude humaine, est condamnée pour s'exercer à s'incarner comme un impératif catégorique dans cette forme individuée. » (*Ibid.*).

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 84-85.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 84 : « La liberté pour Kant a un fondement métaphysique dans la capacité de la volonté du Moi nouménal à agir non pas sous l'effet d'inclinations, mais par respect pour la loi qu'il s'est fixée à lui-même et qu'il peut universaliser à tout autre être humain. C'est à ce moment-là qu'il est digne de respect et dit être traité comme une fin en soi et pas seulement comme un moyen, parce qu'il est capable de fixer des fins, de donner une valeur à ce qui est. »

<sup>226</sup> Pour une présentation générale, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 531 et s. et p. 581 et s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil : les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. 8 et s., n° 19 et s. Il faut distinguer cette théorie de l'autonomie de la volonté au sens philosophique, et notamment l'autonomie de la volonté kantienne (v. C. Audard, *op. cit.*, p. 84).

<sup>227</sup> V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris : Puf, 1980, p. 10.

<sup>228</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 9, n° 22.

« fondement à la force obligatoire du contrat »<sup>229</sup>. Le consentement, volonté initiatrice du contrat, est ainsi intimement lié à la théorie de l'autonomie de la volonté dans les théories contractuelles. Ce lien s'explique historiquement par l'attention croissante accordée au volontarisme dans le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle : « les controverses engagées à cette époque sur la nature du contrat conduisent une partie des auteurs à puiser leurs conceptions dans la philosophie du droit [...], pour imposer l'idée selon laquelle les droits et obligations de type contractuel sont issus de la volonté des auteurs de la convention. C'est une certaine idée du volontarisme qui passe dans la doctrine civiliste et plus spécifiquement dans la théorie du contrat sous l'expression "autonomie de la volonté" »<sup>230</sup>. La rencontre du volontarisme et des théories consensualistes du contrat a conféré une place toute particulière au consentement<sup>231</sup>. En particulier, elle fait du consentement ce qu'il représente aujourd'hui en droit des personnes<sup>232</sup> en lui conférant une acception plus individuelle et unilatérale<sup>233</sup> et en insistant sur sa subjectivité et donc la protection de son intégrité<sup>234</sup>.

La théorie de l'autonomie de la volonté a été largement relativisée<sup>235</sup>, notamment à la suite des travaux de Véronique Ranouil<sup>236</sup>. L'expression d'autonomie de la volonté participe d'une création *a posteriori* de ce qui aurait été le fondement notamment du droit des contrats<sup>237</sup>. L'autonomie de la volonté a été théorisée dans le but de la critiquer<sup>238</sup>. Mais, ce faisant, on « lui offrit une place au Panthéon des idées juridiques »<sup>239</sup>. La notion fut ainsi théorisée comme un principe essentiel du droit des contrats guidant ses mécanismes, jusqu'à ce que des doutes apparaissent sur sa pertinence<sup>240</sup>. La théorie de l'autonomie de la volonté n'est donc certes plus

<sup>229</sup> M. Latina, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Contrat : généralités », mai 2017, act. oct. 2023, n<sup>o</sup> 136.

<sup>230</sup> V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, C. Atias, Paris : LGDJ, 2007, p. 335-336, n<sup>o</sup> 465.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 338, n<sup>o</sup> 468 : « Les liens progressivement tissés entre le consensualisme et le volontarisme juridique agissent sur la notion de consentement. Il en devient un élément contractuel complexe [...] ainsi que le point de rattachement de l'obligation à la volonté juridique [...] ».

<sup>232</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 472.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 338, n<sup>o</sup> 469.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 338, n<sup>o</sup> 468. V. aussi *ibid.*, p. 337, n<sup>o</sup> 466 : « Le consensualisme a produit une notion de consentement complexe, subjective et unilatérale. »

<sup>235</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 107 et s., n<sup>o</sup> 126-127 ; M. Latina, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 136 et s.

<sup>236</sup> V. Ranouil, *op. cit.*

<sup>237</sup> L'autrice montre aussi le développement de cette théorie en droit international privé, au fil de son raisonnement. Le droit international privé aurait en effet précédé le droit interne dans la naissance juridique du concept d'autonomie de la volonté. En revanche, la théorie de l'autonomie de la volonté serait d'abord devenue hégémonique, dans son idée, en droit interne (*ibid.*, p. 18).

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>239</sup> F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Droit et philosophie*, vol. 4, 2012, p. 155.

<sup>240</sup> *Ibid.* Sur les limites de l'autonomie de la volonté au regard du droit applicable, v. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 107, n<sup>o</sup> 126.

présentée aujourd'hui comme une évidence<sup>241</sup>. Elle a cependant tant imprégné le droit des contrats, au point de modifier la notion contractuelle de consentement, que la conceptualisation du consentement en sort aujourd'hui fortement marquée.

74. Le pouvoir normatif du consentement, témoignage de son appartenance au libéralisme politique, est également conceptualisé à partir de la maxime *volenti non fit injuria*. En excluant la responsabilité de l'auteur d'une atteinte en cas de consentement de la victime, elle donnerait au consentement une forme normative particulière. La volonté individuelle serait elle-même source de droit en régulant les interactions interindividuelles. Le « préjudice consenti »<sup>242</sup> serait ainsi l'expression du libéralisme en droit. La plupart des auteurs la mentionnent par rapport au droit français pour la rejeter, précisément en raison des valeurs libérales que ce principe porterait. Michela Marzano estime ainsi que « faire du consentement le seul critère capable de départager le légitime et l'illégitime au nom du respect des libertés fondamentales de l'être humain amène à vider de leur sens les droits de l'homme »<sup>243</sup>. Les juristes partent de la pensée philosophique du consentement pour le conceptualiser comme un outil libéral. Comme l'exemple de l'appréhension de la maxime *volenti non fit injuria* le montre, cette théorisation s'exprime aussi par la critique du rôle du consentement. C'est en particulier le cas de l'association du consentement à un conflit qui opposerait liberté et dignité.

## §2. L'association du consentement à un conflit opposant liberté et dignité

75. La conceptualisation libérale du consentement s'appuie dans la théorie juridique sur l'association au consentement à un conflit normatif supposé entre les principes de liberté et de dignité. Le consentement serait l'expression de la liberté de l'individu et dès lors inscrit dans une politique juridique libérale. Les auteurs placent ainsi le consentement au cœur d'une hiérarchie axiologique entre liberté et dignité (A) pourtant tempérée en philosophie (B).

---

<sup>241</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 9 et s.

<sup>242</sup> A.-D. Mornington, « Vendre ses organes : un cas de préjudice consenti ? », *Raisons politiques*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 57.

<sup>243</sup> M. Marzano, *Je consens, donc je suis... : Éthique de l'autonomie*, Paris : Puf, 2006, p. 184. En effet, « après avoir été valorisé comme un moyen de défense contre le pouvoir des plus forts et avoir été considéré comme l'expression de l'autonomie personnelle, le consentement se transforme en un moyen d'oppression servant à justifier des attitudes violentes et possessives qui tirent parti des fragilités et des failles des êtres humains » (*ibid.*).

A. Le consentement au cœur d'une hiérarchie axiologique

76. Les juristes décrivent aussi la norme de consentement comme libérale. Ils le font toutefois indirectement à travers un conflit juridique imprégnant le droit des libertés fondamentales et le droit des personnes. Deux conceptions alternatives du droit et de la personne s'opposeraient. Soit la liberté de l'individu conditionnerait sa dignité, ce qui supposerait qu'elle ne soit jamais limitée par des considérations relatives à la dignité, comme la protection de la personne contre elle-même. Soit la dignité de l'individu conditionnerait sa liberté, ce qui implique à l'inverse que des conditions relatives à sa dignité puissent limiter sa liberté. Cette opposition de valeurs n'implique pas, en apparence, le consentement juridique. Pourtant, le consentement en droit des personnes a principalement été conceptualisé comme un outil libéral à travers ce débat axiologique et politique. Le consentement a été présenté comme l'expression de la liberté de la personne, ce qui suppose en conséquence de s'interroger sur sa limitation par le principe de dignité. Par ce conflit doctrinal, les juristes ont ainsi affirmé le caractère libéral du consentement.

77. Certaines institutions se sont fait l'écho de ce conflit en dépassant le rattachement implicite du consentement au libéralisme qui imprègne les autres discours institutionnels. Elles lient explicitement le consentement à la discussion sur la hiérarchie entre liberté et dignité. En 2015, la Commission nationale consultative des droits de l'homme estime que « cette attention accordée au consentement prend place dans un débat plus large de philosophie du droit entre deux conceptions de la personne humaine. Ainsi, aux tenants d'une approche "subjective" de la personne s'opposent les tenants d'une conception "anthropologique" de celle-ci. Selon la première approche, c'est l'autonomie du sujet qui est mise en avant, à savoir sa capacité d'autodétermination, "son pouvoir de soi sur soi". En tant qu'il est l'expression de la volonté de la personne, le consentement donné est ici central pour reconnaître la légitimité des engagements. Selon la seconde approche, c'est la dignité de la personne qui est première et qui relativise par conséquent la portée de l'autodétermination. Celle-ci peut être en effet disqualifiée dès lors qu'elle porte atteinte à l'intégrité de soi ou à la dignité humaine »<sup>244</sup>.

78. Le Conseil d'État opposait de la même manière, en 2018, des approches subjective et objective de la dignité qui décrivent les deux pôles de ce conflit. Le Conseil d'État part du

---

<sup>244</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, n° 4.

principe de liberté : « Tous les pays démocratiques reconnaissent le principe d'autonomie comme fondement de la liberté individuelle. La valeur reconnue à la volonté conditionne l'étendue de la libre disposition d'un individu vis-à-vis de son corps. »<sup>245</sup> En même temps, « le principe de dignité, dans la logique du code de Nuremberg, est quant à lui au fondement de la réflexion bioéthique et irrigue les législations qui en découlent »<sup>246</sup>. Le lien entre les deux résulte du constat que « dans la conception occidentale, il [le principe de dignité] ne saurait être pensé en dehors de la liberté qui est aussi le propre de l'homme »<sup>247</sup>. L'étude du Conseil d'État développe ainsi l'articulation entre les principes de liberté et de dignité, à partir de l'idée que « les relations entre les deux notions varient considérablement selon les philosophies juridiques, qui accordent des portées différentes à cette notion de dignité »<sup>248</sup>. D'un côté, selon une approche subjective de la dignité, elle « est dans l'exercice même de la liberté. Elle se confond alors avec l'autonomie de l'individu, exigeant uniquement le recueil de son consentement préalable s'il est porté atteinte à l'intégrité de son corps »<sup>249</sup>. De l'autre, selon une approche objective, la dignité est « un principe d'humanité transcendant chaque individu et qui ne peut jamais s'abandonner. Elle se prolonge dans le principe d'indisponibilité du corps humain. La portée de la liberté de l'individu s'en trouve d'autant limitée »<sup>250</sup>. Cette analyse gouvernerait les choix de politique bioéthique : « si toutes les législations recherchent une conciliation entre les principes de dignité, de liberté et de solidarité, la pondération différente accordée à chacun d'entre eux débouche sur des modèles hétérogènes »<sup>251</sup>. La première approche correspondrait plutôt au droit anglo-saxon ou de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>252</sup>. Le modèle français reposerait sur un « équilibre » entre liberté, dignité et solidarité à partir de sa « conception particulière du corps humain »<sup>253</sup>. Le respect de la dignité de la personne occuperait une place « de premier plan »<sup>254</sup>, mais « la liberté personnelle inspire aussi le cadre

---

<sup>245</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 32.

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> *Ibid.*

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 32 : « C'est plutôt cette conception qui transparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme [...] et qui est présente dans les législations anglo-saxonnes. »

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 14 : « Ce détour comparatiste a le mérite de mettre en lumière le point d'équilibre actuel du système français : ce dernier apparaît reposer sur une conception particulière du corps humain, découlant de l'importance accordée au principe de la dignité de la personne humaine. Cette conception s'incarne dans les principes de respect, d'invulnérabilité et d'extra-patrimonialité du corps, qui visent à protéger l'individu indépendamment même de sa volonté. » V. aussi *ibid.*, p. 36 : « Le cadre juridique français est inspiré par une conception particulière du corps humain, qu'il n'a pourtant jamais défini. Elle se traduit par un équilibre entre les trois notions de dignité, liberté et solidarité, qui conduit à conférer une place de premier plan à la notion de dignité. »

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 36.



national »<sup>255</sup>. Or, précisément, les normes relatives au consentement témoigneraient du poids de la liberté individuelle<sup>256</sup>. Dans la tension entre liberté et dignité irriguant les politiques juridiques bioéthiques, le consentement représenterait la liberté.

79. Cette ambivalence se retrouve au fil de certains discours institutionnels. Elle représente une manière d'appréhender le consentement et de le rattacher indirectement aux théories libérales. Dans son avis sur les personnes vulnérables, la Commission nationale consultative des droits de l'homme propose de « revenir sur la notion de consentement et de l'analyser à travers l'exemple des personnes vulnérables, en s'interrogeant sur les moyens de respecter l'autonomie des personnes vulnérables tout en assurant, si nécessaire, leur protection »<sup>257</sup>. Consentement et autonomie sont ainsi liés, mais limités quand l'avis précise « que les auditions ont pu montrer qu'il ne faudrait pas pousser l'autonomie de la volonté à l'extrême. L'espace du consentement est en effet un espace de tensions multiples entre la volonté de la personne vulnérable et les dispositifs familiaux et/ou institutionnels ayant responsabilité et autorité sur sa protection, de droit ou de fait, et qui l'ont en charge. S'il semble évident que la volonté de la personne - même très vulnérable - doit primer, celle-ci ne peut être considérée comme un absolu, dans la mesure où elle s'inscrit dans un contexte familial, social, économique et institutionnel que l'on ne peut négliger »<sup>258</sup>. Cette tension, où le consentement représente l'autonomie, est encore exprimée quand la Commission conclut que « l'analyse des problèmes soulevés par le recueil du consentement de la personne vulnérable et par le respect de sa volonté témoigne des tensions inhérentes à la notion même de consentement : tension entre les souhaits et le possible, tension entre la volonté de l'individu et la volonté de son entourage - toutes deux légitimes - tension entre le désir de l'individu et l'autorité d'une instance extérieure ou de la norme sociale... Se pose dès lors la question du primat de la volonté de la personne sur des considérants protecteurs ou moraux, et de ses limites »<sup>259</sup>.

De même, le conflit entre un consentement symbole de liberté et les limites imposées par la dignité protectrice de l'individu se retrouvent dans l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme quand elle estime qu'« aucune des approches qui nieraient cette liberté en lui préférant la liberté de réutilisation des données personnelles

---

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>256</sup> *Ibid.* : « Pour autant, la liberté personnelle inspire également le cadre national : elle se retrouve dans l'importance accordée à l'expression du consentement et dans la valeur croissante attachée au droit au respect de la vie privée. »

<sup>257</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, n° 5.

<sup>258</sup> *Ibid.*, n° 38.

<sup>259</sup> *Ibid.*, n° 40.

indépendamment de la volonté de l'individu, ou encore qui affirmeraient à l'excès la nécessité d'une intervention tutélaire de la puissance publique, postulant que l'individu dans le monde du "big data" serait incapable de veiller à ses données, ne saurait être suivie »<sup>260</sup>.

Le Conseil d'État rattache lui aussi le consentement à la problématique de protection de la personne contre elle-même. Il rappelle ainsi que « la jurisprudence, pénale puis civile a façonné au cours du XX<sup>e</sup> siècle la règle selon laquelle le consentement de celui qui subit une atteinte au corps n'atténue jamais la responsabilité de celui qui la porte, dans une logique de protection de l'individu contre autrui mais aussi contre lui-même »<sup>261</sup>.

Le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes envisage également le consentement à partir d'une tension entre liberté et dignité lorsqu'il rend un avis sur la prostitution. Le Haut Conseil rappelle « une persistance du discours règlementariste qui défend l'idée selon laquelle il existerait une prostitution librement choisie, aux côtés d'une prostitution "forcée" par les réseaux de traite et de proxénétisme »<sup>262</sup>. Il lie ce discours à celui associant consentement et liberté : « L'emploi de cette terminologie s'accompagne généralement d'un discours autour de la "liberté" des femmes et des hommes à consentir à la prostitution. »<sup>263</sup> Or, des travaux féministes se sont précisément « interrog[és] sur la notion de libre choix »<sup>264</sup>. Le consentement est ainsi inscrit dans les théories libérales à travers un conflit autour des limites du libre choix et de la liberté.

**80.** La doctrine juridique caractérise le consentement au sein du conflit qui opposerait liberté et dignité. Mais, contrairement aux institutions, le débat est présenté comme une question purement juridique et non plus comme relevant d'un choix politique ou axiologique. Geneviève Pignarre présente ainsi le consentement comme un outil au service de la souveraineté de l'individu à travers un principe d'autonomie. Elle estime qu'« une approche maximaliste et débridée de l'«autonomie individuelle» peut tout d'abord être dévastatrice pour l'être humain. Survalorisant un consentement, fondé sur un mystificateur "Je veux, donc j'ai des droits", elle peut se faire l'auxiliaire des pires asservissements, conduire à la négation de

---

<sup>260</sup> CNCDH, *Protection de la vie privée à l'ère du numérique*, Avis, 22 mai 2018, n° 43.

<sup>261</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 36.

<sup>262</sup> HCE, *Avis sur la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. Cinq ans après : renforcer et harmoniser sa mise en œuvre pour répondre aux urgences sur le terrain*, Avis n° 2021-05-19-VIO-48, 19 mai 2021, p. 11.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> *Ibid.* Le Haut Conseil rappelle que « Catherine Le Magueresse, dans *Les pièges du consentement* (2021), s'appuyant sur Muriel Fabre-Magnan (*L'institution de la liberté*, 2018) note que la fonction de la notion de liberté est de préserver des droits mais ne peut servir à justifier une exploitation, quand bien même la personne exploitée pense et dit se sentir libre vis-à-vis de celle-ci. » (*Ibid.*)

l'humanité d'un individu. Cet aspect des choses peut se rencontrer dans des hypothèses extrêmes de contrats de sadomasochisme entre adultes "consentants", et dans lesquelles le corps soumis du sujet devenu agent - lequel revendique, ab initio tout au moins, la qualité d'esclave - constitue l'instrument de la toute-puissance d'autrui »<sup>265</sup>.

**81.** La conceptualisation du consentement au sein d'une hiérarchie entre liberté et dignité a tout particulièrement été développée par Muriel Fabre-Magnan. Au sein de cette tension, le consentement serait associé à la liberté et l'autonomie de la personne et serait donc profondément libéral. La liberté devrait pourtant être conditionnée par la dignité de la personne, ce qui impliquerait de ne pas faire du consentement la seule condition de validité des actes.

Muriel Fabre-Magnan part de l'idée que le consentement serait conçu comme une condition centrale au service de l'autonomie et de la liberté, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>266</sup>. L'autrice dénonce ainsi « la toute-puissance du consentement au nom de la liberté »<sup>267</sup>. Dans *L'institution de la liberté*, elle détaille ce raisonnement. Selon elle, « la liberté entendue comme un droit général à l'autodétermination, c'est-à-dire comme la faculté de faire des choix et de mener sa vie comme on l'entend, recèle ainsi de nombreux pièges dans lesquels la Cour se laisse prendre. En particulier, cette définition de la liberté a logiquement mis au centre le critère du consentement. La Cour européenne s'y engouffre, et se laisse enfermer dans l'idée que la liberté comme autonomie personnelle aurait pour seule définition et pour seule exigence la libre expression de ses choix par la personne, et donc pour seul critère le consentement de celle-ci »<sup>268</sup>. Par exemple, « l'obnubilation sur le seul sésame du consentement est particulièrement frappante dans une affaire *K. A. et A. D. c. Belgique* »<sup>269</sup> et « la Cour européenne des droits de l'homme fait ainsi du consentement de la femme le seul critère permettant de juger de la légitimité de ces pratiques »<sup>270</sup> - « la mort consentie est l'exemple limite mais aussi paradigmatique de l'autonomie personnelle définie comme autorisant la personne à ce que tous ses droits lui soient retirés »<sup>271</sup>.

---

<sup>265</sup> G. Pignarre, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie (suite) », *RDC*, n° 3, 2011, p. 989. Pour une approche modérée de l'influence de la règle « *volenti non fit injuria* » en droit français, v. F. Viangalli, « Le consentement à la violence et la règle *volenti non fit injuria* dans la responsabilité civile », *Droits*, vol. n° 49, n° 1, 2009, p. 29.

<sup>266</sup> M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D.*, 2008, p. 31 ; M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J. Marguénaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, vol. n° 48, n° 2, 2008, p. 3 ; M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018. V. déjà M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.

<sup>267</sup> M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D.*, 2008, p. 31.

<sup>268</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 52.

<sup>269</sup> M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 155.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 172.

À l'inverse, « l'équation consentement = liberté est cependant, en droit, un peu courte »<sup>272</sup>. Le rôle de la volonté ne devrait pas être illimité, au risque de mettre en cause le droit lui-même : « Le droit ne peut cependant renoncer à un contrôle des actes et admettre que toutes les infractions soient effacées en cas de consentement sans que tout y passe : les atteintes à l'intégrité physique, la torture, la barbarie, l'esclavage, ou encore le meurtre. Le droit tout entier se trouvera dissous si son application est soumise à l'approbation - et donc subordonnée à la volonté - de ses destinataires. »<sup>273</sup> Le droit ne devrait donc pas faire du consentement le seul critère de validité des actes. Dès lors, « la question n'est pas de savoir si le consentement doit être un critère de la licéité des actes : il l'est indiscutablement dans tous les cas d'exercice d'une liberté individuelle. La seule question est de savoir si ce consentement doit être un critère suffisant, ou si des interdits sont encore possibles malgré le consentement des personnes »<sup>274</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme aurait dû suivre cette position : « L'affaire *K.A. et A. D. c. Belgique* aurait pu être une occasion d'affirmer que l'article 8 (droit au respect de la vie privée) ne peut être utilisé pour justifier de graves atteintes à l'intégrité corporelle, ou des actes de torture ou de barbarie. Plus généralement, le droit à l'autonomie personnelle déduit du droit au respect de la vie privée ne devrait pouvoir être invoqué pour valider la renonciation par une personne à ses droits et libertés fondamentaux, et donc en réalité pour la priver, avec son consentement, de ces droits et libertés. »<sup>275</sup>

La limitation du supposé pouvoir du consentement serait justifiée par la protection de la dignité de la personne. Certes, Muriel Fabre-Magnan critique qu'« en droit français, la dignité [soit] plutôt opposée à la liberté, comme deux pôles antagonistes et irréconciliables »<sup>276</sup>. Mais elle développe une vision de la dignité qui limiterait l'autonomie de la personne : « la dignité est au fondement de la liberté et des droits de l'homme »<sup>277</sup> et « a, fondamentalement, ce statut d'axiome »<sup>278</sup>, de sorte que la dignité est un « fondement » du droit<sup>279</sup>. De la sorte, la dignité conditionnerait la liberté et le consentement d'un individu ne pourrait le priver de sa liberté<sup>280</sup>. Le consentement de la personne perdrait tout intérêt dès lors qu'existerait une atteinte à la

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 164-165.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 171 ; v. aussi *ibid.*, p. 152-153 : « La reconnaissance de la liberté des personnes suppose, nous l'avons vu, de faire de leur consentement une condition nécessaire, et même la condition première de la validité de leurs actes. La question se pose cependant de savoir si ce consentement doit aussi être une condition suffisante, ou si des limites peuvent parfois être posées à ce qui est légalement admissible même avec l'accord des personnes. »

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 262. L'opposition entre dignité et liberté serait « un faux procès » (*ibid.*, p. 245 et s.).

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 343 et s.

dignité de la personne. Pour mieux comprendre cette position, on peut se référer à l'analyse faite par Muriel Fabre-Magnan de l'affaire *Morsang-sur-Orge*. Pour rappel, était en question la légalité de l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nain »<sup>281</sup>. Selon le Conseil d'État, « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine » et « 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 »<sup>282</sup>. Muriel Fabre-Magnan, revenant sur cette affaire, estime que « dans tous les cas, la question juridique ne se posait pas en termes de liberté individuelle. Ce n'est pas à dire pour autant que la solution - à savoir l'interdiction du spectacle - était évidente ni même justifiée. La discussion n'avait cependant pas à porter sur le consentement du nain, mais uniquement sur le trouble à l'ordre public (s'il s'agissait de statuer sur l'arrêté d'interdiction du maire) ou sur la contrariété du jeu à l'ordre public (s'il s'était agi d'apprécier la validité du contrat liant le nain à la discothèque) »<sup>283</sup>. Si le consentement est un élément incontournable de l'équation, il devrait être pondéré, dans tous les cas, par l'évaluation de l'atteinte à la dignité. Or, celle-ci ne devrait pas prendre en compte le consentement de la personne, mais l'objet de l'acte litigieux. En ce sens, Muriel Fabre-Magnan défend la « conception anthropologique » de la personne développée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme<sup>284</sup>.

**82.** La hiérarchisation entre liberté et dignité est tout autant construite autour du consentement pour les juristes écartant une protection de la personne contre lui-même. Une approche favorisant l'autodétermination supposerait de donner davantage de poids au consentement de la personne et de supprimer les limites qui lui sont imposées. Scarlett-May Ferrié estime ainsi que « le principe d'autodétermination implique [...] un tout autre postulat : toute atteinte est justifiée dès lors qu'elle est l'objet d'un choix issu d'une volonté autonome. La réception du principe d'autodétermination en droit français oblige donc à élargir le rôle de la volonté du sujet pour gagner en liberté, et ce même lorsque la volonté vise une atteinte à l'intégrité corporelle »<sup>285</sup>. Elle soutient ainsi « la revalorisation [...] du rôle du consentement

<sup>281</sup> CE ass., 27 oct. 1995, n° 136727, publié au Recueil, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

<sup>282</sup> *Ibid.*, cons. 3.

<sup>283</sup> M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 266.

<sup>284</sup> V. *supra*, n° 77 ; CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, n° 4.

<sup>285</sup> S.-M. Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2018, p. 128, n° 198.

dans l'article 16-3 du Code civil »<sup>286</sup>. De la même manière, « l'inaptitude du consentement à jouer le rôle d'un fait justificatif en droit pénal constitue un obstacle à la réception du principe d'autodétermination en droit français qui implique, à l'inverse, de pouvoir choisir de consentir à toute atteinte à son intégrité physique »<sup>287</sup>. Elle en vient à partager la même interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que Muriel Fabre-Magnan, puisque le consentement serait l'outil par excellence de l'autodétermination et du libéralisme. Ainsi, « parce que l'ordre public ne peut servir qu'une ingérence visant la protection des droits des tiers, il est inapte à protéger la personne contre elle-même. Dès lors, la volonté individuelle doit être pleinement respectée. C'est ce qu'illustre la Cour européenne des droits de l'homme en faisant jouer au consentement le rôle de fait justificatif dans le cadre de la vie privée. Faisant sien le paradigme libéral selon lequel la liberté des uns ne peut avoir pour limite que la liberté des autres, la Cour européenne impose le respect absolu d'une manifestation de volonté dans le cadre de la vie privée dès lors qu'elle ne porte atteinte qu'à sa propre intégrité »<sup>288</sup>. Le consentement devrait donc jouer un rôle plus important. Peu importe la prise de position, le postulat de départ est le même : le consentement est par essence libéral.

**83.** Le consentement se trouve ainsi attrait dans une problématique qui relève davantage d'un choix politique ou de valeurs. Il s'agit avant tout de savoir pour quelles raisons la liberté de la personne pourrait être limitée. En droit, ce questionnement se pose généralement sous la forme de la détermination du domaine de l'ordre public<sup>289</sup> comme limitation de la volonté ou d'une liberté. Il rejoint pourtant une question d'orientation politique vers plus ou moins de libéralisme ou de paternalisme. Diane Roman l'a souligné à propos de la problématique protection de l'individu contre lui-même : « Deux modèles philosophiques et moraux s'opposent pour penser l'encadrement juridique de la relation de soi à soi : le modèle autonome, que l'on rattache souvent à la tradition de l'individualisme anglo-saxon telle qu'issue de la pensée de Locke ou de Mill, et un modèle plus protecteur, voire paternaliste, que l'on prête à la conception continentale. »<sup>290</sup> D'un côté, « le premier fait de la volonté individuelle le fondement du fait social et du contrat social »<sup>291</sup>, ce qui justifie de limiter l'action

---

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 136, n° 212.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 347, n° 580.

<sup>289</sup> P. Deumier, T. Revet, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy : Puf, 2003, D. Alland, S. Rials (dir.), v° « Ordre public », p. 1119 ; J.-J. Lemouland, G. Piette, J. Hauser, *Rép. civ. Dalloz* ; v° « Ordre public et bonnes mœurs », févr. 2019, act. : juin 2023.

<sup>290</sup> D. Roman, « A corps défendant » *D.*, 2007, p. 1284.

<sup>291</sup> *Ibid.*

de l'État dès lors que la liberté de l'individu ne nuirait qu'à lui-même<sup>292</sup>. Le consentement de la personne primerait au nom de son épanouissement<sup>293</sup>. De l'autre, « à cette autodétermination s'opposerait une autre définition de l'autonomie », et « la loi posée par tous peut aller à l'encontre de la volonté des uns, quand bien même cette volonté n'engagerait que la destinée de leurs auteurs »<sup>294</sup>. L'État peut alors protéger l'individu contre lui-même. Le consentement a ainsi été élevé comme pièce maîtresse de la problématisation en droit d'un questionnement plus large, qui relève de choix politiques et axiologiques. Le consentement semble représenter le critère juridique de cette question.

**84.** Les débats autour de la hiérarchisation de la liberté et de la dignité s'appuient sur la pensée philosophique et notamment sur les textes originels du libéralisme. Pourtant, le conflit entre liberté et dignité autour du consentement est tempéré par les philosophes.

#### B. Un conflit tempéré par des philosophes

**85.** L'analyse philosophique du rapport entre consentement, liberté et dignité relativise le prétendu conflit entre liberté et dignité dont le consentement serait l'objet. Deux philosophes se sont plus particulièrement penchées sur cette problématique : Michela Marzano dans son ouvrage *Je consens, donc je suis... : éthique de l'autonomie*<sup>295</sup> et Manon Garcia à travers son livre *La conversation des sexes : philosophie du consentement*<sup>296</sup>. Les deux œuvres ont l'avantage de produire un discours général sur le consentement en philosophie avec une perspective sur le droit et d'être placées dans le contexte français, ce qui évite les contresens. Le consentement y est lié au libéralisme et à l'autonomie personnelle. Ce lien est explicité d'un point de vue philosophique, qui explique le discours lié à l'idée de consentement *en général*.

**86.** Dans chacun de leur ouvrage, les philosophes soulignent la différence fondamentale entre le consentement au sens juridique et le consentement au sens philosophique. Pour Michela

---

<sup>292</sup> *Ibid.* : « Les pouvoirs de l'État doivent donc nécessairement être réduits et bornés par les libertés dont les individus jouissaient avant l'entrée en société. Que l'État intervienne pour contrôler le jeu social et garantir les libertés de chacun est évident. Pour le reste, les pouvoirs publics doivent se cantonner à une prudente abstention dès lors que l'individu ne prend des décisions qu'en ce qui concerne sa seule destinée. »

<sup>293</sup> *Ibid.* : « Puisque l'ordre juridique libéral place l'épanouissement de la personne parmi ses finalités, il lui faut s'incliner devant un constat : cet idéal est forcément le fruit de choix individuels. Quitte à consentir que l'épanouissement conduise à l'anéantissement... »

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> M. Marzano, *Je consens, donc je suis... : Éthique de l'autonomie*, Paris : Puf, 2006, p. 73.

<sup>296</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021.

Marzano, « il existe une différence fondamentale entre la notion juridique de consentement et le principe éthique d'autonomie personnelle : si dire “oui” ou “non” à quelque chose nous permet de nous protéger des autres et de manifester notre point de vue concernant une certaine conduite ou un certain acte, ce “oui” et ce “non” ne sont une manifestation d'autonomie que lorsqu'ils expriment notre vision du monde, notre projet de vie, nos désirs de deuxième ordre. Afin de justifier une action, il faut que l'on puisse donner les raisons pour lesquelles celle-ci a été accomplie, des raisons capables de renvoyer à ce qu'un individu pense, croit et désire concernant son existence »<sup>297</sup>. Le consentement n'est ainsi synonyme d'autonomie que lorsqu'il permet effectivement l'expression de ses choix, peu importe qu'il ait été formulé formellement.

Manon Garcia propose une distinction semblable qu'elle intellectualise sous l'opposition entre « morale formelle » et « morale substantielle »<sup>298</sup>. Cette distinction recouvre « deux conceptions de la volonté et de la liberté [...] en jeu et mélangées » dans l'affirmation selon laquelle « quand je consens, j'exprime ma volonté autonome ; s'il y a expression de la volonté autonome de la partie consentante, alors l'action est bonne au sens où elle est morale »<sup>299</sup>. La « morale formelle » consiste à dire que « à partir du moment où je consens d'une manière formellement acceptable, j'exprime ma volonté »<sup>300</sup>, alors que la morale substantielle exige que « le consentement en question soit véritablement un choix qui engage la morale et l'humanité de celui qui consent »<sup>301</sup>. Pour Manon Garcia, « au fond, la question est de savoir ce qu'on appelle volonté : considère-t-on que tous les choix que l'on fait, même sans y penser, manifestent notre volonté ou que la volonté au sens plein implique une délibération sur les moyens et sur les fins de notre action ? »<sup>302</sup>. La formulation formelle ou substantielle du consentement peut constituer dans les deux cas une manifestation de volonté et cela dépend de la définition qu'on lui donne. Manon Garcia se sert de cette distinction sémantique pour faire le lien avec « deux conceptions distinctes du pouvoir normatif du consentement »<sup>303</sup>, toutes deux faisant le lien entre libéralisme et autonomie, mais à partir de fondements différents. Ces deux conceptions sont également présentées par Michela Marzano qui, on le verra, montre qu'on peut les dépasser, contrairement à ce qu'affirment rhétoriquement certains auteurs.

---

<sup>297</sup> M. Marzano, *op. cit.*, p. 230.

<sup>298</sup> M. Garcia, *op. cit.*, p. 60.

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Ibid.*



87. Pour Manon Garcia, la « morale formelle » correspond à l'idée selon laquelle « le consentement génère des permissions fondées sur le renoncement à un droit », alors que la « morale substantielle » rejoint l'idée selon laquelle « le pouvoir justificateur du consentement provient du fait qu'il est une manifestation de la volonté autonome de la personne qui consent »<sup>304</sup>. La « renonciation à un droit », conception du consentement issue de la « morale formelle » est, selon Manon Garcia, une « conception libérale du consentement »<sup>305</sup>, qui appartient au registre des « analyses philosophiques contemporaines du consentement et en particulier du consentement sexuel »<sup>306</sup>. Elle serait « fondée sur une équivalence entre consentement et liberté »<sup>307</sup>, qu'elle développe principalement à partir de la philosophie libérale de John Stuart Mill. Selon elle, « chez Mill, le consentement est la manifestation de la liberté individuelle et, à ce titre, constitue un critère de justice »<sup>308</sup>. Cette sphère est encadrée, de sorte que « le concept de consentement est [...] central pour penser les rapports interindividuels dans la pensée libérale »<sup>309</sup>. D'une part, « la liberté individuelle implique négativement que je ne peux agir de sorte que je ferais du mal à autrui »<sup>310</sup> - il s'agit du *harm principle*, qui permet l'intervention de l'État ; d'autre part, elle a une implication « positive », qui consiste à « respecter sa liberté [celle du tiers] comprise comme auto-détermination », ce qui suppose « qu'autrui ait exprimé sa liberté autant que moi la mienne dans cette action »<sup>311</sup>. La philosophe tire deux éléments de cette conception du consentement chez Mill. D'abord, des « critères d'évaluation du consentement : pour que le consentement soit valable, il faut qu'il soit libre, volontaire et éclairé »<sup>312</sup>. Ensuite, que « le consentement est le critère de délimitation de la sphère d'action devant échapper à l'action de l'État »<sup>313</sup>. Si le consentement est « réel »<sup>314</sup>, c'est-à-dire qu'il correspond aux critères d'évaluation, alors il « n'est pas seulement une condition nécessaire, mais aussi une condition suffisante pour que l'action d'un individu sur un autre soit considérée comme devant être protégée contre une intervention étatique illégitime »<sup>315</sup>, de sorte

---

<sup>304</sup> *Ibid.* La distinction entre morale substantielle et formelle est déjà posée par Michela Marzano « dans le cadre de l'éthique sexuelle » (M. Marzano, *op. cit.*, p. 8).

<sup>305</sup> M. Garcia, *op. cit.*, p. 62.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 67. Mill parlant ici, comme l'indique Manon Garcia, de la condition de *free, voluntary and undeceived consent and participation* du tiers.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>315</sup> *Ibid.*

que « le consentement est alors le critère de légitimité d'une action d'un individu sur l'autre »<sup>316</sup>. Selon Manon Garcia, cette lecture implique, dans la philosophie contemporaine, que « le consentement est un accord formellement valide entre des personnes majeures et informées, qui génère des permissions telles que celui qui donne son consentement confère à celui qui le reçoit le droit de faire quelque chose qui, sans ce consentement, violerait les droits de celui qui donne son consentement »<sup>317</sup>.

**88.** Aux côtés de cette première conception du consentement issue de la « morale formelle », existe une autre conception issue de la « morale substantielle » et tirée de « l'idée que le consentement manifeste l'autonomie de la volonté de qui consent »<sup>318</sup>. Elle appartient cette fois au registre « de la conception juridique du consentement en droit français ainsi que des positions françaises en matière bioéthique »<sup>319</sup>. L'autrice souligne toutefois que « ce que signifie exactement ce principe d'autonomie de la volonté fait débat chez les juristes »<sup>320</sup>, ce qui la conduit à en présenter ici l'« idée générale »<sup>321</sup>. La philosophe développe cette conception du consentement à partir de la pensée de Kant.

Selon elle, « le droit et la morale ont pour fonction de protéger l'humanité ou la dignité des humains et par conséquent leur volonté autonome »<sup>322</sup>. Kant développerait une morale « substantielle »<sup>323</sup>, où l'« intention à l'œuvre dans l'action permet d'évaluer moralement cette action », et non son « résultat »<sup>324</sup>. Précisément, nous dit l'autrice, « Kant démontre que ce qui fait la valeur morale d'une action est le principe de la volonté qui guide cette action », et « les êtres rationnels possèdent une loi universelle qui peut être énoncée en ces termes : “Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle.”<sup>325</sup> »<sup>326</sup> Autrement dit, « une action est morale si et seulement si la maxime qui guide la volonté dans cette action est telle qu'elle puisse être universalisable ». Pour Kant, « c'est le concept d'humanité qui permet d'établir un lien entre cette capacité de se représenter sa propre loi et la formulation de l'impératif catégorique »<sup>327</sup> : « les êtres rationnels

---

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>319</sup> *Ibid.*

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> *Ibid.*

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> *Ibid.*

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, in *Œuvres Philosophiques*, II. *Des Prolégomènes aux écrits de 1791*, Paris : Gallimard, 1985, p. 285, selon M. Garcia, *op. cit.*

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 72.

reconnaissent qu'ils ont en commun d'être des êtres rationnels, que cela explique qu'ils possèdent en commun une loi morale universelle et que cela les oblige à reconnaître en eux-mêmes et chez les autres cette humanité qu'ils ont en commun et qui leur donne une dignité qu'il faut respecter »<sup>328</sup>.

Ainsi, « à travers cette notion d'humanité, Kant lie la moralité et la liberté. Il le fait en recourant à la notion d'autonomie. En effet, Kant montre que ce qui rend la volonté *bonne*, c'est-à-dire morale, c'est la propriété qu'elle a d'être sa propre loi - en grec *auto-nomos* »<sup>329</sup>. Ainsi, « quand nous agissons par devoir, nous nous soumettons à la morale, mais cette soumission, au lieu d'être, comme on pourrait le croire et comme l'est habituellement la soumission, une renonciation à notre autonomie, est en réalité autonomie parce que c'est la volonté elle-même qui produit la morale à laquelle elle se soumet »<sup>330</sup>. De sorte que « il transpose au domaine moral la réflexion rousseauiste sur la liberté civile qu'on obtient par le contrat social »<sup>331</sup>. Il s'agit donc d'une « morale [...] qui repose sur l'autonomie de la volonté, qui provient de notre humanité et manifeste et protège notre dignité humaine. Chaque choix, chaque accord, chaque consentement qui obéit à la loi morale apparaît à cet égard comme la manifestation de notre autonomie ; on engage son humanité dans chaque mouvement de sa volonté et on s'engage soi-même comme fin dans chaque choix que l'on fait »<sup>332</sup>.

Pour Manon Garcia, cela implique deux devoirs, un « négatif » : « ne pas utiliser les autres comme des moyens »<sup>333</sup> et un « positif » : « les traiter comme des fins »<sup>334</sup>. Pour affiner ce devoir positif, elle s'appuie sur un article de la philosophe Onora O'Neill<sup>335</sup> qui a développé une pensée philosophique contemporaine à partir de la pensée kantienne. Ainsi, « il faut à la loi respecter les fins propres [des autres] et les aimer pour les aider à poursuivre ces fins »<sup>336</sup> : « Ce devoir positif est donc très exigeant : il faut prêter attention aux particularités des personnes, prendre au sérieux le fait qu'elles ne sont pas autonomes et abstraites mais des individus qui ont leurs propres limitations cognitives et une autonomie partielle qui affectent leur capacité à consentir dans différentes situations. »<sup>337</sup>

---

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 72-73.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>333</sup> *Ibid.*

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> O. O'Neill, « Between Consenting Adults », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, n° 3, 1985, p. 252, d'après M. Garcia, *op. cit.*, p. 75.

<sup>336</sup> M. Garcia, *op. cit.*, p. 75.

<sup>337</sup> *Ibid.*

**89.** Manon Garcia conclut : « qu'il y ait deux conceptions différentes du consentement n'est pas en soi un problème. Ce qui l'est en revanche, c'est que ces deux conceptions soient mélangées comme elles le sont »<sup>338</sup>. En effet, « la vision communément admise du consentement sexuel est la suivante : (1) consentir consiste à donner un accord formellement valide », quel qu'il soit selon les différentes conceptions qui en sont faites aujourd'hui, « et (2) un tel consentement suffit pour que le sexe soit bon sur le plan moral »<sup>339</sup>. Pour l'autrice, « cette seconde partie est vraie dans la conception kantienne du consentement comme manifestation de l'autonomie mais la première fait référence à la conception libérale du consentement qui, comme on l'a vu, est moins exigeante que la conception kantienne. Tant et si bien que l'on peut facilement imaginer des situations dans lesquelles le consentement peut être considéré comme valide selon la première conception sans passer le test de la seconde »<sup>340</sup> : « on ne peut pas penser que le consentement défini selon la conception libérale a le pouvoir normatif qu'il a dans la conception kantienne et, par conséquent, qu'il suffit qu'un rapport sexuel soit consenti pour qu'il soit bon »<sup>341</sup>, opposant un « pouvoir normatif modéré » à un « plus profond »<sup>342</sup>.

L'autrice affirme ainsi que « si l'on veut s'en tenir à une définition formelle du consentement, éventuellement sanctionnable par le droit, alors le consentement seul ne peut pas suffire à poser les bases d'une sexualité bonne. Et si l'on veut une conception du consentement qui pose les bases d'une sexualité moralement bonne, cette conception est vraisemblablement trop exigeante pour être sanctionnable par le droit »<sup>343</sup>.

**90.** Pour résumer, pour Manon Garcia, qui l'applique aux pratiques sadomasochistes, il existe des « tensions entre une conception du consentement en termes libéraux et une conception du consentement, d'inspiration kantienne, fondée sur la dignité humaine »<sup>344</sup>. Mais la philosophe précise que « comme le montre Michaela Marzano, les conceptions de Mill et de Kant ne sont pas nécessairement opposées, cependant la façon dont chacune a été utilisée, en particulier dans le domaine de l'éthique sexuelle, a donné lieu à deux compréhensions distinctes du consentement sexuel »<sup>345</sup>.

---

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 76, note de bas de page n° 33 (v. p. 266).

91. Dans l'ouvrage de Michela Marzano auquel Manon Garcia fait référence, la philosophe montre en effet que les discours, notamment des juristes, sur le consentement se forment à travers des oppositions binaires. Pour Michela Marzano, « d'un côté, nombreux sont ceux qui défendent le consentement sans jamais s'interroger sur les contraintes sociales, culturelles, économiques et psychologiques qui influencent considérablement les choix individuels »<sup>346</sup>. L'autrice cite, parmi les auteurs français, Daniel Borrillo, Danièle Lochak, Olivier Cayla et Ruwen Ogien<sup>347</sup>. Et « de l'autre, il y a ceux qui, au nom de la dignité de la personne, excluent *a priori* la notion de consentement de leur univers conceptuel, sans accepter que les individus, en tant qu'êtres doués de dignité, aient justement le droit de décider de ce qui est "bon" ou "mauvais" pour eux »<sup>348</sup>. L'autrice se réfère alors à Dominique Folscheid, Alain Sériaux ou encore Bernard Edelman<sup>349</sup>.

92. Michela Marzano prend la même opposition que Manon Garcia : « L'opposition entre ces deux conceptions de l'autonomie semble si évidente qu'elle a été vite intégrée dans les débats français concernant l'éthique appliquée, au point que désormais, on a tendance à opposer de façon quasi systématique l'"éthique biomédicale à la française" à la "bioéthique américaine" : la première se fonderait sur le principe de dignité de la personne et aurait pour but de limiter la liberté individuelle ; la deuxième tendrait à mettre l'individu et sa liberté au centre de tout choix, indifféremment du respect dû à la personne en tant que telle. »<sup>350</sup> Reprenant les fondements milliens et kantien des deux positions, la philosophe cherche à montrer que leur pensée se rejoint. En effet, « il suffit [...] d'analyser de nouveau les concepts d'autonomie, de dignité et de liberté, pour se rendre compte, non seulement que ces deux conceptions de l'autonomie ne sont pas réellement différentes, mais aussi que le concept de dignité ne s'oppose pas à celui d'autonomie, sauf à réduire le premier à une propriété essentielle de l'espèce humaine - ce qui est loin d'être évident, comme nous allons le voir, même chez un penseur comme Kant -, et le deuxième à un simulacre de liberté infinie - ce qui est loin d'être le cas dans la théorie libérale de Mill »<sup>351</sup>.

Elle en conclut que ces arguments sont utilisés à des fins d'évitement : « la fameuse opposition entre la conception kantienne et la conception anglo-saxonne de l'autonomie s'appuie donc sur

---

<sup>346</sup> M. Marzano, *op. cit.*, p. 1.

<sup>347</sup> *Ibid.*, note de bas de page n° 1.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 1-2.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 2, note bas de page n° 2.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 50.

un certain nombre d'équivoques concernant, d'une part, la notion de dignité et de l'autre, celle de liberté - équivoques qui permettent aux "extrémistes" de s'affronter sur la base de prémisses fausses et, par-là, de ne pas s'engager sur le terrain de l'argumentation philosophique. En effet, comme les partisans de la dignité humaine érigée en loi morale ne veulent pas revenir sur l'existence d'un principe supérieur - l'humanité vaut plus que l'humain -, les partisans de la liberté ne veulent pas ouvrir une brèche : la liberté est et doit rester un principe absolu et universel. Mais la question est de savoir jusqu'où peut aller cette confusion entre l'affirmation d'une volonté - "je veux" - et l'expression d'une liberté - "je suis libre" - autrement dit, le vouloir est-il un simple consentir, et la liberté peut-elle se satisfaire d'un consentir ? »<sup>352</sup>.

Cela permet à Michela Marzano d'indiquer ce que devraient être les termes du débat : « Sans dignité, l'individu n'existe plus comme sujet ; il s'inscrit dans un processus de chosification. De la même manière, sans liberté, l'individu n'existe pas comme sujet puisqu'il perd la possibilité même de s'affirmer en tant que tel. Mais la dignité et la liberté n'ont pas de sens lorsqu'elles sont défendues comme des principes abstraits et désincarnés. De même, elles n'ont pas de sens lorsqu'on vise à les opposer. Il faudrait que les partisans de l'une ou de l'autre reviennent sur les textes classiques du libéralisme pour chercher à comprendre comment construire une société véritablement juste, au lieu de se faire la guerre au nom d'idéaux abstraits et inutiles, lorsqu'ils ne servent pas à contrecarrer la fragilité de la condition humaine. »<sup>353</sup>

**93.** Le but de la recherche philosophique constitue une différence centrale entre les ouvrages de Manon Garcia et Michela Marzano. Quand la première souhaite rechercher le *bon* à partir du consentement (« le bon sexe »<sup>354</sup>), la deuxième cherche le *juste* (« une société juste »<sup>355</sup>). En revanche, leur point de départ est le même et vise à produire un regard critique sur les deux positions classiques sur le consentement. Leur méthode est également similaire : elles proposent une approche philosophique pratique et concrète en réponse aux limites des développements abstraits démontrés au départ de leur réflexion, ainsi qu'une remise en cause du rôle du consentement. Les deux philosophes ouvrent donc la voie à une pensée démystifiée du consentement.

**94. Conclusion de la Section 1.** Le consentement a été conceptualisé comme une norme libérale. La remise en cause du paradigme libéral en raison des limites effectives de la volonté

---

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>354</sup> M. Garcia, *op. cit.*, par ex. p. 60 et p. 79.

<sup>355</sup> M. Marzano, *op. cit.*, p. 15 et s.

des individus ne tempère pas ce constat. En théorie, en effet, le consentement est toujours conçu comme un élément des théories libérales. Il matérialiserait, en droit, les applications juridiques du libéralisme que sont l'autonomie, l'autodétermination ou la liberté individuelle. Cette conceptualisation passe pourtant par un débat politique et de valeurs dont les tenants sont plus complexes. En soulignant les limites de la polarisation de ces discours, les philosophes ouvrent la porte à une remise en cause l'analyse libérale du consentement. En se tournant vers le droit positif, il apparaît effectivement que le lien supposé entre consentement et libéralisme, si présent dans les discours, est loin d'être établi.

## **Section 2. La remise en cause de la conceptualisation libérale à partir du droit positif**

**95.** La conceptualisation libérale du consentement doit être remise en cause. Le traitement jurisprudentiel du consentement ne se fait pas le relai du conflit entre liberté et dignité dont découlerait le caractère libéral du consentement (§1). À l'inverse, la norme même de consentement se révèle intrinsèquement illibérale (§2).

### **§1. Le prétendu conflit entre liberté et dignité peu présent dans le traitement jurisprudentiel du consentement**

**96.** Le prétendu conflit entre liberté et dignité ne se retrouve pas dans le traitement jurisprudentiel du consentement. Il n'est pas question de discuter la pertinence en lui-même du discours présentant une hiérarchisation entre liberté et dignité. L'existence en droit positif d'une opposition entre des conceptions autonomiste et paternaliste de la protection de la personne contre elle-même a par exemple déjà été remise en cause<sup>356</sup>. Il s'agit plutôt de critiquer le lien opéré entre ce discours et le rôle libéral qu'y jouerait le consentement, à partir du droit positif. La place du consentement dans un conflit de hiérarchie entre liberté et dignité se retrouve partiellement en droit positif, car le consentement est souvent lié à la liberté. Il reste que les différents systèmes juridiques développent une conception juridique du consentement qui se trouve loin des présupposés qui en sont faits. La jurisprudence relative aux droits fondamentaux permet d'en faire le constat. Les droits de l'homme, en effet, « sont sous-tendus par un système d'idées, de représentations, de valeurs, par une certaine conception de la société et du pouvoir »<sup>357</sup> et « en matière de droits fondamentaux, il est difficile de penser la dimension juridique en dehors d'une perspective axiologique »<sup>358</sup>. Si cette conception peut tout à fait être

---

<sup>356</sup> D. Roman, « A corps défendant », *D.*, 2007, p. 1284 : « Il serait intéressant de s'attarder sur cette idée d'un clivage entre deux mondes, celui anglo-saxon et celui continental. Il n'est pas certain que les différences, par ailleurs réelles, entre pays de *common law* et terres de *civil law* soient si tranchées. Les systèmes juridiques sont loin d'avoir le caractère monolithique qu'une telle opposition suggère. Le droit anglo-saxon et notamment nord-américain est très certainement autonome sur de nombreux points, mais il est aussi fort peu libéral sur d'autres et aucun système juridique n'est figé dans une pureté parfaite... Quant au droit continental, et notamment français, il ne se prête guère à une présentation simpliste, récusant la liberté individuelle dans une perspective holistique... »

<sup>357</sup> D. Lochak, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2018, p. 4-5.

<sup>358</sup> Conférence prononcée par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors de la Rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier, le 18 septembre 2012, en ligne : <https://www.conseil-État.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/y-a-t-il-trop-de-droits-fondamentaux#21> (consulté le 28 janv. 2024) : « Ensuite, en matière de droits fondamentaux, il est difficile de penser la dimension juridique en dehors d'une perspective axiologique ; à propos du droit international des droits de l'homme, le professeur Sudre n'hésite d'ailleurs pas à qualifier ce droit de "droit idéologique". Les droits fondamentaux expriment en effet un ensemble de valeurs et constituent des sortes de métaconcept qui sont attachés à l'homme, à son être même. Cette perspective nous vient du droit naturel : ces lois ne peuvent être pensées comme hétéronomes, mais bien plutôt comme la droite raison de ce que sont l'homme et la nature humaine. »



critiquée<sup>359</sup>, elle existe. La jurisprudence en matière de droits fondamentaux constitue alors un poste d'observation idéal pour vérifier la réalité de la conception idéologique du consentement que l'on trouve dans les discours. Elle révèle que les juridictions des systèmes autonomistes et français ne font pas pour l'un toujours primer la liberté sur la dignité et l'autre la dignité sur la liberté dans l'analyse du consentement. Les différents systèmes limitent la liberté à laquelle le consentement est rattaché et les systèmes autonomistes n'en font pas le fondement exclusif du consentement. Les discours doctrinaux qui présentent le consentement comme une norme libérale à partir de la théorisation d'un conflit hiérarchisant liberté et dignité constituent donc en partie des constructions rhétoriques.

**97.** La conception du consentement est ainsi moins caricaturale dans la jurisprudence autonomiste (A) comme dans la jurisprudence française (B).

A. Une conception du consentement moins caricaturale dans la jurisprudence autonomiste

**98.** La conception du consentement est moins caricaturale dans la jurisprudence autonomiste. Un principe d'autonomie de la personne a été consacré par la jurisprudence européenne et allemande sans pour autant rattacher le consentement à une liberté illimitée de la personne. À l'inverse, la liberté ne constitue pas le fondement exclusif des normes de consentement et les effets du consentement peuvent tout à fait être limités au nom de la dignité de la personne. Le droit européen (1) comme le droit allemand (2) remettent ainsi en cause le discours qui sous-tend la conceptualisation libérale du consentement.

1) *En droit européen*

**99.** Lorsque le consentement est analysé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté joue un rôle limité. La Cour européenne des droits de l'homme a développé une approche du consentement qui s'écarte des présupposés de la doctrine. Le rôle

---

<sup>359</sup> Notamment parce qu'elle introduit une norme morale dans les règles de droit, v. A. Tamion, *Droits fondamentaux et valeurs : La question d'une fondation axiologique du droit*, préf. O. Jouanjan, Paris : L'Harmattan, 2021, p. 20 : « La référence aux valeurs dans le droit apparaît comme la résurgence, dans les cadres de la modernité et sous le jour d'une pensée présentant une originalité propre - la philosophie des valeurs - d'un problème intemporel, celui de l'articulation entre le droit et la morale. »

de l'autonomie personnelle<sup>360</sup>, fondée sur le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, est moins évident qu'il n'y paraît dans le domaine corporel. Dans le domaine corporel, la jurisprudence de la Cour relative au consentement est fondée sur une alliance entre les principes de liberté et de dignité de la personne humaine, au cœur de l'interprétation de la Convention. L'analyse des autres consentements témoigne quant à elle d'une limitation de la liberté.

**100.** Dans le domaine médical, la Cour européenne des droits de l'homme conçoit le consentement sous différents prismes. Juridiquement, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme conduit à lier consentement et autonomie corporelle. Mais le renvoi à l'article 3 de la Convention n'est plus attaché à cette autonomie. Dans tous les cas, la Cour inscrit l'exigence de consentement au cœur de principes centraux, qui constituent autant de valeurs : la protection de l'intégrité physique de la personne, la dignité et la liberté, l'autonomie personnelle.

**101.** Imposer un acte médical sans le consentement de la personne adulte et saine d'esprit est ainsi « une atteinte à l'intégrité physique » susceptible de constituer une violation du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>361</sup>. Ce principe a été affirmé au regard des valeurs de dignité et de liberté, « l'essence même de la Convention », alors que « les notions d'autodétermination et d'autonomie personnelle sont des principes importants qui sous-tendent l'interprétation de ses garanties [...] »<sup>362</sup>. Elle adopte une analyse similaire à propos des stérilisations imposées sans consentement<sup>363</sup> : « incompatible[s] avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme,

---

<sup>360</sup> V. J.-P. Marguénaud, *Rép. eur. Dalloz*, v° « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », oct. 2017, act. sept. 2023, n° 14 et s. ; H. Hurpy, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, préf. H. Surrel, Bruxelles : Bruylant, 2015.

<sup>361</sup> CEDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 63 : « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention ». La Cour a réaffirmé ce principe à plusieurs reprises depuis : CEDH, 5 oct. 2006, n° 75725/01, *Trocellier c. France*, n° 4, faisant référence à l'arrêt *Pretty* ; CEDH, 2 juin 2009, n° 31675/04, *Codarcea c. Roumanie*, n° 52.

<sup>362</sup> CEDH, 10 juin 2010, n° 302/02, *Témoins de Jehovah de Moscou et autres c. Russie*, n° 135 : « The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees [...] The ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing includes the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically harmful or dangerous nature for the individual concerned. In the sphere of medical assistance, even where the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient would interfere with his or her right to physical integrity and impinge on the rights protected under Article 8 of the Convention [...] »

<sup>363</sup> CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A. P., Garçon et Nicot c. France*, n° 128 : « si elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande de la personne concernée, par exemple comme mode de contraception, ou à des fins thérapeutiques lorsque l'existence d'une nécessité médicale est établie de façon

qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention »<sup>364</sup>, elle sont liées à une atteinte au « droit à l'intégrité physique » de la personne<sup>365</sup> et à son « droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel qui, comme rappelé précédemment, est un aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée »<sup>366</sup>. Le consentement est loin d'être justifié par la seule valeur de liberté : alliée à la valeur cardinale de dignité, elle permet de protéger le droit de l'individu au respect de son intégrité physique ainsi que son autonomie et son épanouissement personnel.

**102.** La Cour européenne des droits de l'homme conçoit l'absence de consentement en matière médicale non pas seulement sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi sur celui de l'article 3 qui dispose que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Lorsque la Cour adopte cette approche, elle fonde le respect du consentement de l'individu sur les valeurs de dignité et de liberté. Le recours à l'article 3 suppose un « minimum de gravité », dont l'appréciation est « relative »<sup>367</sup>. Ainsi, « pour être qualifiées d' “ inhumaines » ou de « dégradantes », la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement légitime »<sup>368</sup>. C'est le cas d'une stérilisation pratiquée sans le consentement de la personne capable de l'exprimer. « Incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention »<sup>369</sup>, elle a entraîné en l'espèce « un manque total de respect envers son droit à l'autonomie et au choix en tant que patiente », même si « rien n'indique que le personnel médical ait agi dans l'intention de maltraiter la requérante »<sup>370</sup>. En conséquence, les actes en cause ont « atteint le niveau de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 »<sup>371</sup>. Même si la Cour s'appuie sur l'article 3 de la Convention, elle fonde l'exigence de consentement de la même manière que lorsqu'elle applique l'article 8, c'est-à-dire sur les valeurs de dignité et de liberté et les principes d'autonomie et de liberté de choix.

---

convaincante, la situation est différente lorsqu'elle est imposée à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement ».

<sup>364</sup> *Ibid.*, n° 128.

<sup>365</sup> *Ibid.*, n° 129.

<sup>366</sup> *Ibid.*, n° 130. En effet, le consentement n'est pas respecté lorsque son refus reviendrait à « le priver [l'individu] du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel qui [...] est un aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée » (*ibid.*).

<sup>367</sup> CEDH, 8 nov. 2011, n° 18968/07, *V. C. c. Slovaquie*, n° 101.

<sup>368</sup> *Ibid.*, n° 104.

<sup>369</sup> *Ibid.*, n° 107.

<sup>370</sup> *Ibid.*, n° 119.

<sup>371</sup> *Ibid.*

Elle rappelle ces principes dans d'autres affaires. Conditionner le changement d'état civil d'une personne trans à sa stérilisation est assimilable à une atteinte à l'intégrité physique de la personne sans son consentement et revient à renoncer à la protection de l'intégrité physique garantie par les articles 3 et 8 de la Convention<sup>372</sup>. De même, « la stérilisation d'une personne pratiquée sans finalité thérapeutique et sans son consentement éclairé est ainsi en principe incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme et constitutive d'un traitement contraire à l'article 3 [...] »<sup>373</sup>.

**103.** La protection du consentement médical est donc principalement liée à la protection de l'intégrité physique de la personne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour inscrit cette protection dans les valeurs au cœur de son existence, qui sont de son « essence même » : la dignité et la liberté, considérées ensemble et au même titre. Dans certains cas, la Cour estime que l'autonomie personnelle est atteinte par l'absence de respect du consentement de la personne. Cette approche se retrouve dans les questions relatives au corps de la personne en dehors du domaine médical.

**104.** Les violences sexuelles sont ainsi appréciées au regard des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>374</sup>. L'exigence de consentement est appréhendée dans ce cadre. De la sorte, le consentement n'est jamais l'expression de la seule liberté de la personne. Le double fondement des articles 3 et 8 de la Convention pour lutter contre les violences sexuelles ainsi que le recours au principe d'autonomie sexuelle soulignent que l'exigence de consentement sexuel est conçue à partir des valeurs de dignité et liberté, comme dans le domaine médical. La Cour souligne ainsi que « conformément aux normes et aux

---

<sup>372</sup> CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A. P., Garçon et Nicot c. France*, n° 130 : « un traitement médical n'est pas véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel qui, comme rappelé précédemment, est un aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée [...] » ; *ibid.*, n° 131 : « Conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants - ou qui produit très probablement un effet de cette nature - qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention. »

<sup>373</sup> CEDH, 26 avr. 2022, n° 42821/18, *M. c. France*, n° 62. Cet arrêt portait sur les « actes médicaux de conformation sexuelle » et la Cour y a examiné la violation de l'article 3 de la Convention d'une manière originale. Alors même que les voies de recours étaient épuisées et la requête irrecevable, la Cour a examiné le moyen, mais sans jamais se prononcer sur le cœur de l'arrêt, les opérations sur les personnes intersexuées, puisque la procédure ne le permettait pas. Ce faisant, elle a précisé son appréciation des actes effectués sans le consentement de la personne.

<sup>374</sup> CEDH, 4 déc. 2003, n° 39272/98, *M. C. c. Bulgarie*, n° 148 : « Compte tenu de la nature et de la substance des plaintes exprimées par la requérante en l'espèce, la Cour estime qu'il convient de les examiner avant tout sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention. »

tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »<sup>375</sup>. L'analyse repose notamment sur la vie privée<sup>376</sup> et la prise en compte de l'absence d'opposition de la victime doit, selon la Cour, permettre « la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu »<sup>377</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de réaffirmer cette appréhension du consentement sexuel<sup>378</sup>.

La Cour avait déjà eu l'occasion d'indiquer que la sexualité relevait de l'article 8 de la Convention, car « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »<sup>379</sup>. Cette sphère protégée suppose ainsi l'absence de régulation par le droit pénal « dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus »<sup>380</sup>. L'absence de consentement justifie l'ingérence des pouvoirs publics<sup>381</sup>. En effet, « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible », incluant les pratiques sadomasochistes, « une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti »<sup>382</sup>. Ce n'est pas le cas quand « les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la "victime" n'y consentait plus n'ont pas été respectés »<sup>383</sup>. La jurisprudence de la Cour en matière de sexualité repose donc sur la garantie de l'autonomie sexuelle de chaque personne, composante de l'autonomie individuelle.

---

<sup>375</sup> *Ibid.*, n° 166.

<sup>376</sup> *Ibid.*, n° 150 : « une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces ».

<sup>377</sup> *Ibid.*, n° 166 : « La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. »

<sup>378</sup> CEDH, 19 mars 2019, n° 49089/10, *E. B. c. Roumanie*, n° 56 : « *In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim [...]* » La Cour se fonde sur les principes précités de l'affaire *M. C. c. Bulgarie*.

<sup>379</sup> CEDH, 17 févr. 2005, n° 42758/98 et n° 45558/99, *K. A. et A. D. c. Belgique*, n° 83.

<sup>380</sup> *Ibid.*, n° 84.

<sup>381</sup> *Ibid.*

<sup>382</sup> *Ibid.*, n° 85.

<sup>383</sup> *Ibid.*

105. Les questionnements de la Cour européenne des droits de l'homme autour de la prostitution soulignent que le consentement peut tout à fait être appréhendé à travers la valeur de dignité. Les juges font ressortir l'ambivalence d'un consentement qui ne serait pas libre<sup>384</sup>. Contrainte, la prostitution « serait incompatible avec la dignité humaine » et relèverait de l'article 3 de la Convention<sup>385</sup>. Ce lien opéré entre le consentement et la dignité de la personne se retrouve explicitement dans la jurisprudence relative au travail forcé, liée par la Cour à celle sur la prostitution<sup>386</sup>. Le consentement du requérant à travailler ne peut exclure en lui-même la qualification de travail forcé au sens de l'article 4 de la Convention<sup>387</sup>. Ce principe a été clairement affirmé plus tard : « Le consentement préalable de la victime n'est pas suffisant pour exclure de qualifier un travail de travail forcé. La question de savoir si une personne offre son travail de plein gré est une question factuelle qui doit être examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes d'une affaire. »<sup>388</sup> Le consentement de la personne est donc loin d'être fondé sur la seule liberté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La dignité ne constitue pas une limitation du consentement, mais un fondement au même titre que la liberté, les juges estimant ces deux valeurs cardinales.

<sup>384</sup> CEDH, 11 sept. 2007, n° 37194/02, *V.T. c. France*, n° 26 : « Il reste que cette question est elle aussi controversée, certains estimant que la prostitution n'est jamais librement consentie mais toujours, au moins, contrainte par les conditions socioéconomiques. »

<sup>385</sup> CEDH, 25 juin 2020, n° 60561/14, G.C., *S. M. c. Croatie*, n° 299 : « Dans l'affaire *V.T. c. France* [...], qui est la seule jusqu'ici à avoir abordé cette question particulière, la Cour a pris note des divergences notables qui peuvent exister d'un système juridique à l'autre dans la manière d'envisager la prostitution. Dans les circonstances de cette affaire, elle n'a pas jugé pertinent de chercher à savoir si la prostitution en elle-même était contraire, en particulier, à l'article 3 de la Convention. Elle a toutefois souligné que la prostitution était incompatible avec la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle était contrainte. Elle a dit que c'était lorsqu'une personne se trouvait contrainte à commencer ou à continuer à se prostituer qu'un problème se posait au regard de l'article 3 de la Convention. »

<sup>386</sup> Les analyses sur la prise en compte du consentement des affaires *Chowdury et autres c. Grèce* sur le travail forcé (CEDH, 30 mars 2017, n° 21884/15, *Chowdury et autres c. Grèce*) et *V.T. c. France* sur la prostitution (précité) sont aux fondements de l'analyse de la Cour dans l'affaire *S. M. c. Croatie*. La CEDH y rappelle à cette occasion que « des opinions divergentes, souvent conflictuelles, coexistent sur le point de savoir si la prostitution en tant que telle peut être consentie ou si au contraire elle résulte toujours d'une forme d'exploitation recourant à la contrainte » (CEDH, 25 juin 2020, n° 60561/14, G.C., *S. M. c. Croatie*, n° 298).

<sup>387</sup> CEDH, 23 sept. 1983, n° 8919/80, *Van der Mussele c. Belgique*, n° 37 : « À lui seul, l'accord préalable de l'intéressé n'autorise donc pas à conclure que les obligations de Me Van der Mussele au titre de l'assistance judiciaire ne constituaient pas un travail obligatoire au regard de l'article 4 § 2 (art. 4-2) de la Convention. D'autres éléments doivent nécessairement entrer aussi en ligne de compte. » La Cour met donc en avant « la valeur relative de l'argument tiré du "consentement préalable" du requérant » et « prend en compte l'ensemble des circonstances de la cause, sous l'angle des préoccupations qui sous-tendent l'article 4 (art. 4) de la Convention européenne, pour déterminer si le service exigé de Me Van der Mussele tombe sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire ».

<sup>388</sup> *Ibid.*, n° 96. En l'espèce, « en leur promettant des abris rudimentaires et un salaire journalier de 22 EUR, ce qui constituait pour les victimes la solution unique pour s'assurer un moyen de subsistance, l'employeur avait réussi à obtenir leur consentement au moment de l'embauche afin de les exploiter ultérieurement » (*ibid.*, n° 98). Cela dit, il resterait à se demander quelle aurait été l'appréciation d'un consentement donné en toute connaissance de cause dans cette hypothèse.

**106.** Si la référence à l'autonomie personnelle est plus fréquente hors du domaine corporel, le principe ne souffre pas moins de limitations. La Cour européenne des droits de l'homme estime que les consentements hors du domaine corporel peuvent tout à fait être limités, battant en brèche le mythe d'une « toute-puissance du consentement ».

**107.** Dans le domaine de la vie privée, le consentement est ainsi explicitement lié à une conception de la vie privée fondée sur l'autonomie. S'appuyant sur cette notion qui relève du droit à l'épanouissement personnel<sup>389</sup> et de la protection de la vie privée, la Cour estime que « le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image »<sup>390</sup>. La maîtrise de l'image passe par le consentement : « l'image étant l'une des caractéristiques attachées à la personnalité de chacun, sa protection effective présuppose, en principe et dans des circonstances similaires à celles de l'espèce [...], le consentement de l'individu dès sa captation et non pas seulement au moment de son éventuelle diffusion au public »<sup>391</sup>. Ainsi, la juridiction nationale qui ne prend pas en compte l'absence de recueil du consentement des requérants à la captation de l'image de leur enfant des requérants dans une clinique ne garantit pas suffisamment le droit au respect de la vie privée de cette enfant, constituant une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>392</sup>. Le consentement constitue donc tout à la fois une protection de la vie privée et un outil de maîtrise de celle-ci<sup>393</sup>, dans le cadre de la garantie de l'autonomie de la personne.

**108.** Ces principes ne sont toutefois pas illimités. Une atteinte à la vie privée sans le consentement de la personne est susceptible de ne pas constituer une violation du droit au

---

<sup>389</sup> CEDH, 15 janv. 2009, n° 1234/05, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, n° 39 : « À titre général, la Cour rappelle que sa jurisprudence reconnaît que la vie privée est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive. Cette notion inclut également le droit à l'identité [...] et le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement de la personnalité [...] ou sous l'aspect de l'autonomie individuelle, notion qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...] »

<sup>390</sup> *Ibid.*, n° 40.

<sup>391</sup> *Ibid.*, n° 40.

<sup>392</sup> En l'espèce, dans l'arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce*, « les requérants n'ont à aucun moment accordé leur consentement à la direction de la clinique ou au photographe lui-même pour cette captation » et cela n'est pas couvert par une exception car « il convient sur ce point de noter que le fils des requérants n'était ni une personne publique ni un personnage de l'actualité, qualités qui, dans certaines circonstances, peuvent justifier, à des fins d'intérêt général, la captation de l'image d'un individu sans son consentement et à son insu [...] » (*ibid.*, n° 41). Ainsi, selon la Cour, « lors de l'examen de l'affaire en cause, les juridictions internes n'ont pas pris en compte le fait que les requérants n'avaient donné leur consentement ni à la réalisation des clichés de leur fils, ni à la conservation par le photographe des négatifs des photographies prises. Eu égard à ces éléments, la Cour estime que les juridictions helléniques n'ont pas suffisamment garanti le droit à la protection de la vie privée de l'enfant des requérants. », de sorte qu'« il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention » (*ibid.*, n° 43).

<sup>393</sup> Pour une analyse similaire, v. CEDH, 27 mai 2014, n° 10764/09, *De la Flor Cabrera c. Espagne*, n° 3.

respect de la vie privée de la personne, lequel doit être mis en balance notamment avec la liberté d'expression et sa fonction sociale. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le rappeler dans des affaires fondées sur le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>394</sup>. L'image d'une personne peut être captée et utilisée sans son consentement de sorte que la violation du droit au respect de la vie privée, pourtant justifiée par des considérations liées à l'autonomie personnelle, n'est pas toujours caractérisée. Le consentement, même inscrit dans le cadre de l'autonomie personnelle, est loin d'être tout-puissant. De même, l'absence de consentement au traitement des données personnelles ne caractérise pas nécessairement à lui seul une violation de l'article 8 de la Convention<sup>395</sup>.

**109.** De même, si le consentement au mariage est appréhendé sous le prisme de la liberté matrimoniale, sa restriction est admise. Le principe même du consentement n'est pas affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence, mais son *Guide sur l'article 12* l'explique : « Dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, le consentement est une condition préalable au mariage. En règle générale, un mariage forcé emporte violation du droit au mariage de la partie qui n'a pas donné son consentement. »<sup>396</sup> La problématique du consentement au mariage est ainsi envisagée sur le fondement de l'article 12 de la Convention relatif au droit au mariage<sup>397</sup>. Cela n'empêche pas de limiter le consentement au mariage. C'est le cas lorsque l'individu est le sujet d'une mesure de tutelle ou de curatelle, assurant sa protection<sup>398</sup>. Plus généralement, les limitations du droit au mariage « ne doivent pas le

---

<sup>394</sup> Par exemple, dans l'arrêt *Flinkkilä et autres c. Finlande*, elle estime que « cependant, la liberté d'expression doit être mise en balance avec la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention. Le concept de vie privée recouvre les informations personnelles dont les individus peuvent légitimement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas publiées sans leur consentement et inclut des éléments relatifs au droit à l'image d'une personne. La publication d'une photographie tombe ainsi dans le champ de la vie privée [...] » (CEDH, 6 avr. 2010, n° 25576/04, *Flinkkilä et a. c. Finlande*, n° 75). V. aussi CEDH, 12 déc. 2010, n° 184/06, *Saaristo et a. c. Finlande*, n° 61. Pour un autre exemple d'absence de violation du droit au respect de la vie privée malgré l'absence de consentement de la personne, v. CEDH, 27 mai 2014, n° 10764/09, *De la Flor Cabrera c. Espagne*, n° 38 et s.

<sup>395</sup> Conseil de l'Europe, CEDH, *Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Protection des données*, 2022, n° 232. En particulier, la Cour a estimé que « compte tenu du caractère extrêmement intime et sensible des informations se rapportant à la séropositivité, toute mesure prise par un État pour contraindre à communiquer ou à divulguer pareil renseignement sans le consentement de la personne concernée appelle un examen des plus rigoureux de la part de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace [...] » (CEDH, 25 févr. 1997, n° 22009/93, *Z c. Finlande*, n° 96).

<sup>396</sup> Conseil de l'Europe, CEDH, *Guide sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit au mariage*, 2022, en ligne : [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_art\\_12\\_fre](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_fre).

<sup>397</sup> Par ex. CEDH, 5 septembre 2019, n° 57854/15, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce* ; CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13, *Delecolle c. France*.

<sup>398</sup> C'est ce qu'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Delecolle c. France* : « En effet, contrairement aux situations dans lesquelles des personnes se verraient privées en toutes circonstances du droit de se marier [...], l'obligation pour le requérant de solliciter une autorisation préalable à son mariage était motivée par le fait qu'il faisait l'objet d'une mesure de protection légale, étant placé sous le régime de la curatelle renforcée.



restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même [...] »<sup>399</sup>. Ainsi, ces limitations peuvent s'appliquer à des « règles de fond s'appuyant sur des considérations d'intérêt public généralement reconnues, telles que [...] le consentement [...] »<sup>400</sup>. Le consentement au mariage, comme le reste des consentements, est loin d'être tout-puissant. Le consentement, peu importe son domaine, ne correspond pas à la seule valeur de liberté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est aussi appréhendé sous l'angle de la dignité et la liberté peut tout à fait être limitée par d'autres principes.

## 2) *En droit allemand*

**110.** Le droit allemand témoigne, lui aussi, de la place toute relative du consentement aux côtés de la liberté dans un conflit qui l'opposerait à la dignité. Le droit allemand pourrait être qualifié d'autonomiste. La jurisprudence constitutionnelle a en effet développé un droit général à la personnalité ainsi que des droits à l'autodétermination sur le fondement de la Constitution qui mettent en avant l'autonomie individuelle. En outre, le droit allemand pourrait être qualifié d'autonomiste car le consentement de la victime peut constituer un fait justificatif de responsabilité civile et pénale. Ce principe constitue *a priori* l'archétype de la nature libérale du consentement<sup>401</sup>. Pourtant, la jurisprudence relative au droit général de la personnalité et à l'autodétermination remet en cause la place du consentement dans la hiérarchie entre liberté et dignité.

---

Les autorités disposaient dès lors d'une marge d'appréciation, afin d'être en mesure de le protéger effectivement au regard des circonstances, et ainsi anticiper les conséquences susceptibles d'être préjudiciables à ses intérêts. Quant à l'article 460, alinéa 1, du code civil, la Cour constate qu'il préserve en réalité le droit de se marier, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel. Il est vrai que certaines limitations sont prévues. La Cour note toutefois que ces dernières sont encadrées, avec l'existence de recours permettant de soumettre les restrictions au droit de se marier à un contrôle juridictionnel, dans le cadre d'un débat contradictoire. Tel fut le cas pour le requérant en l'espèce [...] » (CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13, *Delecolle c. France*, n° 64.) Par ailleurs, « ainsi que l'a fait valoir le Conseil constitutionnel, le régime de curatelle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci [...] » (*ibid.*). La Cour en déduit que « les limitations apportées aux droits du requérant de se marier n'ont pas restreint ou réduit ce droit d'une manière arbitraire ou disproportionnée » (*ibid.*, n° 66).

<sup>399</sup> CEDH, 14 déc. 2010, n° 34848/07, *O'Donoghue et a. c. Royaume-Uni*, n° 82.

<sup>400</sup> *Ibid.*, n° 83. Ainsi, « en règle générale, des limitations qui concernent la capacité de contracter un mariage, le consentement, la consanguinité ou la prévention de la bigamie sont susceptibles d'être compatibles avec l'article 12 de la Convention [...] D'autres interdictions empêchant le mariage entre adultes consentants et juridiquement capables pourraient donc soulever des problèmes à l'égard de cet article » (CEDH, 5 sept. 2019, n° 57854/15, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, n° 28).

<sup>401</sup> V. *supra*, n° 74.

**111.** À titre liminaire, un avertissement doit être adressé au lecteur. Un juriste allemand pourrait s'étonner d'une analyse du consentement dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit général de la personnalité et le droit à l'autodétermination. Le consentement, lorsqu'il est associé à l'autonomie, est en effet surtout étudié par la jurisprudence pénale quant à son rôle de fait justificatif<sup>402</sup>. La place qu'occupe le consentement, sous ses différentes traductions allemandes, dans la jurisprudence relative à l'autodétermination présente toutefois un intérêt. Si cela peut paraître curieux du point de vue allemand, elle peut éclairer le lecteur qui part du droit français et qui est désormais conscient du décalage de cette analyse. L'interaction entre le consentement et les principes constitutionnels garantis par la Loi fondamentale montre que la liberté n'est pas le fondement exclusif du consentement et peut tout à fait être limitée. L'analyse autonomiste est déformée comme en témoigne le droit allemand. La protection constitutionnelle du consentement à travers les fondements autonomistes s'appuie en même temps sur la liberté et la dignité de la personne<sup>403</sup>. Le droit allemand souligne que, dans le conflit autour d'une prétendue hiérarchie entre liberté et dignité, le consentement serait loin d'être associé à la seule liberté. Les fondements libéraux du consentement sont ainsi remis en cause.

**112.** La jurisprudence constitutionnelle allemande peut analyser le consentement à travers le droit général de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) et les droits à l'autodétermination (*Selbstbestimmungsrecht*) qui font partie de ses composantes. Le droit général de la personnalité a d'abord été développé par la Cour fédérale de justice<sup>404</sup> puis par la Cour constitutionnelle fédérale<sup>405</sup>. Ce droit ne constitue pas un droit expressément garanti dans

---

<sup>402</sup> Je remercie Tim Wihl pour notre discussion à ce sujet lors de mon séjour de recherche au Centre Marc Bloch. J'espère ne pas avoir déformé son propos.

<sup>403</sup> A. Gaillet, T. Hochmann, N. Marsch, Y. Vilan, M. Wendel, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 384, n° 689 : « En Allemagne, la dignité humaine est décrite comme le fondement de l'ensemble des droits fondamentaux, mais elle constitue également elle-même un droit fondamental justiciable. »

<sup>404</sup> BGH, 25 mai 1954, BGHZ 13, 334. Ce droit est développé au regard du § 823 BGB sur la responsabilité civile (A. Seifert, « Le Code civil, le *bürgerliche Gesetzbuch* et les droits fondamentaux », in *Des liens et des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, M. Badel, S. Sana-Caillé de Néré (dir.), Paris : Dalloz, 2015, p. 859, spéc. p. 864).

<sup>405</sup> BVerfG, 14 févr. 1973, BVerfGE 34, 269, *Soraya* : « Le système de valeurs consacré par les droits fondamentaux place en son centre la personnalité humaine s'épanouissant librement dans la société ainsi que sa dignité BVerfGE [...] Celle-ci a droit au respect et à la protection de tous les détenteurs de la puissance publique article 1 et 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale Une telle protection peut être revendiquée avant tout pour la sphère privée de l'être humain dans le domaine dans lequel il souhaite demeurer seul prendre ses décisions lui-même et ne pas être importuné par toute sorte d'ingérence [...] Dans le domaine du droit privé cette protection est également assurée par le droit général de la personnalité celui-ci comble les lacunes de la protection de la personnalité qui demeuraient malgré la consécration de quelques droits particuliers et qui deviendront au cours du temps de plus en plus visibles pour différentes raisons C'est pourquoi la Cour constitutionnelle fédérale n'a jamais contesté la consécration d'un droit général de la personnalité par la jurisprudence des tribunaux civils [...] » (Trad. P. Bon,

la Constitution, mais plutôt un « droit fondamental subsidiaire » qui permet d'assurer une protection qui n'est initialement pas permise par les droits et libertés fondamentaux prévus dans le texte<sup>406</sup>. Ce droit est formé à partir de deux dispositions constitutionnelles : l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> qui garantit le libre épanouissement de l'individu, au regard de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, qui prévoit l'intangibilité de la dignité humaine et son respect et sa protection par les pouvoirs publics<sup>407</sup>. Ainsi, « le droit de chacun au libre épanouissement de sa personnalité ainsi que la dignité de la personne humaine assurent à chacun une sphère privée et autonome dans laquelle il peut développer et conserver son individualité »<sup>408</sup>. Toutes les décisions qui envisagent le consentement dans le cadre de ce droit trouvent donc leurs fondements à la fois dans la liberté et la dignité de la personne, deux principes qui « s'appuient l'un sur l'autre » en droit allemand<sup>409</sup>.

**113.** Le consentement de la personne relativement à son corps est ainsi certes protégé constitutionnellement par le droit à l'autodétermination, mais ce dernier est intimement lié

---

D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris : Dalloz, 2008, n° 64, p. 292.) Sur ces fondements, v. R. Arnold, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert : libertés*, X. Robert (coord.), Paris : Montchrestien, 1998, p. 463, spéc. p. 467 ; K. Mariat, « Consécration d'un droit à l'autodétermination de la fin de vie par la Cour constitutionnelle allemande - Cour constitutionnelle allemande 26 février 2020 », *AJ fam.*, 2020, p. 312. Sur le droit général de la personnalité en droit allemand, v. également M. Fromont, J. Knetsch, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, p. 65, n° 81 et p. 210, n° 365 ; C. Witz, *Le droit allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 160.

<sup>406</sup> B. Dabosville, « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *Rev. trav.*, 2020, p. 491 : « Reprise ensuite par la juridiction constitutionnelle allemande, cette notion s'apparente à un droit fondamental subsidiaire : les juges s'y réfèrent lorsque, au regard de l'évolution de la société, il apparaît nécessaire d'accorder une protection juridique à certains intérêts et que les droits expressément mentionnés dans la Loi fondamentale ne peuvent servir de fondement à cette reconnaissance. » Le droit général de la personnalité « est un “droit fondamental *non nommé*” et est garanti par l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale en liaison avec l'article 1, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale ; il complète les droits spéciaux de liberté “*nommés*”, qui protègent également les “*éléments constitutifs de la personnalité*” » (R. Arnold, T. Fickentscher, « Le concept de la liberté individuelle dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Titre VII*, n° 7, 2021). V. aussi C. Grossholz, « État civil - La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », *JCP G*, 2019, p. 1151.

<sup>407</sup> K. Mariat, *loc. cit.* Toutefois, l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, constitue la source « primaire » de ce droit : I. von Münch, P. Kunig, *Grundgesetz-Kommentar. Band 1, Präambel bis Art. 20*, 4<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 1992, v° « Art. 2 », p. 143, spéc. p. 167, n° 30 ; v. aussi H.-D. Jarass, M. Kment, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 16<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, v° « Art. 2 », p. 65, spéc. p. 80, n° 36.

<sup>408</sup> A. Seifert, *loc. cit.*, spéc. p. 468.

<sup>409</sup> X. Bioy, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 1, 2003, p. 123, spéc. p. 141 : « Les articles 1 et 2 s'appuient l'un sur l'autre. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le droit de la personnalité “concrétise la dignité de l'homme en tant que principe constitutionnel suprême et assurer la protection de la sphère plus restreinte de la vie individuelle et de garantir ses conditions constitutives qui ne sont pas suffisamment prises en compte par les libertés individuelles traditionnelles”. La dignité, “principe constitutif suprême” vient orienter l'interprétation de la liberté de la personnalité ; elle lui assigne une limite (la dignité d'autrui et de soi) et une assise (pas de dignité sans la liberté de composer sa personnalité). De plus, la Cour affirme que la dignité constitue un principe non-écrit de toutes les constitutions des lands ; avec lui le droit de la personnalité s'impose également. »

autant à la liberté qu'à la dignité et au droit à la protection de l'intégrité physique de la personne. Dans la décision *Arzthaftungsprozeß* du 25 juillet 1979, les juges rappellent qu'il résulte du droit applicable que « le traitement curatif indiqué par le médecin, réalisé dans les règles de l'art et impliquant une atteinte à l'intégrité physique du patient, est traité comme une lésion corporelle en cas d'absence de consentement valable. La jurisprudence a ainsi attribué à ces dispositions légales, en faisant dépendre la validité du consentement d'une information conforme aux obligations et satisfaisant à toutes les exigences, la tâche de protéger en même temps le droit à l'autodétermination du patient, garanti par l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale »<sup>410</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale rattache l'exigence de consentement du patient à son droit à l'autodétermination<sup>411</sup>. La portée de cet arrêt doit toutefois être explicitée car elle est nuancée. Une limitation du devoir professionnel d'information en établissant une « coresponsabilité du patient pour la mise en œuvre de son droit à l'autodétermination » n'est en effet pas contraire à la Constitution. Pour affirmer cela, la Cour estime notamment que la « participation du patient », « et pas seulement le simple consentement donné dans une attitude passive aux propositions de traitement faites par le médecin » est nécessaire, « si l'on ne veut pas que, compte tenu des conséquences de la responsabilité professionnelle, l'activité du médecin, conçue comme particulièrement dangereuse, soit contrainte à un rôle défensif qui ne peut plus répondre à la mission sociale de la médecine »<sup>412</sup>. Le lien entre consentement et autodétermination était déjà affirmé par la Cour de justice fédérale, qui prenait en compte le principe de la protection de l'intégrité physique de la personne, prévu à l'article 2, alinéa 2, de la Loi fondamentale. Cette disposition « garantit un droit à l'intégrité corporelle qui exige de respecter les décisions de l'individu », même si elles ne sont pas rationnelles. Le droit et le devoir du médecin de guérir le patient trouvent justement « leurs limites dans le droit fondamental à la liberté et à l'autodétermination des personnes sur leur corps ». Entreprendre un acte important « sans l'approbation » (*Billigung*) de la personne constituerait une « ingérence dans la liberté et la dignité de la personnalité humaine »<sup>413</sup>. Les juges font ensuite explicitement

<sup>410</sup> BVerfG, 25 juill. 1979, BVerfGE 52, 131, *Arzthaftungsprozeß*, n° 104.

<sup>411</sup> Ce qu'elle rappelle même plus tard en estimant que « le respect du droit à l'autodétermination du patient est une partie essentielle du domaine d'activité du médecin » (*ibid.*, n° 108).

<sup>412</sup> *Ibid.*

<sup>413</sup> BGH, 28 nov. 1957, BGHSt 11, 111, n° 8. (« *Das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird. Niemand darf sich zum Richter in der Frage aufwerfen, unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden. Diese Richtlinie ist auch für den Arzt verbindlich. Zwar ist es sein vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze. Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn*

le lien avec le consentement en estimant que « l'extraction des organes reproductifs d'une femme est une décision touchant tant à son intégrité corporelle qu'un médecin ne peut y procéder sans, tant que cela est possible, recevoir au préalable son consentement (*Einwilligung*) »<sup>414</sup>. Le consentement est ainsi requis en application des principes de dignité, de liberté et d'intégrité.

**114.** Cette conception du consentement médical se retrouve dans d'autres domaines. Par exemple, « l'obligation de justifier de sa vaccination pour les établissements et les entreprises [...] constitue une atteinte à l'intégrité du corps humain protégée par l'article 2, alinéa 2, de la [Loi fondamentale] », qui « est toutefois justifiée constitutionnellement »<sup>415</sup>. Pour établir l'atteinte les juges rappellent que « l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale protège l'intégrité physique du titulaire des droits fondamentaux et donc également le droit à l'autodétermination y afférent. Par principe, il appartient à la libre volonté des titulaires de droits fondamentaux de décider si et à quelles mesures médicales ils souhaitent recourir pour eux-mêmes. Le droit à l'autodétermination comprend également des décisions médicales déraisonnables - prises sous sa propre responsabilité »<sup>416</sup>. L'autodétermination protège ainsi l'intégrité de la personne en lui permettant d'exprimer sa volonté. Malgré l'exigence d'un consentement éclairé de la personne, la « décision autodéterminée de vaccination » fait l'objet de contraintes en raison des conséquences du refus de vaccination<sup>417</sup>. Les juges déduisent de leur argumentation que « dès lors, une atteinte à l'intégrité physique n'est pas uniquement un simple reflet de la réglementation légale, mais la conséquence voulue de l'action de l'État et donc une atteinte indirecte ciblée à l'article 2, alinéa 2 [...] de la Loi fondamentale »<sup>418</sup>. Dans cette décision, l'atteinte à l'intégrité s'avère finalement justifiée selon les juges<sup>419</sup>. À l'occasion

---

*ein Arzt - und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen - eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornähme. »)*

<sup>414</sup> *Ibid.*, n° 10. (« *Die völlige Ausräumung der inneren Fortpflanzungsorgane einer Frau ist eine ihre körperliche Unversehrtheit so tief berührende Maßnahme, daß ein Arzt sie nicht durchführen darf, ohne zuvor, soweit möglich, ihre Einwilligung einzuholen. »)*

<sup>415</sup> BVerfG, 27 avr. 2022, BVerfGE 161, 299, n° 109.

<sup>416</sup> *Ibid.*, n° 111.

<sup>417</sup> *Ibid.*, n° 114. (« *Zwar setzt die COVID-19-Impfung die vorherige, nach ärztlicher Aufklärung erteilte Einwilligung der Nachweisverpflichteten voraus. Eine Entscheidung gegen die Impfung ist jedoch mit nachteiligen Konsequenzen verbunden [...]. Die an sich selbstbestimmt zu treffende Impfentscheidung, also die Entscheidung über das Einbringen eines Stoffes in den Körper, wird damit von äußeren, faktischen und rechtlichen Zwängen bestimmt. »)*

<sup>418</sup> *Ibid.*, n° 114. (« *Von daher ist eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit nicht nur ein bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung [...], sondern die gewollte Folge des staatlichen Handelns und damit eine zielgerichtete mittelbare Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. »)*

<sup>419</sup> *Ibid.*, n° 149 et s.

de cette argumentation, ils rappellent clairement que « l'introduction d'une substance dans le corps présuppose en principe le consentement de la personne pour la préservation de son droit à l'autodétermination concernant son propre corps »<sup>420</sup>.

De même, en matière d'hospitalisation sans consentement, « tout traitement médical d'une personne contre sa volonté naturelle (*natürlichen Willen*) porte atteinte à son droit fondamental à l'intégrité corporelle [...] » qui « protège l'intégrité corporelle de la personne et donc aussi le droit à l'autodétermination qui lui est relatif »<sup>421</sup>, idée déjà développée antérieurement<sup>422</sup>. Ainsi, « le traitement médical d'une personne en hospitalisation sans consentement »<sup>423</sup>, qui par sa nature touche au droit fondamental à l'intégrité corporelle, ne porte tout au plus pas atteinte à ce droit fondamental lorsque le traitement est couvert par le fondement d'un consentement donné par la personne sur le fondement de l'information médicale requise », ce qui « suppose la capacité à consentir de la personne [...] »<sup>424</sup>. La protection du consentement relativement au corps de la personne est ainsi inscrite dans la protection de l'autodétermination de l'individu, issue des principes de liberté et de dignité, et de son intégrité corporelle. Loin d'être l'expression d'une toute-puissance, elle est le fruit d'un équilibre qui n'est pas réduit à la seule valeur de liberté.

**115.** Le consentement hors du domaine corporel peut également être appréhendé à travers le droit général de la personnalité et les principes d'autodétermination. La Cour fédérale de justice rappelle ainsi que la loi subordonne en principe la diffusion de l'image d'une personne à son consentement<sup>425</sup> et que « le droit à l'image est une manifestation particulière du droit général de la personnalité »<sup>426</sup>. En cela, le consentement est donc lié au droit général de la personnalité issu des principes de liberté et dignité. Toutefois, ce consentement est loin d'être tout-puissant

---

<sup>420</sup> *Ibid.*, n° 207. (« Die zur Erfüllung der Nachweispflicht veranlasste Impfung stellt einen nicht unerheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar. Das Einbringen eines Stoffes in den Körper setzt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts betreffend den eigenen Körper grundsätzlich die Einwilligung der Betroffenen voraus. »)

<sup>421</sup> BVerfG, 8 juin 2021, BVerfGE 158, 131, n° 56.

<sup>422</sup> BVerfG, 20 févr. 2013, BVerfGE 133, 112, n° 49.

<sup>423</sup> L'expression allemande (*untergebrachte Person*) ne mentionne pas le consentement. L'expression a été transposée ici à partir du droit français pour faciliter la compréhension du lecteur ou de la lectrice.

<sup>424</sup> *Ibid.*, n° 57. (« Die medizinische Behandlung einer untergebrachten Person, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der frei, auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilten Einwilligung dieser Person gedeckt ist. Dies setzt allerdings deren Einwilligungsfähigkeit voraus [...] »)

<sup>425</sup> BGH, 19 déc. 1995, BGHZ 131, 332. (« Bildnisse einer Person dürfen grundsätzlich nur mit deren Einwilligung verbreitet werden (§ 22 KUG). » La KUG correspond à la loi relative au droit d'auteur sur les œuvres d'art et la photographie (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*) ; pour la trad. du titre de la loi, v. H. Becker, « Le droit à l'image dans la publicité : situation légale et nouveaux développements en Allemagne », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 355, p. 11.

<sup>426</sup> *Ibid.* (« Das Recht am eigenen Bilde ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. »)

car, comme ailleurs, l'image d'un individu peut dans certaines circonstances être diffusée sans consentement<sup>427</sup>. Dans une affaire relative à la transmission des actes de divorce d'ex-époux, la Cour constitutionnelle fédérale estime qu'« une atteinte à la personnalité des époux se trouve dans la permission de transmission du dossier de la procédure de divorce à l'enquêteur, qui trouve son fondement formel dans l'obligation de fournir une assistance administrative et juridique, constitue une ingérence dans le droit de la personnalité des époux. Cette atteinte n'est admissible sans leur accord (*Einverständnis*) que si elle est justifiée selon le principe de proportionnalité. Si tel n'est pas le cas, cette mesure viole l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, en liaison avec l'article 1, alinéa 1<sup>er</sup>, et l'article 19, alinéa 2, de la Loi fondamentale »<sup>428</sup>. La nécessité de consentement à la transmission d'informations personnelles repose ainsi sur des valeurs de dignité et de liberté. La Cour spécifie d'ailleurs préalablement que « l'obligation constitutionnelle de respect de la sphère intime de l'individu trouve son fondement dans le droit au libre épanouissement de la personnalité garanti par l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale. Lors de la détermination du contenu et de la portée de ce droit fondamental, il faut tenir compte du fait que selon la norme fondamentale de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale, la dignité de l'homme est inviolable et doit être respectée et protégée par tous les pouvoirs publics. Par ailleurs, conformément à l'article 19, alinéa 2, de la Loi fondamentale, il ne peut pas être porté atteinte dans son essence au droit fondamental découlant de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale »<sup>429</sup>. Ces principes ne sont pas pour autant intangibles : « l'ensemble du domaine de la vie privée n'est pas placé sous la protection absolue [de ce] droit fondamental [...]. En tant que citoyen orienté vers et lié à la communauté [...], chacun doit plutôt accepter les mesures étatiques qui sont prises dans l'intérêt prépondérant de la

<sup>427</sup> *Ibid.* : « Sans le consentement de la personne concernée [nécessaire en principe pour leur diffusion, en application du § 22 KUG, ce que soulignent les juges] des images relevant du domaine de l'histoire contemporaine peuvent toutefois être diffusées ou exposées, sauf si cela entraîne une atteinte à un intérêt légitime de la personne représentée. »

<sup>428</sup> BVerfG, 15 janv. 1970, BVerfGE 27, 344, *Scheidungsakten*, n° 22. (« *Aus alledem folgt, daß in der Gestattung einer Übersendung der Akten des Ehescheidungsverfahrens an den Untersuchungsführer, die ihre formelle Grundlage in der Verpflichtung zur Leistung von Amts- und Rechtshilfe hat, ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Ehegatten liegt. Er ist ohne ihr Einverständnis nur dann zulässig, wenn er nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerechtfertigt ist. Ist dies nicht der Fall, so verstößt diese Maßnahme gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 GG.* ») La Cour caractérise *in fine* l'atteinte à la Constitution (*ibid.*, n° 28).

<sup>429</sup> *Ibid.*, n° 17. (« *Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist [...]. Das verfassungskräftige Gebot der Achtung der Intimsphäre des Einzelnen hat seine Grundlage in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite dieses Grundrechts ist zu beachten, daß nach der Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG die Würde des Menschen unantastbar ist und von aller staatlichen Gewalt geachtet und geschützt werden muß. Überdies darf nach Art. 19 Abs. 2 GG auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.* »)

collectivité, dans la stricte garantie du principe de proportionnalité, tant qu'elles ne portent pas atteinte au domaine inviolable de la vie privée »<sup>430</sup>.

**116.** Le consentement participe aussi de la garantie de l'autodétermination informationnelle (*informationnelle Selbstbestimmung*), principe initialement développé dans la décision *Volkszählungsgesetz* à l'égard des données personnelles<sup>431</sup>. En se prononçant sur l'irrecevabilité d'un recours, la Cour constitutionnelle fédérale estime que « le requérant a lui-même le pouvoir d'écarter la violation de son droit à l'autodétermination informationnelle qu'il fait valoir en ne donnant pas son consentement (*Einwilligung*) à l'utilisation du dossier électronique du patient »<sup>432</sup>. Dans d'autres décisions, la Cour constitutionnelle fédérale se fonde plutôt sur le secret des communications garanti par l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale, qui dispose que « le secret des correspondances, comme le secret postal et des télécommunications sont inviolables »<sup>433</sup>. L'absence de consentement constitue donc une ingérence dans ce droit<sup>434</sup>

---

<sup>430</sup> *Ibid.*, n° 18. (« Jedoch steht nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und 19 Abs. 2 GG [...]. Als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger [...] muß vielmehr jedermann staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes erfolgen, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen. »)

<sup>431</sup> BVerfG, 15 déc. 1983, BVerfGE 65, 1, *Volkszählungsgesetz*. Sur l'autodétermination informationnelle, v. P. Türk, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 616 ; A. Rouvroy, Y. Pouillet, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et virtualité*, K. Benyekhlef, P. Trudel (dir.), Montréal : Thémis, 2009, p. 157 ; C. Koumpli, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O. Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 98 et s. Pour des références allemandes, v. I. von Münch, P. Kunig, *Grundgesetz-Kommentar. Band 1, Präambel bis Art. 20*, 4<sup>e</sup> éd., Munich : Beck, 1992, v° « Art. 2 », p. 143, spéc. p. 171, n° 38 ; H.-D. Jarass, M. Kment, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 16<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, v° « Art. 2 », p. 65, spéc. p. 81, n° 37 et p. 82, n° 42 ; B. Buchner, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006, 2019.

<sup>432</sup> BVerfG, 4 janv. 2021, BVerfG, 1 BvR 619/20, n° 4. Cela car « compte tenu des dispositions réglant l'introduction du dossier électronique du patient, le requérant n'est pas directement et actuellement concerné dans ses propres droits. En effet, l'utilisation du dossier électronique du patient s'effectue de son plein gré, conformément au § 341 (1) SGB V [Sozialgesetzbuch V]. » De même, la Cour constitutionnelle fédérale consacre un développement au consentement en lien avec l'autodétermination informationnelle dans sa décision sur le droit à l'oubli (BVerfGE, 6 nov. 2019, BVerfGE 152, 152, *Recht auf Vergessen I*, n° 88, trad. disponible en ligne : [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2019/11/rs20191106\\_1bvr001613fr.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2019/11/rs20191106_1bvr001613fr.html) (consulté le 30 janv. 2024) : « À cet égard, des conditions strictes en matière de structuration du traitement des données et en matière de mise en relation et de limitation de ce traitement à certaines fins - en particulier si ces conditions sont accompagnées d'exigences relatives à l'obtention du consentement de la personne concernée - peuvent constituer un moyen adéquat, voire le cas échéant imposé par la Constitution, de protéger le droit à l'autodétermination en matière d'informations. » Il s'agit toutefois d'une considération isolée dans un raisonnement qui n'est pas spécifiquement relatif au consentement.

<sup>433</sup> « Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich. »

<sup>434</sup> BVerfG, 25 mars 1992, BVerfGE 85, 386, *Fangschaltungen*, n° 50 et s. Mais en l'espèce, il n'y a pas de violation de la Loi fondamentale.



et une atteinte aux droits fondamentaux<sup>435</sup>. Les juges font le lien entre cette disposition de la Constitution et celles relatives à la liberté et la dignité de la personne en estimant que « l'intangibilité de la dignité humaine garantie par l'article 1, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale, exige également, dans le domaine de garantie de l'article 10 de la Loi fondamentale, des mesures de protection de l'épanouissement individuel dans le noyau dur de la vie privée »<sup>436</sup>.

117. La Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*) a toutefois eu recours au principe constitutionnel de dignité pour limiter le consentement de la personne relativement à son corps plutôt que pour justifier son existence. Les motifs de l'arrêt Peep-Show<sup>437</sup> rappellent au lecteur ceux de l'arrêt Morsang-sur-Orge en droit français<sup>438</sup>. Les juges allemands affirment en effet que l'« atteinte à la dignité humaine n'est pas réglée ou justifiée par le fait que la femme qui se produit dans un peep-show agit de son plein gré »<sup>439</sup>, car « le consentement (*Einwilligung*) de la personne ne permet d'exclure une atteinte à la dignité humaine que si l'atteinte à la dignité humaine est justement et seulement justifiée par l'absence de consentement de la personne à l'acte ou à l'omission en cause. Ce n'est pourtant pas le cas en l'espèce, où - comme exposé - la dignité humaine des femmes qui se produisent est atteinte par la manière dont elles s'exhibent, typique de ces manifestations »<sup>440</sup>. Cette décision propose une conception différente de l'appréhension du consentement par la dignité et montre qu'une atteinte à la dignité peut être constituée malgré le consentement de la personne concernée. Dans tous les cas, le consentement peut être appréhendé par les valeurs de dignité et de liberté qui jouent un rôle équivalent. L'analyse autonomiste est loin de fonder le consentement sur une

---

<sup>435</sup> BVerfG, 16 juin 2009, BVerfGE 124, 43, *Beschlagnahme von E-Mails*, n° 53 : « Étant donné que l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale veut protéger la confidentialité de la communication, toute prise de connaissance, enregistrement et exploitation de données de communication sans le consentement de la personne constitue une atteinte aux droits fondamentaux [...] »

<sup>436</sup> *Ibid.*, n° 90. (« *Die nach Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde fordert auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung.* ») Pour la traduction de « noyau dur de la vie privée » (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*), v. M. Nicolas-Gréciano, C.-F. Stuckenberg, « Allemagne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2022, p. 669.

<sup>437</sup> BVerwG, 15 déc. 1981, BVerwGE 64, 274, *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows*.

<sup>438</sup> CE ass., 27 oct. 1995, n° 136727, publié au Recueil, *Commune de Morsang-sur-Orge*. Sur l'idée d'une comparaison, v. L. Jeannin, « Le principe de dignité en droit allemand », in *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, S. Henneute-Vauchez, C. Girard (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 158, spéc. p. 168.

<sup>439</sup> BVerwG, 15 déc. 1981, BVerwGE 64, 274, *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows*, n° 12. (« *Diese Verletzung der Menschenwürde wird nicht dadurch ausgeräumt oder gerechtfertigt, daß die in einer Peep-Show auftretende Frau freiwillig handelt.* »)

<sup>440</sup> *Ibid.*, n° 12. (« *Die Einwilligung des Betroffenen vermag eine Verletzung der Menschenwürde nur auszuschließen, wenn die Verletzung der Menschenwürde gerade und nur durch das Fehlen der Einwilligung des Betroffenen in die in Rede stehende Handlung oder Unterlassung begründet wird. So liegt es im vorliegenden Fall aber nicht, in dem - wie dargelegt - die Menschenwürde der auftretenden Frauen durch die für diese Veranstaltungen typische Art und Weise ihrer Zurschaustellung verletzt wird.* »)

liberté illimitée. De même, la jurisprudence française ne correspond pas tout à fait à la conception du consentement qui lui est prêtée.

## B. Une conception du consentement moins caricaturale dans la jurisprudence française

**118.** La jurisprudence française révèle elle aussi une appréhension moins caricaturale du consentement au sein d'un conflit qui hiérarchiserait liberté et dignité. Le consentement n'est pas exclusivement lié à la liberté de la personne et celle-ci peut tout à fait être limitée. Alors que le droit français privilégierait davantage le principe de protection de la dignité humaine sur celui de liberté, la jurisprudence tempère cette approche. Le Conseil constitutionnel appréhende le consentement à partir de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, mais aussi des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont il a pu déduire une liberté personnelle<sup>441</sup>, en particulier dans le domaine du droit à la vie privée<sup>442</sup>. En revanche, « la dignité humaine joue dans la pratique française un rôle bien moins important qu'en Allemagne »<sup>443</sup> et cette assertion est vérifiée s'agissant du consentement dans la jurisprudence. Le consentement n'est pas uniquement limité par la dignité de la personne, voire bien rarement.

**119.** La jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire offre une approche du consentement moins caricaturale quant à sa place au sein d'une hiérarchisation de la liberté et de la dignité, tant dans le domaine corporel (1) qu'en dehors (2).

---

<sup>441</sup> V. M. Verpeaux, *Rép. cont. Adm. Dalloz*, v° « Contentieux constitutionnel : normes de référence », mars 2022, n° 343 ; H. Roussillon, X. Bioy (dir.), *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ? : actes de la journée d'études, 7 mai 2005*, préf. B. Genevois, Toulouse : Presses de l'Université des Sciences sociales, 2006, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018 ; G. Canivet, « Positions et composition dans la genèse d'une liberté fondamentale - Les contours évolutifs de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Titre VII*, n° 7, 2021 ; F. Vaddillo, « Liberté individuelle vs liberté personnelle : l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou la progressive reconnaissance d'un habeas corpus à la française », *LPA*, n° 80, 2015, p. 4 : « En définitive, le Conseil constitutionnel a progressivement renoué avec la conception originelle - et étroite - de l'article 66 et de la notion de liberté individuelle : celle d'un habeas corpus, une disposition constitutionnelle contre les privations arbitraires de liberté. Dans cet objectif, il n'a pas hésité à faire fi de sa jurisprudence antérieure et à consacrer la notion de "liberté personnelle" afin de définir toutes les libertés constitutionnelles qui ne relèvent pas de l'article 66. »

<sup>442</sup> S. Henneute-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 474.

<sup>443</sup> A. Gaillet, T. Hochmann, N. Marsch, Y. Vilan, M. Wendel, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 384, n° 689.

### 1) *Domaine corporel*

**120.** Les consentements liés au corps de la personne sont rattachés à la liberté de la personne et peuvent être limités pour diverses raisons, dont la sauvegarde de sa dignité. Contrairement aux droits autonomistes, le droit français ne fonde que rarement le consentement sur le principe de dignité, qui constitue plutôt une de ses limites.

**121.** Le consentement médical est emblématique de l'approche du consentement corporel par les droits et libertés fondamentaux. Le Conseil constitutionnel affirme en effet en 1994 que « l'intégrité [...] du corps humain », compte parmi l'« ensemble de principes » des lois bioéthiques qui « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Or, « l'ensemble des dispositions [des lois bioéthiques] mettent en œuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables ». En tant que condition du respect de l'intégrité du corps humain selon l'article 16-3 du Code civil<sup>444</sup>, le consentement relève donc du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité et de la personne humaine. Le Conseil d'État affirme par ailleurs en 2002 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 » au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative<sup>445</sup>. L'exigence de consentement s'appuie en même temps sur la liberté de la personne et la protection de la dignité de la personne humaine. La liberté caractérisée par le consentement n'est pas sans limite. Si en principe, « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »<sup>446</sup>, le Conseil d'État affirme que les médecins ne portent pas une « atteinte grave et manifestement illégale » à cette liberté fondamentale lorsqu'ils « accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à [l'] état [du patient] »<sup>447</sup>. Le consentement médical constitue une liberté qui peut être limitée au nom de la protection de la vie<sup>448</sup>. Ces limitations

---

<sup>444</sup> Qui dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne » (C. civ., art. 16-3, al. 1<sup>er</sup>) et 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 » (C. civ., art. 16-3, al. 2).

<sup>445</sup> CE, ord. réf., 16 août 2002, n° 249552, publié au Recueil, *Madame Feuillathey c. CHU de St Etienne*. Le Conseil d'État se fonde sur les art. 16-3 C. civ. et L. 1111-4 CSP.

<sup>446</sup> CSP, art. L. 1111-4 al. 2.

<sup>447</sup> CE ass., 26 oct. 2001, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayaké* ; CE, ord. réf., 16 août 2002, n° 249552, publié au Recueil, *Madame Feuillathey c. CHU de St Etienne* ; CE, ord. réf., 20 mai 2022, n° 463713.

<sup>448</sup> V. L. Marguet, « Entre protection objective et conception subjective du droit à la vie et à la dignité humaine : l'encadrement juridique de la fin de vie en France et en Allemagne », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11. Laurie Marguet estime que « si l'idée d'un "droit au refus de soin" se fait de plus en plus présente dans l'ordre

peuvent aussi être fondées sur la protection des tiers, comme pour les vaccinations obligatoires<sup>449</sup>. Le Conseil d'État a récemment rappelé que « la restriction apportée à l'obligation de consentement aux interventions dans le domaine de la santé est inhérente au caractère obligatoire de la vaccination, lequel [...] est justifié par les besoins de la protection de la santé publique et proportionné au but poursuivi »<sup>450</sup>.

**122.** L'absence de consentement dans les soins psychiatriques est conçue comme une atteinte à la liberté et une contrainte. Alors que le consentement aux soins relève d'une liberté fondamentale, la possibilité de procéder à des soins psychiatriques sans consentement souligne que le consentement est loin d'être un outil au service d'une liberté sans limites. Pour des raisons tenant à la protection de l'ordre public et de la santé, la liberté personnelle peut être limitée<sup>451</sup>.

Pour rappel, le Code de la santé publique prévoit qu'en principe, « une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans l'autorisation de son représentant légal, si elle est mineure, ou celle de la personne chargée de la protection, s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, faire l'objet de soins psychiatriques »<sup>452</sup>, de sorte qu'« une personne faisant l'objet de soins psychiatriques avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en soins psychiatriques libres »<sup>453</sup>. Cette hypothèse « privilégiée »<sup>454</sup> ne vaut pas dans certains cas<sup>455</sup>, les « soins psychiatriques sans consentement »<sup>456</sup>. L'absence de consentement est ainsi opposée à la liberté de la personne dans les textes mêmes, qui y voient une situation de contrainte<sup>457</sup>. Dans le langage courant, les soins psychiatriques sans consentement sont d'ailleurs fréquemment qualifiés d'« hospitalisation

---

juridique français, il est cependant permis de douter de son effectivité au regard de l'importante autonomie décisionnelle que détiennent les médecins ».

<sup>449</sup> CSP, art. L. 3111-2.

<sup>450</sup> CE, 10 déc. 2021, n° 456004, publié au Recueil, *Syndicat des agents publics de Polynésie*, cons. 28.

<sup>451</sup> Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, cons. 13 : « en adoptant ces dispositions, le législateur a assuré, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part, et la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ».

<sup>452</sup> CSP, art. L. 3211-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>453</sup> CSP, art. L. 3211-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>454</sup> CSP, art. L. 3211-2, al. 2.

<sup>455</sup> Soit « hormis les cas prévus par les chapitres II à IV du présent titre et ceux prévus à l'article 706-135 du Code de procédure pénale » (CSP, art. L. 3211-1).

<sup>456</sup> CSP, art. L. 3211-2-1, al. 1<sup>er</sup>. Le chapitre IV du Code de la santé publique prévoit à part le cas spécifique des « personnes détenues atteintes de troubles mentaux ».

<sup>457</sup> L'article L. 3211-2-1, III du Code de la santé publique exclut toute mesure de contrainte pour un patient hospitalisé sans son consentement et qui n'est pas pris en charge sous la forme d'une hospitalisation complète. Les mesures de contrainte semblent *a contrario* possibles en cas de soins psychiatriques sans consentement prenant la forme d'une hospitalisation complète.

sous contrainte »<sup>458</sup>. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a d'ailleurs dénoncé cette « mésappellation [qui] laisse craindre une banalisation de l'usage de la force et des moyens de contrainte et la multiplication des atteintes à l'intimité »<sup>459</sup>.

Le contrôle de l'hospitalisation sans consentement correspond à celui d'une atteinte à la liberté de la personne. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut ainsi visiter les établissements de santé où les personnes sont hospitalisées sans leur consentement<sup>460</sup>. Cela est surtout manifeste d'un point de vue constitutionnel, les soins psychiatriques sans consentement constituant une atteinte à la liberté individuelle relevant de l'article 66, alinéa 2, de la Constitution<sup>461</sup>. Le Conseil constitutionnel adopte la même approche pour les soins sans consentement, plus particulièrement l'isolement et la contention, alors qu'ils sont entrepris dans le cadre d'une hospitalisation consentie<sup>462</sup>. En conséquence, le contentieux de l'hospitalisation sans consentement relève du juge judiciaire, un principe prévu par la loi<sup>463</sup>. Dans sa décision sur les mesures de contention et d'isolement dans le cadre d'une hospitalisation consentie, le Conseil constitutionnel a justement estimé « qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien à l'isolement ou sous contention à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution »<sup>464</sup>, déclarant dès lors les dispositions légales en la matière non conformes à la Constitution<sup>465</sup>. L'absence de consentement constitue ainsi une privation de liberté de la personne qui peut être conforme à la Constitution sous certaines conditions.

---

<sup>458</sup> Par ex. dans la communication d'un établissement hospitalier (« Vos droits », CHU de Montpellier, en ligne : <https://www.chu-montpellier.fr/fr/patients-visiteurs/hospitalisation/prise-en-charge/types-de-prise-en-charge/hospitalisation-en-psychiatrie/vos-droits> (consulté le 30 janv. 2024)), d'une agence régionale de santé (« Soins psychiatriques sans consentement : guide pratique pour le maire », *ARS Grand Est*, 29 nov. 2022, en ligne : <https://www.grand-est.ars.sante.fr/soins-psychiatriques-sans-consentement-guide-pratique-pour-le-maire> (consulté le 30 janv. 2024)), ou encore d'un conseil départemental de l'Ordre des médecins (« Hospitalisation sous contrainte », *Conseil départemental du Val de Marne de l'Ordre des médecins*, en ligne : <https://conseil94.ordre.medecin.fr/content/hospitalisation-contrainte> (consulté le 30 janv. 2024)).

<sup>459</sup> CGLPL, *L'intimité au risque de la privation de liberté*, Paris : Dalloz, 2022, p. 46.

<sup>460</sup> L. n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, art. 8 : « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut visiter à tout moment, sur le territoire de la République, tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique, ainsi que tout établissement de santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement visé à l'article L. 3222-1 du code de la santé publique. »

<sup>461</sup> Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, cons. 8. L'article 66, alinéa 2, de la Constitution prévoit que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>462</sup> Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC, *M. Éric G.*, cons. 4 : « Ces mesures ne sont pas nécessairement mises en œuvre lors d'une hospitalisation sans consentement et n'en sont donc pas la conséquence directe. Elles peuvent être décidées sans le consentement de la personne. Par suite, l'isolement et la contention constituent une privation de liberté. »

<sup>463</sup> CSP, art. L. 3216-1 et CSP, art. L. 3211-12 et s.

<sup>464</sup> Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC, *M. Éric G.*, cons. 8.

<sup>465</sup> *Ibid.*, cons. 9 : « Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, le premier alinéa de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique doit être déclaré contraire à la Constitution. »

**123.** L'analyse jurisprudentielle d'autres consentements relatifs au corps est réalisée à partir des deux principes de liberté et de dignité<sup>466</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi prononcé sur la question de la prostitution, en estimant que des relations sexuelles d'apparence consentantes, qui relèvent de la liberté personnelle, peuvent être limitées au nom de la dignité de la personne humaine. Interrogeant la conformité à la Constitution de la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution<sup>467</sup>, les requérants soutenaient «une méconnaissance du droit au respect de la vie privée, ainsi que du droit à l'autonomie personnelle et à la liberté sexuelle qui en découleraient»<sup>468</sup>. Le Conseil constitutionnel ne proclame pas de tels droits et libertés dans sa décision. En revanche, il cherche à assurer une conciliation entre la liberté personnelle, dont relèveraient les relations sexuelles, et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le consentement représenterait la liberté personnelle et la dignité mettrait en échec ce consentement. En effet, «si le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées»<sup>469</sup>. Le Conseil constitutionnel en conclut que «le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine et, d'autre part, la liberté personnelle»<sup>470</sup>.

Cette conception pourrait, aux yeux du lecteur, se rapprocher de l'analyse du Conseil d'État dans l'arrêt *Morsang-sur-Orge* évoqué précédemment. Toutefois, le consentement n'y est jamais mentionné. L'apparent conflit entre liberté et dignité ne passe pas nécessairement par le consentement. Le Conseil d'État relève plutôt une «atteinte à la dignité de la personne humaine» que «l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, [...] interdire [...] alors même que [la personne en cause] se prêtait librement à cette exhibition,

---

<sup>466</sup> S'il est difficile de trouver une analyse du consentement sexuel en termes de liberté, notons un arrêt de la Cour de cassation qui affirme que «l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte» (Cass. crim., 5 sept. 1990, n° 90-83.786, publié).

<sup>467</sup> Issue de la loi n° 2016-444 du 13 avr. 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

<sup>468</sup> Cons. const., 1<sup>er</sup> févr. 2019, n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres*, cons. 5.

<sup>469</sup> *Ibid.*, cons. 12.

<sup>470</sup> *Ibid.*, cons. 13.

contre rémunération »<sup>471</sup>. Dans les autres domaines, le consentement est également rattaché à la liberté de la personne qui peut être limitée pour de nombreuses raisons.

## 2) *Autres domaines*

**124.** Le consentement au mariage est intimement lié à la liberté matrimoniale, « composante de la liberté personnelle »<sup>472</sup>. Sa protection comme ses limitations sont justifiées par le respect de cette liberté. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que « le législateur, en estimant que le fait pour un étranger de ne pouvoir justifier de la régularité de son séjour constituerait dans tous les cas un indice sérieux de l'absence de consentement, a porté atteinte au principe constitutionnel de la liberté du mariage »<sup>473</sup>. Selon le Conseil constitutionnel, une limitation du consentement au mariage peut participer à protéger le consentement dans le but de préserver la liberté matrimoniale.

Le Conseil constitutionnel protège le consentement libre et éclairé des époux par la liberté matrimoniale et rejette, au nom de cette même liberté, les consentements contraints ou viciés. Il a ainsi été appelé à se prononcer sur l'article 146 du Code civil, qui « subordonne la validité du mariage au consentement des époux » et « la jurisprudence constante de la Cour de cassation » selon laquelle « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »<sup>474</sup>. Le Conseil constitutionnel estime que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale », de sorte que l'article 146 n'y porte pas atteinte<sup>475</sup>. Il renchérit en estimant que l'article 180 du Code civil et les dispositions permettant au Procureur de la République de faire opposition ou de demander l'annulation du mariage « contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un

<sup>471</sup> CE ass., 27 oct. 1995, n° 136727, publié au Recueil, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

<sup>472</sup> Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94 ; Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *M. Roger D.*, cons. 4 ; Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, *M. Thierry B.*, cons. 5. V. H. Daïmallah, « Le consentement au mariage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 94, n° 2, 2013, p. 311.

<sup>473</sup> Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 95. La même décision affirme également que la procédure de saisine du procureur dans ce cadre « ne peut être regardée comme portant une atteinte excessive au principe constitutionnel de la liberté du mariage » (cons. 93) et que « le signalement à l'autorité préfectorale de la situation d'un étranger accomplissant les formalités de mariage sans justifier de la régularité de son séjour et, d'autre part, la transmission au préfet de la décision du procureur de la République de s'opposer à la célébration du mariage, d'ordonner qu'il y soit sursis ou de l'autoriser, les dispositions de l'article 76 sont de nature à dissuader les intéressés de se marier » et « qu'ainsi, elles portent également atteinte au principe constitutionnel de la liberté du mariage » (cons. 96).

<sup>474</sup> Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, *M. Thierry B.*, cons. 6.

<sup>475</sup> *Ibid.*, cons. 7.

d'eux »<sup>476</sup>, « loin de méconnaître le principe de la liberté du mariage, [...] tendent à en assurer la protection »<sup>477</sup>.

Des restrictions apportées au consentement peuvent ne pas porter atteinte à la liberté du mariage. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé à propos de l'ancien article 460 du Code civil « qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée »<sup>478</sup>. Si la disposition en cause n'est plus de droit positif<sup>479</sup>, il reste que la liberté matrimoniale, rattachée à la liberté personnelle, n'était pas atteinte quand bien même le consentement d'un des époux ne pouvait pas être donné seul et était subordonné à une autorisation tierce.

**125.** La Cour de cassation estime elle aussi que l'annulation d'un mariage faute d'intention matrimoniale, et donc de consentement, ne peut constituer une violation du principe conventionnel de liberté du mariage. Un pourvoi défendu devant elle soutenait « que la protection de la liberté du mariage implique que celui-ci puisse être contracté indépendamment de la finalité poursuivie par les époux, laquelle ne regarde qu'eux et n'intéresse pas la société ». L'annulation du mariage pour cette raison constituerait une violation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>480</sup>. Dans l'arrêt du 19 décembre 2012, la Cour de cassation estime à l'inverse que la cour d'appel n'a pas violé cette disposition en déduisant d'un mariage conclu « dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine » de l'époux, son annulation<sup>481</sup>.

---

<sup>476</sup> *Ibid.*, cons.10.

<sup>477</sup> *Ibid.*, cons. 11.

<sup>478</sup> Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *M. Roger D.*, cons. 8. Les conséquences de cette décision ont été tirées par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 décembre 2012 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 déc. 2012, n° 11-25.158, publié).

<sup>479</sup> L'exigence a été supprimée par l'article 10, 8° de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>480</sup> Le pourvoi soutient « qu'en considérant, pour annuler le mariage contracté par Mme X..., que cette dernière avait exclusivement cherché à appréhender le patrimoine de son époux, la cour d'appel a violé l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, publié).

<sup>481</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, publié : « ayant ainsi fait ressortir que celle-ci n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir retenu que [l'épouse] s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de [l'époux], en a déduit, sans méconnaître les exigences conventionnelles de la liberté du mariage, qu'il y avait lieu d'annuler celui-ci, faute de consentement ».



126. Le consentement aux atteintes à la personnalité est plutôt envisagé au regard de la protection de la vie privée<sup>482</sup>. S'il est lié au pouvoir de maîtrise de l'individu, il peut tout autant être limité. La Cour de cassation, comme le législateur français, n'explicite pas, ou peu, le fondement du consentement en matière de vie privée relativement aux atteintes à la personnalité. Elle se fonde notamment sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour assurer cette protection et la rattache notamment à l'idée de « maîtrise ». S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle estime que « la maîtrise par l'individu de son image implique dans la plupart des cas la possibilité de refuser la diffusion de son image et comprend en même temps le droit pour lui de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui. L'image étant l'une des caractéristiques attachées à la personnalité de chacun, sa protection effective présuppose, en principe, le consentement de l'individu dès sa captation et non pas seulement au moment de son éventuelle diffusion au public »<sup>483</sup>. De même, la consultation des registres de naissance de l'état civil communicables de plein droit après une durée de soixante-quinze ans ne prive pas les informations qu'ils contiennent, comme les modalités d'établissement de la filiation, de la protection de la vie privée des articles 9 du Code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>484</sup>. Dès lors, « la divulgation, dans un ouvrage destiné au public, de la filiation adoptive de l'intéressé [consultée en tant qu'archive publique], sans son consentement, portait atteinte à sa vie privée »<sup>485</sup>. Toutefois, les consentements dans le domaine des atteintes à la personnalité ne sont, eux non plus, pas illimités. En particulier, dans le cadre d'un « conflit de droits », la liberté d'expression et la liberté d'information du public peuvent justifier l'absence de consentement<sup>486</sup>. La liberté d'information du public est elle-même limitée par le respect de la dignité de la personne humaine<sup>487</sup>.

<sup>482</sup> Le Code pénal lui-même envisageant la diffusion d'informations ou d'images relatives à une personne sans son consentement comme des atteintes à sa vie privée (v. en particulier C. pén., art. 226-1 et s.).

<sup>483</sup> Cour de cassation, civile, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juin 2021, n° 20-13.753, publié. La Cour fait référence aux arrêts précités *Reklos et Davourlis c. Grèce* (CEDH, 15 janv. 2009, n° 1234/05, *Reklos et Davourlis c. Grèce*) et *De la Flor Cabrera c. Espagne* (CEDH, 27 mai 2014, n° 10764/09, *De la Flor Cabrera c. Espagne*).

<sup>484</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 2017, n° 16-19.740, publié : « s'il résulte de l'article L. 213-2, I, 4<sup>o</sup>, e), du code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, que les registres de naissance de l'état civil constituent, à l'expiration d'un délai de soixante-quinze ans à compter de leur clôture, des archives publiques communicables de plein droit à toute personne qui en fait la demande, certaines des informations qu'ils contiennent et, notamment, celles portant sur les modalités d'établissement de la filiation, relèvent de la sphère de la vie privée et bénéficient, comme telles, de la protection édictée par les articles 9 du code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>485</sup> *Ibid.*

<sup>486</sup> A. Lepage, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023, n° 200 et plus généralement n° 294 et s.

<sup>487</sup> *Ibid.*, n° 139. Dans un arrêt rendu au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des art. 9 et 16 C. civ., la Cour de cassation a ainsi estimé que « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de

127. Le consentement dans le domaine de la vie privée est encore plus limité lorsqu'il s'agit du traitement des données à caractère personnel d'un individu. Le consentement au traitement de données personnelles occupe en effet une place particulière, car il n'est souvent qu'une condition alternative au traitement de certaines données. La disposition générale relative au traitement des données dans le RGPD prévoit six bases légales de traitement toutes alternatives, le consentement ne constituant que l'une d'entre elles<sup>488</sup>. Le consentement ne constitue pas non plus la seule exception permettant le traitement des données sensibles en droit français<sup>489</sup>. Il est en revanche une condition de principe pour permettre le recours à des cookies<sup>490</sup>, sauf exception<sup>491</sup>. Cette position particulière du consentement dans le domaine des données personnelles a conduit le G29<sup>492</sup> à rappeler en 2011 que tous les États membres ne conçoivent pas le consentement de la même manière au regard des libertés fondamentales : « certains États membres le considèrent [le consentement] comme une condition privilégiée, parfois proche d'un principe constitutionnel, liée au statut de droit fondamental de la protection des données. D'autres peuvent le considérer comme une des six options possibles, à savoir une condition opérationnelle qui ne revêt pas plus d'importance que les autres options »<sup>493</sup>. Le Conseil d'État estimait de même en 2014 que « le rôle du consentement de la personne ne doit être ni surestimé

---

la dignité de la personne humaine » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2001, n° 98-23.471, publié), principe rappelé en 2017 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017, n° 15-28.813, publié). Cela dit, la Cour de cassation a affirmé récemment que « si elle est de l'essence de la Convention [...], [la dignité] ne saurait être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression » et que « dès lors, pour déterminer si la publication litigieuse peut être incriminée, il suffit de rechercher si elle est constitutive d'un abus dans l'exercice du droit à la liberté d'expression » (Cass. AP, 25 oct. 2019, n° 17-86.605, publié).

<sup>488</sup> RGPD, art. 6. 1 ; LIL, art. 5.

<sup>489</sup> LIL, art. 6 et 44. Il en va de même en droit européen (RGPD, art. 9. 2), qui prévoit cependant que les États membres peuvent exclure le consentement des exceptions permettant le traitement de données sensibles (RGPD, art. 9. 2. a).

<sup>490</sup> LIL, art. 82, al. 4, qui transpose l'article 5. 3 de la directive dite « ePrivacy » de 2002, modifiée en 2009 (Dir. 2002/58/CE du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques). Par *cookie*, on désigne « toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement » (LIL, art. 82).

<sup>491</sup> Si l'accès aux informations « a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique » ou « est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur » (LIL, art. 82, al. 4).

<sup>492</sup> Le G29 correspondait au « groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel » prévu par l'article 29 de la Directive 95/46/CE du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Il rassemblait les représentants des différentes autorités nationales chargées de la protection des données. Il a été remplacé, dans le RGPD, par le Comité européen de la protection des données (RGPD, art. 68 et s.).

<sup>493</sup> G29, *Avis 15/2011 sur la définition du consentement*, Avis n° WP 187, 13 juill. 2011, p. 7 et s. Le G29 estime en conséquence qu'« il est utile de préciser le rapport entre le consentement et d'autres conditions de licéité » (*ibid.*, p. 7). En particulier, « l'ordre dans lequel les fondements juridiques sont cités à l'article 7 est important, mais il ne signifie pas que le consentement soit toujours le fondement le plus approprié pour légitimer le traitement de données à caractère personnel » (*ibid.*, p. 8).

(dans la législation actuelle, il n'est ni une condition nécessaire ni une condition suffisante de la licéité du traitement des données), ni méconnu, car il incarne la liberté de la personne en matière d'utilisation de ses données personnelles»<sup>494</sup>. Le caractère alternatif du consentement au traitement des données personnelles amène Xavier Dupré de Boulois à se demander s'il existe réellement un « droit au consentement » dans ce domaine<sup>495</sup>. Dans les textes, le consentement au traitement de données personnelles s'analyse dans le cadre de la protection de la vie privée des individus, consacrée par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>496</sup>. Le cadre dans lequel s'inscrit le consentement est aussi celui de la loi Informatique et Libertés, dont l'article premier prévoit que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

**128.** Les différentes juridictions sanctionnent ainsi le défaut de consentement par le biais de la protection de la vie privée. Le Conseil constitutionnel a par exemple estimé que le « traitement, le partage et la collecte » des « données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par la Covid-19 et des personnes en contact avec elles », « sans le consentement des intéressés, dans le cadre d'un système d'information ad hoc ainsi que dans le cadre d'une adaptation des systèmes d'information relatifs aux données de santé déjà existants », dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire lié au Covid-19<sup>497</sup>, « portent [...] non seulement sur les données médicales personnelles des intéressés, mais aussi sur certains éléments d'identification et sur les contacts qu'ils ont noués avec d'autres personnes. Ce faisant, les dispositions contestées portent atteinte au droit au respect de la vie privée »<sup>498</sup>. Interrogé sur la conformité à la Constitution des exceptions à l'exigence de consentement pour le traitement

---

<sup>494</sup> CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, p. 18 ; pour le développement de cette idée, v. *ibid.*, p. 173.

<sup>495</sup> X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 362, n° 498.

<sup>496</sup> Selon l'article 8 de la Charte, « ces données doivent être traitées [...] sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ». Le consentement est donc une des conditions alternatives du respect du droit fondamental à la protection des données personnelles. Cette disposition figure par ailleurs dans un titre consacré aux « libertés ».

<sup>497</sup> L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 11

<sup>498</sup> Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, cons. 61 et s. Une seule disposition relative au consentement, celle qui permet aux « organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés » d'avoir accès à ces données, méconnaît finalement ce droit selon le Conseil constitutionnel (cons. 70 et s.).

de données sensibles<sup>499</sup>, le Conseil constitutionnel ne s'est toutefois pas prononcé sur l'existence d'un tel principe, déclarant les dispositions conformes à la Constitution<sup>500</sup>.

Le Conseil d'État envisage également la sanction du défaut de consentement au traitement des données personnelles par l'application du droit au respect de la vie privée. Dans une ordonnance en référé-liberté, il examinait la légalité d'une décision par laquelle une commune avait recours à des caméras thermiques dans différents bâtiments afin de déterminer la température corporelle de certaines personnes<sup>501</sup>. Selon la commune, le traitement était justifié par le consentement des personnes au traitement de données sensibles<sup>502</sup>. Or, le Conseil d'État estime que ce consentement n'était pas valide car « rien ne permet de regarder ce consentement comme répondant aux exigences de l'article 7 et, pour ce qui concerne les enfants, à celle supplémentaire de l'article 8 du RGPD »<sup>503</sup>. Le Conseil d'État déduit de l'ensemble de son analyse que « l'atteinte aux libertés fondamentales résultant du traitement de données de santé personnelles ainsi mis en œuvre paraît donc manifestement illégale »<sup>504</sup>, les libertés atteintes étant justement « le droit au respect de la vie privée qui comprend le droit à la protection des données personnelles et la liberté d'aller et venir »<sup>505</sup>.

---

<sup>499</sup> Plus précisément eu égard aux art. L. 1223-3 CSP et 226-19 C. pén.

<sup>500</sup> Cons. const. 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, *M. Laurent D.* En particulier, pour le Conseil constitutionnel, « les dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique n'ont pas pour objet de définir une exception à cette incrimination » mais « de telles exceptions sont en particulier définies par l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée » (cons. 11). Or, « dans sa décision du 29 juillet 2004 susvisée, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi du 6 août 2004 susvisée » (cons. 11). Cela doit en réalité être précisé. Dans sa décision de 2004, le Conseil constitutionnel avait estimé que « les dispositions critiquées se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du e) du 2 de l'article 8 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer » et que, « par suite, le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée ne peut être utilement présenté devant lui » (Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 8). Autrement dit, en application de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne pouvait contrôler la conformité de cet article avec le droit au respect de la vie privée (Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 7). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel estime également que « les dispositions du premier alinéa de l'article 226-19 du code pénal ne portent aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines » (Cons. const. 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, *M. Laurent D.*, cons. 14). Le requérant soutenait notamment que « le législateur aurait méconnu le "principe constitutionnel de consentement à la captation et à la conservation des données personnelles" » (*ibid.*, cons. 4).

<sup>501</sup> CE, ord. réf., 26 juin 2020, n° 441065, cons. 4.

<sup>502</sup> *Ibid.*, cons. 24.

<sup>503</sup> *Ibid.*

<sup>504</sup> *Ibid.*, cons. 25.

<sup>505</sup> Qui, pour le Conseil d'État, « constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de cet article [l'article L. 521-2 du code de justice administrative] » (*ibid.*, cons. 3). Le Conseil d'État procède par renvoi, en mentionnant « l'atteinte manifestement illégale ainsi constituée aux libertés fondamentales rappelées au point 3 » (*ibid.*, cons. 26).

**129.** À nouveau, le Conseil constitutionnel a pu confirmer que le consentement au traitement de données personnelles n'est pas toujours nécessaire. Dans sa décision relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions<sup>506</sup>, le Conseil constitutionnel avait censuré la disposition qui prévoyait le partage des données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par la Covid-19 et des personnes en contact avec les organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés. En revanche, il n'a pas censuré de manière générale l'article 11 de la loi qui « prévoit que, par dérogation à l'exigence fixée à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, les données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par la Covid-19 et des personnes en contact avec elles peuvent être traitées et partagées, sans le consentement des intéressés, dans le cadre d'un système d'information *ad hoc* ainsi que dans le cadre d'une adaptation des systèmes d'information relatifs aux données de santé déjà existants »<sup>507</sup>. Selon le Conseil constitutionnel, les autres dispositions de l'article, « sous les réserves » qu'il énonçait précédemment, « ne méconnaissent pas le droit au respect de la vie privée »<sup>508</sup>. Elles « ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative ou inintelligibles ni ne méconnaissent d'autres exigences constitutionnelles » et « sont, sous les mêmes réserves, conformes à la Constitution »<sup>509</sup>. Le Conseil constitutionnel liste de très nombreuses limitations et garanties justifiant une telle solution<sup>510</sup>. L'absence d'obligation de recueillir le consentement, dérogoire à la loi, peut donc être tout à fait conforme à la Constitution, et en particulier au droit au respect de la vie privée.

**130.** Les discours doctrinaux qui font du consentement une norme libérale à partir de la théorisation d'un conflit entre liberté et dignité ne sont pas tout à fait justifiés au regard du droit positif. En revanche, la jurisprudence des différents systèmes juridiques, autonomistes comme

---

<sup>506</sup> Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

<sup>507</sup> *Ibid.*, n° 62.

<sup>508</sup> *Ibid.*, n° 78.

<sup>509</sup> *Ibid.*

<sup>510</sup> On compte notamment le fait que « le législateur a entendu renforcer les moyens de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, par l'identification des chaînes de contamination » et « a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé » (*ibid.*, cons. 63), que « la collecte, le traitement et le partage des données personnelles précitées ne peuvent être mis en œuvre que dans la mesure strictement nécessaire à l'une des quatre finalités » listées dans la décision (*ibid.*, cons. 64), que « si le champ des personnes susceptibles d'avoir accès à ces données à caractère personnel, sans le consentement de l'intéressé, est particulièrement étendu, cette extension est rendue nécessaire par la masse des démarches à entreprendre pour organiser la collecte des informations nécessaires à la lutte contre le développement de l'épidémie » (*ibid.*, cons. 69) ou encore que « si les dispositions contestées de l'article 11 exemptent [...] de l'obligation d'obtenir le consentement des intéressés, elles n'exemptent pas ces mêmes opérations du respect des dispositions [...] relatives aux principes régissant les traitements des données à caractère personnel et aux droits reconnus aux personnes dont les données sont collectées, notamment leurs droits d'accès, d'information et de rectification » (*ibid.*, cons. 75).

français, témoigne d'une analyse libérale du consentement. En le concevant dans le cadre de libertés qui peuvent être limitées sous certaines conditions, les décisions présentées s'inscrivent dans un paradigme libéral<sup>511</sup>. La norme de consentement en droit français peut en revanche s'avérer en elle-même illibérale.

## **§2. Le consentement comme norme illibérale en droit français**

**131.** La norme de consentement peut être pensée comme illibérale en droit français. Cette analyse, à rebours de la conceptualisation classique du consentement, repose sur la norme même de consentement. Par son existence, elle peut limiter la liberté de la personne. Au lieu d'en être l'expression, elle présuppose un contrôle de la volonté individuelle. La norme de consentement n'a en effet pas d'existence autonome en droit français (A) et constitue une liberté contrôlée (B).

### **A. L'absence d'existence autonome du consentement**

**132.** Le consentement en droit français ne peut justifier à lui seul une atteinte à la personne. En cela, on peut dire qu'il n'a pas d'existence autonome. Cette absence d'autonomie s'illustre particulièrement quand on analyse les questions liées au fait justificatif en droit pénal et en droit civil.

À l'inverse, d'autres systèmes juridiques, comme le droit américain ou allemand, consacrent l'autonomie du consentement en admettant sa prise en compte au titre des faits justificatifs.

**133.** Le rejet de la qualification de fait justificatif en droit français (1) se distingue ainsi de la consécration de l'autonomie de la volonté en droit étranger (2).

#### *1) Le rejet de la qualification de fait justificatif de responsabilité en droit français*

**134.** Le consentement ne peut jamais, en droit français, constituer un fait justificatif, que ce soit dans le cadre de la responsabilité civile ou pénale. Cela signifie que, si les conditions de la

---

<sup>511</sup> Par ex. D. Lochak, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2018, p. 90 : « Il n'existe aucun droit, même dans une démocratie, qui puisse s'exercer sans limite. La liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, les exigences de la vie en société de l'autre : ainsi s'énonce la problématique libérale classique des restrictions aux libertés. On en trouve les prémices dans la Déclaration des droits de l'homme lorsqu'elle énonce que "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui" ou encore que "la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société". »

responsabilité civile sont réunies, le consentement antérieur ou postérieur de la victime ne pourra écarter l'action en responsabilité. La perspective semblait certes ouverte en droit civil depuis l'avant-projet de réforme de la Chancellerie de 2017. Il prévoyait un article 1257-1 du Code civil aux termes duquel « ne donne pas non plus lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a consenti »<sup>512</sup>. Mais cette proposition est doublement limitée. Sur le fond, elle ne concerne que ce qui est disponible et pourrait dès lors exclure de nombreuses sphères du droit des personnes. Plus prosaïquement, la proposition n'a plus été reprise depuis 2017, que ce soit dans la mission d'information parlementaire à ce sujet<sup>513</sup> ou la proposition de loi sénatoriale, qui ne la mentionne pas dans les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité<sup>514</sup>. Sur le plan doctrinal, le caractère justificatif du consentement n'est pas évoqué dans le rapport de la Cour de cassation de juin 2022 sur la responsabilité civile et n'est pas non plus mentionné dans des articles discutant cette réforme<sup>515</sup>.

Si une partie de la doctrine interprète le droit positif dans le sens de l'admission possible du consentement comme fait justificatif<sup>516</sup>, elle le restreint généralement à la disponibilité de la matière et exclut les dommages corporels<sup>517</sup>. Il reste que la Cour de cassation n'a pas, à ce jour, rendu d'arrêt en droit des personnes dans lequel le « consentement » de la personne écarterait la responsabilité de l'auteur du dommage.

**135.** Le refus de consacrer le caractère justificatif du consentement dans la loi n'est pas nouveau. L'interdiction existe depuis le XVI<sup>e</sup> siècle pour limiter les violences<sup>518</sup>. Développée par la Cour de cassation au XIX<sup>e</sup> siècle pour interdire les homicides ainsi que les coups et blessures consentis, en matière civile comme pénale<sup>519</sup>, « la jurisprudence établie au XIX<sup>e</sup> siècle

<sup>512</sup> Ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 2017.

<sup>513</sup> J. Bigot et A. Reichardt, *Rapport d'information n° 663, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la responsabilité civile*, Sénat, 22 juill. 2020.

<sup>514</sup> Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, n° 678, 29 juill. 2020

<sup>515</sup> P. Jourdain, « Les enjeux d'une réforme de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, n° 1, 2021, p. 277 ; A. Denizot, « Pour une vraie réforme du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2020, p. 958 ; M. Bacache, « Responsabilité civile - Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G*, 2020, p. 1562.

<sup>516</sup> F. Viangalli, « Le consentement a la violence et la règle *volenti non fit injuria* dans la responsabilité civile », *Droits*, vol. n° 49, n° 1, 2009, p. 29.

<sup>517</sup> M. Bacache-Gibeili, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle : droit commun et régimes spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Economica, 2021, n° 159 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 520 et s., n° 574 et s.

<sup>518</sup> M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 109, n° 23.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 109 et s., n° 124 et s.

se transforme en principe »<sup>520</sup>. Les parlementaires avaient d'ailleurs rejeté la qualification de fait justificatif lors de l'examen des lois bioéthiques de 1994. Si l'article 19, alinéa 2, du projet de loi prévoyait que « le consentement ne justifie l'atteinte à l'intégrité du corps que si celle-ci est fondée sur un intérêt légitime », cette formulation disparaissait dans la version adoptée<sup>521</sup>. En séance publique à l'Assemblée nationale, Jean-François Mattei critiquait la qualification de fait justificatif : « “Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps sans le consentement de l'intéressé” : Voilà une première phrase intéressante ! Le consentement du malade à une intervention médicale deviendrait-il le fait justificatif de ladite intervention médicale ? Cette précision pourrait conduire à de nombreux problèmes »<sup>522</sup>. Le refus de consacrer le consentement comme fait justificatif est renouvelé en 1998 lors de l'examen d'une loi sur le bizutage et le harcèlement. Au Sénat, Jacques Larché fait « malgré tout observer que - c'est un grand principe de notre droit - le consentement de la victime n'est pas une cause absolutoire. En effet, si vous pratiquez l'euthanasie avec le consentement de la personne concernée, vous commettez un crime »<sup>523</sup>.

**136.** En droit pénal, d'interprétation stricte, le chapitre du Code pénal consacré aux « causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité »<sup>524</sup> ne mentionne pas le consentement de la victime. Ce dernier intervient seulement, en droit pénal spécial, dans la formation de l'élément matériel de l'infraction, lorsque l'absence de consentement constitue une condition de l'infraction. C'est par exemple le cas de la répression de l'atteinte à la vie privée<sup>525</sup> ou de l'interruption volontaire de grossesse sans le consentement de la personne<sup>526</sup>. Dans ce cas, le consentement ne constitue pas un fait justificatif ou exonérateur de responsabilité mais un élément matériel de l'infraction. Xavier Pin souligne qu'il s'agit des « incriminations, dont on déduit de leur lettre, qu'elles peuvent être neutralisées par un consentement *ad hoc* », qui ainsi « procède par exclusion de l'infraction, c'est un consentement exclusif »<sup>527</sup>. Le « consentement

<sup>520</sup> *Ibid.*, p. 112, n° 127.

<sup>521</sup> « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique 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 C. civ., L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, art. 3.)

<sup>522</sup> JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, p. 5839. La phrase était toutefois formulée au soutien d'un amendement qui ne fut pas adopté.

<sup>523</sup> JO Sénat, séance du 30 oct. 1997, p. 3140 (à l'occasion de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs).

<sup>524</sup> C. pén., art. 122-1 et s.

<sup>525</sup> C. pén., art. 226-1.

<sup>526</sup> C. pén., art. 223-10.

<sup>527</sup> X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, Paris : LGDJ, 2002, p. 150.



justificatif»<sup>528</sup> est exclu car, « les incriminations étant des normes d'ordre public, elles ne sauraient être suspendues par l'effet d'une permission individuelle »<sup>529</sup>. Plus précisément, « le consentement seul n'est pas un fait justificatif, mais il peut être l'élément d'une justification légale »<sup>530</sup>. Cela désigne la situation dans laquelle « une norme dérogatoire spéciale prévoit un consentement justificatif » et que « le consentement trouve alors le soutien de l'autorisation de la loi et peut apparaître comme l'élément d'une justification légale », comme pour « l'opération chirurgicale »<sup>531</sup>. Le droit pénal n'envisage ainsi aucun effet juridique à un consentement qui serait exprimé sans être prévu par la loi et aucune disposition ne prévoit de tirer des conséquences générales du consentement en droit pénal.

**137.** L'exclusion des effets autonomes du consentement en droit pénal s'expliquerait d'abord par le principe de légalité des délits et des peines<sup>532</sup>. Par ailleurs, la fonction de la norme pénale l'exclurait car « l'infraction protège autant l'intérêt général que l'individu lui-même de sorte que l'individu ne peut valablement consentir à la commission d'une infraction en ce qu'il ne peut disposer d'un intérêt qui le dépasse »<sup>533</sup>. En outre, « l'argument classique de l'indisponibilité du corps humain » serait appelé à justifier un tel rejet<sup>534</sup>. Le rejet du caractère justificatif du consentement reposerait en effet sur l'indisponibilité de la personne, qui se serait ainsi développé non pas comme la « protection de l'individu contre lui-même », mais comme la « protection de l'individu contre les atteintes des tiers, qu'il y consente ou non »<sup>535</sup>. À l'inverse, dans d'autres systèmes juridiques, le consentement peut tout à fait constituer un fait justificatif autonome.

---

<sup>528</sup> *Ibid.*, p. 194 et s.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>532</sup> S.-M. Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2018, p. 137, n° 214 : « D'abord, la loi ne le prévoyant pas, la logique legaliste commande de ne pas attacher de conséquences au consentement de la victime. Conformément au principe de légalité des délits et des peines, il n'y a pas lieu de distinguer entre les atteintes subies et les atteintes consenties car la loi ne distingue pas. »

<sup>533</sup> *Ibid.*

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 137, n° 214.

<sup>535</sup> M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 113, n° 128.

2) *L'admission de la qualification de fait justificatif de responsabilité en droit étranger*

**138.** Dans certains droits étrangers, il est admis que le consentement constitue un fait justificatif de responsabilité. Le consentement est marqué par des différences structurelles propres aux systèmes juridiques. Les conditions de consentement sont partagées par de nombreux droits, par exemple les consentements biomédicaux, au mariage, à l'adoption, au traitement de données personnelles. Pourtant, tous les consentements ne sont pas conceptualisés de la même manière. Alors qu'en droit français le consentement est une condition prévue par la loi, il est un fait justificatif dans d'autres droits. Cette différence de raisonnement juridique témoigne de conceptions politiques profondément divergentes. Comme le souligne James Q. Whitman à propos de la comparaison des droits américains et européens : « En droit comparé aussi, ce sont les différences relatives qui comptent. Les Américains et les Européens arrivent certainement aux mêmes conclusions. En revanche, ils ont des points de départ différents et des compréhensions différentes de ce qui constitue une société juste. »<sup>536</sup> Considérer que l'expression de la volonté peut produire des effets juridiques consistant à exclure l'atteinte portée à la personne qui consent relève d'une approche libérale dans son acception originelle. Ce raisonnement s'inscrit dans la propriété de soi et l'autonomie de la volonté. À l'inverse, l'exclusion de cette hypothèse fait du droit français un système moins libéral.

**139.** La doctrine étasunienne voit ainsi dans le consentement un acte qui permet de rendre licite un comportement qui ne l'était pas. Le consentement permet de faire des individus des « magiciens moraux »<sup>537</sup> car ils altèrent le caractère moral ou non des actions d'autrui. Ils peuvent en effet faire d'une action mauvaise une action juste et générer une permission qui permet à autrui de faire un acte mauvais<sup>538</sup>. Ce faisant, les personnes peuvent se donner leur propre loi morale<sup>539</sup>. Le consentement recèle ainsi d'un pouvoir « moralement transformateur »<sup>540</sup>. Le consentement pourrait être perçu de deux manières :

---

<sup>536</sup> J. Whitman, « The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty », *Yale Law Journal*, vol. 113, n° 6, 2004, p. 1151, spéc. p. 1163 : « *In comparative privacy law, too, it is the relative differences that matter. Americans and Europeans certainly do sometimes arrive at the same conclusions. Nevertheless, they have different starting points and different ultimate understandings of what counts as a just society.* »

<sup>537</sup> H. M. Hurd, « The Moral Magic of Consent », *Legal Theory*, vol. 2, n° 2, 1996, p. 121.

<sup>538</sup> *Ibid.*

<sup>539</sup> *Ibid.*

<sup>540</sup> L. Alexander, « The Moral Magic of Consent (II) », *Legal Theory*, vol. 2, n° 3, 1996, p. 165 (« *morally transformative* »).

comme une défense<sup>541</sup>, en « convertissant ce qui serait autrement une invasion de la personne ou de ses droits en une activité bénigne ou justifiée »<sup>542</sup>, ou comme créateur de droits et de devoirs, comme dans un contrat<sup>543</sup>. La conception du consentement est ainsi toute autre qu'en droit français.

**140.** L'illustration offerte par le droit allemand permet de comprendre toute la spécificité de l'approche française. Le consentement est en effet conçu en droit allemand comme un fait justificatif de responsabilité civile comme pénale. La spécificité du droit allemand apparaît sur l'emploi même du terme de consentement. Lorsque nous indiquions notre sujet de thèse en traduisant le consentement par le terme *Einwilligung*, les interlocuteurs se représentaient une thèse sur le consentement comme fait justificatif de responsabilité. La présentation du droit français, qui rejette cette interprétation du consentement notamment dans le domaine médical, suscitait un certain étonnement. En droit allemand, en effet, la notion de consentement, traduit comme *Einwilligung*, renvoie à sa condition de fait justificatif. Le lien avec l'autonomie de la personne fait appel plus particulièrement au rôle du consentement en droit pénal. En application des théories libérales originelles, le consentement de la personne pourrait justifier les atteintes qu'elle subit, en application du principe *volenti non fit injuria*. La critique de l'arrêt K.A. et A.D. de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>544</sup> s'appuie précisément sur l'idée que la jurisprudence européenne ne ferait pas obstacle à la nature justificative du consentement<sup>545</sup>. Le droit allemand témoigne pourtant d'une plus grande complexité. Il est tout à fait admis que le consentement constitue un fait justificatif de responsabilité, ce qui en fait un droit autonomiste. Toutefois, il ne joue pas ce rôle dans nombre d'hypothèses. L'existence d'un tropisme autonomiste n'exclut donc pas, pour autant, la limitation des effets du consentement en raison de certaines valeurs.

**141.** En matière civile, le caractère de fait justificatif du consentement n'est pas prévu par le § 823 du BGB, mais il est communément admis par la doctrine<sup>546</sup>. En cela, le consentement

---

<sup>541</sup> D. Beyleveld, R. Brownsword, *Consent in the law*, Oxford - Portland (Or.) : Hart, 2007, p. 6.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>543</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>544</sup> CEDH, 17 févr. 2005, n° 42758/98 et n° 45558/99, *K. A. et A. D. c. Belgique*, n° 83.

<sup>545</sup> S. Hennette-Vauchez, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, p. 5 : « C'est précisément (et, donc, indépendamment de la conclusion à laquelle la Cour aboutit finalement) ce mode de raisonnement, articulé en large partie autour des notions de volonté et de consentement, qui suscita la véhémence critique adressée à la Cour, au motif que c'est en regard du principe de dignité qu'elle aurait dû valider la procédure belge. »

<sup>546</sup> Par ex. J. Hager, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin : Sellier - de Gruyter, 2017, v° « § 823 A-D », n° 176

constitue un fait justificatif autonome, indépendamment des textes légaux. Il est un *Rechtfertigungsgrund* dans le domaine médical<sup>547</sup> mais aussi dès lors que le bien juridique (*Rechtsgut*) est disponible ; il s'agit de la mise en œuvre du principe *volenti non fit injuria*<sup>548</sup>.

Le consentement exclut aussi la responsabilité de l'auteur de l'atteinte en matière pénale, sous certaines conditions. Cette différence avec le droit français d'un intérêt particulier : « l'étude des causes d'irresponsabilité pénale permet d'éclairer les choix du législateur quant aux valeurs qu'il entend protéger. De ce point de vue, il est intéressant de constater que les choix effectués par le droit allemand et le droit français sur la question du consentement justificatif sont radicalement opposés, ce qui permet de réfléchir sur la place accordée à la liberté individuelle dans nos pays respectifs »<sup>549</sup>.

**142.** Plus particulièrement, le § 228 du Code pénal allemand prévoit que « celui qui effectue une blessure corporelle avec le consentement de la personne blessée n'agit illégalement que si l'acte porte atteinte aux bonnes mœurs malgré le consentement »<sup>550</sup>. Selon certains auteurs, le consentement exclurait toujours l'illicéité d'un acte en droit pénal. Autrement dit, le § 228 ne ferait que poser une exception fondée sur les bonnes mœurs dans le cadre des atteintes corporelles<sup>551</sup>. De fait, les exigences de consentement prévues par la loi dans le domaine corporel, comme la stérilisation, peuvent être appréhendées par la doctrine allemande comme des faits justificatifs au sens du § 228 du Code pénal<sup>552</sup>. En ce sens, le consentement pourrait constituer un fait justificatif autonome.

---

et s., spéc. n° 176 ; G. Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV*, 8<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2020, v° « § 823 », p. 1760, n° 81 et s. ; M. Fromont, J. Knetsch, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, p. 212, n° 368. Sur le sujet, v., parmi beaucoup de références, S. Deuring, « Einwilligungsschranken im Zivilrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 222, n° 2, 2022, p. 255 ; A. Ohly, « *Volenti non fit iniuria* » : *die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2002.

<sup>547</sup> V. J. Knetsch, « La responsabilité médicale en droit allemand », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, vol. 23, n° 2, 2019, p. 11.

<sup>548</sup> D. Looschelders, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14<sup>e</sup> éd., Munich : Franz Vahlen, 2019, p. 483 et s. ; G. Spindler, *Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reyemann (dir.), Munich : C. H. Beck, 2021, v° « BGB § 823 », n° 83 et s. ; G. Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV*, 8<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2020, v° « § 823 », n° 81.

<sup>549</sup> X. Pin, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *RSC*, 2003, p. 259.

<sup>550</sup> « *Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.* » V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 154, n° 101.

<sup>551</sup> K. Miebach, G. M. Sander, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3, §§ 185-262 StGB*, Munich : C. H. Beck, 2003, v° « § 228 », p. 827, n° 1.

<sup>552</sup> D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner (dir.), *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze : Handkommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Baden-Baden : Nomos, 2013, v° « § 228 », p. 1216, spéc. p. 1220, n° 23 et s.

**143.** Le consentement est pourtant exclu dans nombre d'hypothèses. Il ne peut avoir un effet que lorsque le bien protégé par le droit pénal<sup>553</sup> est disponible et est ainsi exclu en cas d'infractions contre la communauté et contre la vie<sup>554</sup>. En outre, le § 228 exclut expressément tout effet justificatif du consentement en cas d'atteinte aux bonnes mœurs<sup>555</sup>. L'interprétation de cette limite a été développée par la jurisprudence. Cette dernière aurait évolué. Elle ne qualifierait plus l'atteinte aux bonnes mœurs à raison du but poursuivi par le mis en cause mais de la gravité du danger menaçant la victime<sup>556</sup>. Ce tournant est particulièrement marqué dans deux décisions de la Cour fédérale de justice<sup>557</sup>, une de 2003 relative à l'injection de drogues<sup>558</sup> et une de 2004 à propos de pratiques sadomasochistes<sup>559</sup>.

**144.** Faire jouer le rôle de fait justificatif au consentement ne revient pas à tirer n'importe quel effet juridique. Le consentement donné peut tout à fait être limité pour respecter à la fois la liberté et la dignité de la personne. Dans l'arrêt rendu en 2004 sur des faits relevant de sadomasochisme, la Cour fédérale de justice estime que l'atteinte aux bonnes mœurs n'est pas constituée en elle-même par les pratiques sexuelles sadomasochistes en cause. Cette affirmation est doublement justifiée : « il n'est pas possible d'établir un jugement univoque d'immoralité selon les opinions générales de la population » et ce « serait en contradiction avec les valeurs de la quatrième loi de réforme du droit pénal du 23 novembre 1973 [...], qui a supprimé l'ancienne caractérisation des infractions dans la treizième section du Code pénal. La loi a remplacé la section 2 de la partie spéciale du Code pénal comme “délits contre les mœurs” par celle de “délits contre l'autodétermination sexuelle” et a ainsi mis en avant un autre bien juridique [...] »<sup>560</sup>. La question sexuelle est donc désormais considérée sous l'angle de

<sup>553</sup> *Rechtsgut*, v. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2016, p. 63, n° 39 ; J. Walther, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées - Perspectives comparées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal [actes du colloque organisé par l'équipe de recherche Louis Josserand du Centre de droit pénal de l'Université Jean Moulin-Lyon 3 le 6 juin 2019]*, P. Mistretta, S. Papillon, C. Kurek (dir.), Paris : Dalloz, 2020, p. 17. Sur le lien entre bien juridique protégé et consentement, v. J. Walther, *loc. cit.*, p. 30.

<sup>554</sup> D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner (dir.), *loc. cit.*, p. 1216, n° 2. Le § 216 StGB exclut explicitement le « meurtre sur demande » (« *Tötung auf Verlangen* »).

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 1218, n° 13.

<sup>556</sup> B. Hardtung, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 4 : §§ 185-262*, G. M. Sander (dir.), 4<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2021, v° « § 228 », p. 1297, spéc. n° 36 et s.

<sup>557</sup> *Ibid.*

<sup>558</sup> BGH, 11 déc. 2003, BGHSt 49, 34.

<sup>559</sup> BGH 26 mai 2004, BGHSt 49, 166

<sup>560</sup> *Ibid.*, n° 28. (« *Zur Frage der Bewertung sadomasochistischer Handlungen läßt sich überdies - auch unter Berücksichtigung ihrer gesamten Bandbreite - wohl kaum nach allgemeinen Anschauungen in der Bevölkerung ein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil feststellen. Außerdem läßt sich gegen eine so begründete Bewertung als sittenwidrig anführen, daß dies den Wertungen des 4. Strafrechtsreformgesetzes vom 23. November 1973 (BGBl I 1725) widersprechen würde, welches die frühere Kennzeichnung der Straftatbestände im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB als "Sittlichkeitsdelikte" durch diejenige als "Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung" ersetzt und damit ein anderes Rechtsgut in den Vordergrund gerückt hat [...].* »)

l'autodétermination et pas des bonnes mœurs. Pour les juges, l'atteinte aux bonnes mœurs est plutôt constituée par la mise en danger de mort de la personne, même consentante, par les blessures corporelles<sup>561</sup>.

Dans un arrêt relatif à des affrontements physiques entre groupes de hooligans d'extrême droite, la Cour fédérale de justice rappelle que lorsque la personne est en « danger de mort », son consentement n'est plus justificatif. Les juges estiment notamment que « le fait qu'un homicide auquel la victime n'a pas seulement consenti, mais qu'elle a sérieusement demandé, est néanmoins punissable, permet de déduire que la victime ne peut pas valablement consentir à son propre homicide par un tiers. La jurisprudence a déduit de cette appréciation, eu égard à l'article 228 du Code pénal, que dans l'intérêt général, la possibilité de prendre des dispositions existentielles concernant le bien juridique de sa propre intégrité physique ou de sa propre vie est soumise à des restrictions. La protection des biens juridiques que sont l'intégrité physique et la vie contre les atteintes de tiers n'est donc pas mise à la disposition de l'individu de manière absolue, mais uniquement dans un cadre tolérable pour l'ordre juridique [...]. On sort de ce cadre lorsque l'acte met concrètement en danger de mort celui qui a consenti aux lésions corporelles [...] »<sup>562</sup>. Si le consentement a une valeur autonome qui n'est pas prévue par la loi, il comporte des limites parmi lesquelles figure, dans certains cas, la protection de l'intégrité physique de la personne.

**145.** Xavier Pin soulignait que « malgré des principes différents, les solutions de nos deux pays sont en réalité très proches, par le jeu des exceptions. En effet, en Allemagne, le consentement de la victime est par principe efficace, lorsque l'incrimination protège une valeur disponible, mais la loi, la jurisprudence et surtout la doctrine dans un flot impressionnant de publications lui ont assigné de nombreuses limites. En France, le principe inverse est affirmé : un particulier n'est pas libre de renoncer à la protection pénale mais une norme justificative, subordonnée au recueil du consentement, peut conduire à ce résultat ; or ces normes se sont

---

<sup>561</sup> *Ibid.*, n° 29 et s.

<sup>562</sup> BGH 22 janv. 2015, BGHSt 60, 166, n° 43. (« Aus dem Umstand, dass eine Tötung, in die das Opfer nicht nur eingewilligt, sondern die sie ernsthaft verlangt hat, gleichwohl strafbar ist, lässt sich entnehmen, dass das Opfer in die eigene Tötung durch einen Dritten nicht wirksam einwilligen kann. Dieser Wertung hat die Rechtsprechung mit Blick auf § 228 StGB entnommen, dass im Allgemeininteresse die Möglichkeit, existentielle Verfügungen über das Rechtsgut der eigenen körperlichen Unversehrtheit oder des eigenen Lebens zu treffen, Einschränkungen unterliegt. Der Schutz der Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben gegen Beeinträchtigungen durch Dritte wird deshalb nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des Einzelnen gestellt [...]. Dieser Rahmen wird verlassen, wenn der in die Körperverletzung Einwilligende durch die Tat in konkrete Todesgefahr gebracht wird [...]. »)

multipliées »<sup>563</sup>. À supposer que cette affirmation soit encore juste, elle témoigne de la spécificité du droit français. Certes, les solutions pourraient être les mêmes dans leur résultat. Toutefois, en refusant drastiquement de conférer une valeur justificative au consentement en droit civil comme pénal, le droit français rejette un raisonnement juridique présent dans d'autres droits et connu pour son libéralisme. De fait, la norme de consentement permet bien souvent de contrôler la liberté de la personne en droit français, s'éloignant un peu plus du libéralisme qu'on lui prête.

## B. Le consentement comme liberté contrôlée

**146.** L'exigence du consentement se révèle aussi être la marque d'un certain contrôle de la liberté de la personne. Empruntant une distinction propre au droit des libertés publiques, on pourrait avancer que le consentement est libéral lorsqu'il correspond à un régime répressif d'une liberté (1). En revanche, il est illibéral lorsqu'il équivaut à un régime préventif d'une liberté (2).

### 1) *Le consentement libéral comme régime répressif d'une liberté*

**147.** Le consentement est libéral lorsqu'il forme le régime répressif d'une liberté, c'est-à-dire lorsque le consentement consiste à sanctionner la violation d'une liberté. La consécration de l'autonomie de la personne sans le consentement souligne qu'il n'en constitue pas un élément central. L'analyse est transposable au droit français, où des normes allant vers plus d'autonomie ont été développées sans être conditionnées au consentement de la personne.

**148.** La consécration de l'autonomie sans référence au consentement de la personne (a) et l'absence de condition préalable de consentement dans les normes autonomistes de droit français (b) soulignent que les droits libéraux se forment sans accorder une place centrale au consentement de la personne.

---

<sup>563</sup> X. Pin, *loc. cit.*, p. 259. L'auteur en conclut que « finalement, en France comme en Allemagne, le consentement peut, dans des conditions très comparables, ôter à un comportement son caractère objectivement répréhensible. La comparaison met alors en relief les différences d'approches, opposant le pragmatisme français au dogmatisme allemand, dans une perspective d'enrichissement réciproque. »

a) La consécration de l'autonomie sans le consentement de la personne

**149.** Les systèmes juridiques qui ont consacré l'autonomie de la personne l'ont fait sans référence au consentement. Présenté comme un élément central de ce principe, il y est pourtant peu présent. Le constat se fait tant au regard de la consécration de l'autonomie personnelle par la Cour européenne des droits de l'homme (i) que par celle du droit général de la personnalité et de droits à l'autodétermination par la jurisprudence allemande (ii).

i) *L'autonomie personnelle consacrée sans le consentement par la Cour européenne des droits de l'homme*

**150.** La Cour européenne des droits de l'homme a construit sa jurisprudence sur l'autonomie personnelle sans faire du consentement un critère fondamental de celle-ci. Dans de nombreuses décisions où elle consacre et applique le principe d'autonomie personnelle, ou plus rarement un principe d'autodétermination, elle ne fait pas référence au consentement. Ce constat remet en cause les analyses autonomistes du consentement.

**151.** La Cour européenne des droits de l'homme ne mentionne ainsi jamais le consentement dans sa jurisprudence relative à l'autonomie sur le droit des personnes trans<sup>564</sup>. Il en va de même pour les développements relatifs à l'autonomie personnelle dans les affaires relatives à la procréation médicalement assistée<sup>565</sup> ou l'interruption volontaire de grossesse<sup>566</sup>. D'autres décisions importantes rendues sur le fondement du principe d'autonomie personnelle ne font pas mention du consentement ou de la volonté de la personne : il en est ainsi de l'arrêt *Hristozov*

---

<sup>564</sup> CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, G. C., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 90 (droit d'une personne trans à se marier) ; CEDH, 12 juin 2003, n° 35968/97, *Van Kück c. Allemagne*, n° 69 (sur le « remboursement des traitements de conversion sexuelle », n° 3 ; v. cependant l'opinion concordante du juge Ress, selon qui « le choix d'une personne de se soumettre à une opération de conversion sexuelle relevant d'un aspect des plus intimes et des plus privés de sa vie, les juridictions appelées à se prononcer sur le caractère nécessaire d'une telle intervention doivent considérer la volonté de l'intéressé comme l'un des critères déterminants » (*ibid.*, n° 4)) ; CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y. c. Turquie*, n° 57-58 (conditions imposées à une opération de conversion sexuelle ; v. en revanche, l'opinion concordante commune aux juges Keller et Spano développant la question du consentement aux opérations de stérilisation (*ibid.*, n° 14 et s.)) ; CEDH, 31 janv. 2023, n° 76888/17, *Y c. France* (inscription d'une mention non binaire du sexe à l'état civil).

<sup>565</sup> CEDH, 4 déc. 2007, n° 44362/04, G. C., *Dickson c. Royaume-Uni* (refus d'une assistance médicale à la procréation à un couple quand le futur père se trouve en détention) ; CEDH, 27 août 2015, n° 46470/11, G. C., *Parrillo c. Italie* (interdiction du don d'embryons après une assistance médicale à la procréation ; la question du consentement est évoquée dans l'opinion dissidente du juge Sajó).

<sup>566</sup> CEDH, 20 mars 2007, n° 5410/03, *Tysiac c. Pologne*, n° 107 s. ; CEDH, 16 déc. 2010, n° 25579/05, G. C., *A., B. et C. c. Irlande*, n° 212 et s.



*et autres c. Bulgarie*<sup>567</sup>, sur le « refus de permettre l'utilisation d'un médicament expérimental non autorisé »<sup>568</sup>, de l'arrêt *McDonald c. Royaume-Uni*, sur le retrait d'une aide de soin durant la nuit pour une personne malade<sup>569</sup> et de l'arrêt *Mólka c. Pologne*, sur l'exercice de son droit de vote par une personne handicapée<sup>570</sup>. Encore, dans l'arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*<sup>571</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a exporté « l'autonomie personnelle vers l'article 11 - ce qui lui a permis de fonder l'assimilation du droit d'association négatif au droit d'association positif [...] » - et lui a conféré « le statut de principe matriciel “sous-tend[ant] l'interprétation [de l'ensemble] des garanties de la Convention” »<sup>572</sup>. La Cour estime que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention. Cette notion doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition »<sup>573</sup>. Plus que le consentement, c'est l'idée de choix qui est mise en avant. Dans l'important arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, qui avait trait à la publication par un journal de données fiscales de personnes physiques et où la Cour affirme un droit à l'autodétermination informationnelle, elle ne fait pas non plus référence, dans son appréciation de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au consentement ou même à la volonté de la personne<sup>574</sup>.

**152.** Le consentement apparaît tout au plus indirectement à travers la question de la volonté dans les problématiques relatives à la fin de vie. La Cour européenne des droits de l'homme affirme ainsi que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de

<sup>567</sup> CEDH, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 47039/11 358/12, 13/11/2012. Le mot « consentement » est simplement repris pour donner la portée d'arrêts dans lesquels « la Cour et l'ancienne Commission ont [...] examiné la mesure dans laquelle les États peuvent recourir à la contrainte pour prémunir des personnes contre les conséquences de leur propre conduite, y compris dans les cas où cette conduite est dangereuse pour leur santé ou pour leur vie » (n° 116).

<sup>568</sup> CEDH, 13 nov. 2012, n° 47039/11 et 358/12, *Hristozov et a. c. Bulgarie*, Résumé juridique.

<sup>569</sup> CEDH, 20 mai 2014, n° 4241/12, *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 48.

<sup>570</sup> CEDH, 11 avr. 2006, n° 56550/00, *Mólka c. Pologne*.

<sup>571</sup> CEDH, 11 janv. 2006, n° 52562/99 et n° 52620/99, G.C., *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*.

<sup>572</sup> F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 593.

<sup>573</sup> CEDH, 11 janv. 2006, n° 52562/99 et n° 52620/99, G. C., *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, n° 54.

<sup>574</sup> CEDH, 27 juin 2017, n° 931/13, G.C., *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, n° 137. (« L'article 8 de la Convention consacre donc le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu. »)

l'article 8 de la Convention »<sup>575</sup>, position reprise dans d'autres arrêts<sup>576</sup>. Certes, rappelant également la question de l'importance de la volonté<sup>577</sup>, l'arrêt *Lambert* semble faire apparaître la question du consentement : « le patient, même hors d'état d'exprimer sa volonté, est celui dont le consentement doit rester au centre du processus décisionnel [...] »<sup>578</sup> et « la Cour rappelle enfin que, dans l'arrêt *Pretty* [...], elle a affirmé le droit de toute personne à refuser de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie »<sup>579</sup>. Toutefois, ces considérations sur le consentement viennent au soutien de l'examen des « recours juridictionnels » des requérants en l'espèce et n'entourent pas l'examen des enjeux relatifs à l'autonomie personnelle. À l'inverse, lorsque la Cour se prononce sur ces questions, elle a recours aux termes de « choix » et de décision<sup>580</sup>. Le même constat résultait de l'arrêt *Pretty*. Si la Cour se référait au respect du refus de consentement de la patiente<sup>581</sup>, elle insistait sur l'idée de choix<sup>582</sup>. Autrement dit, la Cour européenne des droits de l'homme fait reposer l'autonomie personnelle avant tout sur le choix et la décision de l'individu plutôt que sur son consentement.

<sup>575</sup> CEDH, 20 janv. 2011, n° 31322/07, *Haas c. Suisse*, n° 51 ; v. aussi *ibid.*, n° 58 : la Cour « partage à cet égard le point de vue du Tribunal fédéral, selon lequel le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention oblige les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé ».

<sup>576</sup> CEDH, 19 juill. 2012, n° 497/09, *Koch c. Allemagne*, n° 58-59.

<sup>577</sup> CEDH, 5 juin 2015, n° 46043/14, G. C., *Lambert et autres c. France*, n° 147 : « Bien que les modalités qui encadrent l'arrêt du traitement soient variables d'un État à l'autre, il existe toutefois un consensus sur le rôle primordial de la volonté du patient dans la prise de décision, quel qu'en soit le mode d'expression [...] ».

<sup>578</sup> *Ibid.*, n° 178.

<sup>579</sup> *Ibid.*, n° 180.

<sup>580</sup> *Ibid.*, n° 142 : « La Cour a rappelé dans l'arrêt *Haas* [...] que la Convention doit être lue comme un tout [...]. Dans l'affaire *Haas* [...], la Cour a estimé que, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, il convenait de se référer à l'article 2 de la Convention. La Cour considère que l'inverse est également vrai : dans une affaire telle que celle de l'espèce il faut se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 2, à l'article 8 de la Convention, et au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à la notion d'autonomie personnelle qu'il inclut. La Cour a déclaré dans l'arrêt *Pretty* [...] ne pouvoir exclure que le fait d'empêcher par la loi la requérante d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Dans l'arrêt *Haas* [...], elle a affirmé que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin était l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée. »

<sup>581</sup> CEDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 63 : « En matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie [...] »

<sup>582</sup> *Ibid.*, n° 64 : « S'il ne s'agit pas en l'espèce de soins médicaux, la requérante souffre des effets dévastateurs d'une maladie dégénérative qui va entraîner une détérioration graduelle de son état et une augmentation de sa souffrance physique et mentale. L'intéressée souhaite atténuer cette souffrance en exerçant un choix consistant à mettre fin à ses jours avec l'assistance de son mari. Ainsi que l'a déclaré Lord Hope, 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 [...] » V. également *ibid.*, n° 67 : « La requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. »

Le respect du consentement ou du refus de consentement constitue davantage un outil d'exercice de l'autonomie personnelle, et non son essence.

ii) *Le droit général de la personnalité et les droits à l'autodétermination consacrés sans le consentement par la jurisprudence allemande*

**153.** En droit allemand, la Cour constitutionnelle fédérale ne fait pas non plus mention du consentement dans de très nombreuses décisions relatives au droit général de la personnalité ou consacrant un droit à l'autodétermination de la personne.

**154.** Il en va ainsi des décisions fondatrices, comme la décision *Mikrozensus* où la Cour constitutionnelle fédérale se réfère « au domaine (intime) le plus profond, dans lequel l'État ne pourrait pas non plus intervenir par un sondage à des fins statistiques sans atteinte à la dignité humaine et au droit à l'autodétermination de l'individu », à partir des articles 1, alinéa 1<sup>er</sup> et 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale<sup>583</sup>. Il en est de même dans l'arrêt *Lebach* dans lequel les juges affirment, sur le fondement des mêmes dispositions, que « le droit au libre développement de la personnalité et la dignité humaine assurent à chaque individu un domaine autonome de vie privée, dans lequel il peut développer et préserver son individualité. Cela comprend également le droit, dans ce domaine, “d'être pour soi”, “de s'appartenir à soi-même” [...], d'exclure une intrusion ou un regard d'autrui [...]. Cela comprend le droit à l'image et à la parole [...], mais d'autant plus le droit de disposer de représentations de la personne. Chacun peut en principe décider lui-même et seul si et dans quelle mesure d'autres peuvent représenter publiquement sa biographie dans la totalité ou certains événements de sa vie »<sup>584</sup>. Le consentement de la personne n'est pas exposé comme un élément fondamental de la protection, par les juges constitutionnels, de la sphère privée.

---

<sup>583</sup> BVerfG, 16 juill. 1969, BVerfGE 27, 1, *Mikrozensus*, n° 38. (« Sie gehörten damit nicht jenem innersten (Intim-)Bereich an, in den der Staat auch nicht durch eine Befragung zu statistischen Zwecken ohne Verletzung der Menschenwürde und des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen eingreifen könnte. ») V. plus généralement *ibid.*, n° 31 et s.

<sup>584</sup> BVerfG, 5 juin 1973, BVerfGE 35, 202, *Lebach*, n° 44. (« Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht, in diesem Bereich "für sich zu sein", "sich selber zu gehören" [...], ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen [...]. Dies umfaßt das Recht am eigenen Bild und gesprochenen Wort [...], erst recht aber das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person. Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wie weit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen. ») Ce droit est discuté au regard de la liberté de reportage par la radio, garantie par l'article 5, al. 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale.

**155.** Les différents arrêts relatifs aux droits des personnes trans ne font pas non plus référence au consentement de la personne. Le consentement est ainsi absent de l'arrêt *Transsexuelle I*, qui ne mentionne pas le principe d'un droit à l'autodétermination de la personne mais un droit de disposer de soi-même<sup>585</sup>, de l'arrêt *Transsexuelle III* sur le partenariat enregistré des personnes trans en couple avec une personne du même sexe, conditionné à un changement de prénom, ou encore de l'arrêt *Transsexuelle IV* sur le changement de prénom et de sexe à l'état civil des personnes trans étrangères<sup>586</sup>. C'est également le cas dans la décision *Transsexuelle V* relative à la nécessité de divorcer pour reconnaître son changement de sexe de la personne trans mariée<sup>587</sup>. Les juges y font certes référence à la « volonté » de rester marié du conjoint de la personne trans et donc à la contrainte d'agir « contre sa volonté » s'il veut permettre le changement de sexe de son conjoint. Toutefois, ces motifs sont développés au regard de l'article 6 de la Loi fondamentale sur la protection du couple et de la famille<sup>588</sup> et non des articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Loi fondamentale. Le consentement n'est pas non plus mentionné dans l'arrêt *Lebenspartnerschaft von Transsexuellen*, qui examine la conformité à la Loi fondamentale de la nécessité d'une opération chirurgicale modifiant les caractéristiques sexuelles externes et entraînant la stérilité de la personne, et ainsi la reconnaissance du changement de sexe, pour procéder à un partenariat enregistré avec une personne de même sexe<sup>589</sup>. La décision *Geschlechtsidentität*, relative à l'impossibilité de ne se faire classer ni comme homme ni comme femme à l'état civil<sup>590</sup>, ne fait pas plus référence au consentement.

**156.** La Cour constitutionnelle fédérale est connue pour avoir développé le principe d'autodétermination informationnelle dans la décision *Volkszählungsgesetz*<sup>591</sup>. La condition de consentement n'est pas citée à l'appui de la protection de ce droit. Pourtant, de très nombreuses analyses doctrinales allemandes interprètent le consentement en matière de données personnelles comme une garantie du droit à l'autodétermination informationnelle. « Expression

---

<sup>585</sup> BVerfG, 11 oct. 1978, BVerfGE 49, 286, *Transsexuelle I*, n° 50 : « L'article 1, alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale protège la dignité de l'être humain tel qu'il se conçoit lui-même dans son individualité et tel qu'il a conscience de lui-même. Cela comprend que l'homme puisse disposer de lui-même et concevoir son destin de manière autonome. L'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale, combiné à l'article 1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale, garantit le libre développement des capacités et des forces attachées à l'être humain. La dignité humaine et le droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité exigent donc de catégoriser l'état civil de l'être humain en fonction du sexe auquel il appartient selon sa constitution psychique et physique. »

<sup>586</sup> BVerfG, 18 juill. 2006, BVerfGE 116, 243, *Transsexuelle IV*, n° 63

<sup>587</sup> BVerfG, 27 mai 2008, BVerfGE 121, 175, *Transsexuelle V*, v. n° 37 et s. sur le principe d'« autodétermination sexuelle ».

<sup>588</sup> *Ibid.*, n° 61.

<sup>589</sup> BVerfG, 11 janv. 2011, BVerfGE 128, 109, *Lebenspartnerschaft von Transsexuellen*, n° 51 et s.

<sup>590</sup> BVerfG, 10 oct. 2017, BVerfGE 147, 1, n° 37 et s.

<sup>591</sup> BVerfG, 15 déc. 1983, BVerfGE 65, 1, *Volkszählungsgesetz*, n° 143 et s., v. *supra*, n° 115.

de l'autodétermination informationnelle »<sup>592</sup>, le consentement unilatéral constituerait « l'instrument classique du côté de la personne concernée pour légaliser une atteinte à son droit à l'autodétermination informationnelle »<sup>593</sup>, même si son effectivité poserait question<sup>594</sup>. Le consentement relèverait ainsi « d'un véritable exercice du contenu de l'autodétermination informationnelle relevant du droit positif et des libertés »<sup>595</sup>, conception qui « s'enracine, selon la conception allemande du droit, en particulier dans la construction du droit à l'autodétermination informationnelle en tant que droit à la liberté, qui garantit le développement et la représentation autonomes de l'individu »<sup>596</sup>. Pourtant, la condition de consentement au traitement de données existait dès la première loi nationale sur les données personnelles de 1977<sup>597</sup>, soit avant la décision de la Cour constitutionnelle fédérale qui a consacré le droit à l'autodétermination informationnelle. Elle a été réinterprétée dans le sens de cette décision par la doctrine allemande. D'ailleurs, les juges ne mentionnent que rarement le consentement dans les décisions qui ont ultérieurement mis en œuvre le droit à l'autodétermination informationnelle<sup>598</sup>.

**157.** Le lien entre consentement et autodétermination semble plus clairement établi dans le champ médical<sup>599</sup>. Ce n'est pourtant pas tout à fait le cas dans deux domaines où la volonté de la personne est davantage mise en avant que le critère du consentement. Dans les hypothèses où les individus ne peuvent pas donner leur consentement, comme dans les cas d'hospitalisation

<sup>592</sup> I. Conrad, C. Treeger, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, A. Auer-Reinsdorff, I. Conrad (dir), 3<sup>e</sup> éd., 2019, Munich : C. H. Beck, v<sup>o</sup> « § 34 Recht des Datenschutzes », n<sup>o</sup> 439 : « Dans l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, et 9, alinéa 2, du RGPD, le consentement a été placé en première place de la liste des bases de traitement. Il lui revient un rôle central. Il est l'expression de l'autodétermination informationnelle, parce qu'il place la personne concernée en position de déterminer de manière autonome du "si" et du "comment" du traitement de "ses" données personnelles. »

<sup>593</sup> B. Buchner, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006, 2019, p. 231. (« Die einseitige Einwilligung ist das klassische Instrument auf Seiten des Betroffenen, um einen Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu "legalisieren". »)

<sup>594</sup> *Ibid.* (« Als Instrument einer effektiven informationellen Selbstbestimmung ist sie heute allerdings nur noch eingeschränkt geeignet. »)

<sup>595</sup> M. Voigt, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung: zum Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und ökonomischer Verwertung personenbezogener Daten*, Baden Baden : Nomos, 2020, p. 243-244. (« Auch wenn die Einwilligung dabei zum Teil dogmatisch als Grundrechtsverzicht interpretiert wird, geht die ganz überwiegende Ansicht von einer genuine Ausübung des positiv-freiheitsrechtlichen Gehalts der informationellen Selbstbestimmung und somit von einer Grundrechtsausübung durch Einwilligung aus. »)

<sup>596</sup> *Ibid.*, p. 244. (« Diese Qualifikation der (datenschutzrechtlichen) Einwilligung als positive Grundrechtsausübung wurzelt nach deutschem Rechtsverständnis insbesondere in der Konstruktion des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Freiheitsrecht, welches die autonome Entwicklung und Darstellung des Individuums gewährleistet. »)

<sup>597</sup> Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung, (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG), 27 janv. 1977, § 3.

<sup>598</sup> Il n'apparaît par exemple pas dans la décision *Antiterrordateigesetz II* (BVerfG, 10 nov. 2020, BVerfGE 156, 11, *Antiterrordateigesetz II*, n<sup>o</sup> 83 et s.).

<sup>599</sup> V. *supra*, n<sup>o</sup> 112.

sans consentement, la Cour constitutionnelle fédérale se réfère à la « volonté naturelle » (*natürliche Wille*) de la personne<sup>600</sup>. Les juges estiment ainsi que « les soins médicaux contre la volonté naturelle [...] de la personne portent atteinte à son droit fondamental issu de l'article 2, alinéa 2, de la Loi fondamentale, qui protège l'intégrité corporelle du titulaire du droit fondamental et donc aussi le droit à l'autodétermination qui y est relatif »<sup>601</sup>. En effet, comme le rappelle la décision ensuite, « conformément à l'article 1906 (3), du BGB, l'assistant de la personne ne peut consentir à une mesure médicale contraire à la volonté naturelle de la personne protégée que si la personne ne peut pas comprendre la nécessité de la mesure médicale ou ne peut pas agir conformément à cette réalisation en raison d'une maladie psychique ou d'un handicap mental ou psychique »<sup>602</sup>. Or, en l'espèce, l'intéressée avait refusé de prendre tout traitement, à un moment où elle prenait encore son traitement et était dans un état lucide.

De même, la Cour constitutionnelle fédérale ne reprend pas le vocabulaire du consentement dans ses décisions sur la fin de vie. Dans sa décision du 26 février 2020, il consacre le droit à une mort autodéterminée sur les fondements de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> combiné à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Loi fondamentale<sup>603</sup>. Le consentement n'y est pas mentionné, mais plutôt la libre formation de la volonté (*freie Willensbildung*), nécessaire à la personne pour prendre sa « décision »<sup>604</sup>. Le consentement joue alors un rôle de comparaison : « [...] les mêmes principes que pour un consentement à des soins médicaux s'appliquent. Ici aussi, les circonstances essentielles pour un consentement, y compris les alternatives existantes, doivent être connues du patient pour pouvoir prendre une décision responsable et autodéterminée [...] »<sup>605</sup>. Un raisonnement par analogie est appliqué, soulignant que les juges ne font précisément pas référence au consentement dans l'affaire. Si la référence au pouvoir décisionnel rappelle la jurisprudence européenne, le consentement du patient occupe une place particulière dans les sujets relatifs à la fin de vie. Sa volonté doit être respectée notamment lorsque des directives

---

<sup>600</sup> Le terme est prévu par la loi, par exemple pour la stérilisation (§ 1830 (1) BGB) ou l'acte médical (§ 1832 (1) BGB) relatif à une personne protégée.

<sup>601</sup> BVerfG, 14 juill. 2015, 2 BvR 1549/14, n° 27. (« *Die medizinische Behandlung gegen den natürlichen Willen (kurz: Zwangsbehandlung) einer Betroffenen greift in deren Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein, das die körperliche Integrität der Grundrechtsträgerin und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht schützt [...].* »)

<sup>602</sup> *Ibid.*, n° 29. (« *Gemäß § 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB kann der Betreuer in eine dem natürlichen Willen des Betreuten widersprechende ärztliche Maßnahme nur einwilligen, wenn der Betreute aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.* »)

<sup>603</sup> BVerfG, 26 févr. 2020, BVerfGE 153, 182, *Zuizidhilfe*, n° 204.

<sup>604</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020- 2 BvR 2347/15, n° 242.

<sup>605</sup> *Ibid.* (« *Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei einer Einwilligung in eine Heilbehandlung. Auch hier müssen dem Betroffenen - um eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können - die für die Einwilligung wesentlichen Umstände, einschließlich bestehender Alternativen, bekannt sein [...].* »)

anticipées ont été établies, mais le pouvoir du consentement a été précisé<sup>606</sup>. À la suite de la Cour constitutionnelle, la Cour fédérale de justice a également fait application du droit constitutionnellement garanti à une mort autodéterminée, dans une affaire qui questionnait la répression de la « mort sur demande » prévue au § 216 du Code pénal allemand<sup>607</sup>. La Cour ne fait pas non plus référence au consentement de la personne mais à son autonomie et sa liberté, sa (libre) décision, sans vice lié à la volonté<sup>608</sup>. En droit allemand comme européen, l'autonomie de la personne est consacrée juridiquement sans que le consentement n'y joue un rôle central. La référence est plutôt faite à la décision de la personne. Il en va de même en droit français.

b) L'absence de condition préalable de consentement dans les normes autonomistes en droit français

**158.** En droit français, la libéralisation du droit des personnes passe par la consécration de normes qualifiables d'autonomistes. À l'inverse de nombreuses dispositions de droit des personnes, ces normes partagent l'absence de condition de consentement. Leur distinction passe par l'utilisation d'un vocabulaire différent. Le langage législatif témoigne ainsi de la particularité du droit français. Plus que la jurisprudence et le conflit de hiérarchie entre liberté et dignité, il est à même de comprendre la faible portée libérale du consentement.

**159.** La législation française en droit des personnes fait peu référence au consentement alors même qu'elle permet des actes qui pourraient relever du domaine de l'autonomie personnelle ou de l'autodétermination<sup>609</sup>. Les textes font davantage référence à la volonté de la personne ou à sa demande. Certains textes font certes exception à cette analyse : le changement de sexe à l'état civil, où « le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification »<sup>610</sup>. De même, l'assistance médicale à la procréation, qu'elle soit endogène ou

---

<sup>606</sup> L. Marguet, « Entre protection objective et conception subjective du droit à la vie et à la dignité humaine : l'encadrement juridique de la fin de vie en France et en Allemagne », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11 : « si l'évolution de l'encadrement juridique de la fin de vie entend redonner au consentement du patient sa pleine force contraignante dans le cadre de la relation médicale, il ne s'agit pas pour autant d'une loi qui entend accorder aux individus la pleine disposition de leur vie en ce qu'ils pourraient dorénavant exiger du médecin un geste létal ». Laurie Marguet fait notamment référence à une décision de 2010 de la Cour fédérale de justice : BGH 25 juin 2010, BGHSt 55, 191.

<sup>607</sup> BGH, 28 juin 2022, BGHSt 67, 95, n° 21 et s. La Cour fédérale de justice étend ainsi la portée de la décision de la Cour constitutionnelle relative à l'aide professionnelle au suicide (§ 217 StGB).

<sup>608</sup> *Ibid.*, n° 23. (« Ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung ».)

<sup>609</sup> Ceux que Sophie Paricard-Pioux qualifie par exemple de « convenance personnelle » (S. Paricard, *La convenance personnelle*, préf. C. Neirinck, Paris : Dalloz, 2003).

<sup>610</sup> C. civ., art. 61-6. Il semble que cette indication provienne d'un rapport de la CNCDH.

exogène<sup>611</sup>, ou encore le diagnostic prénatal<sup>612</sup> exigent, de manière positive, un consentement. Toutefois, au-delà de ces quelques exceptions, on trouve de nombreux exemples qui témoignent de l'absence d'exigence de consentement préalablement à l'acte, au profit de conditions visant la décision de la personne.

Ainsi, en matière procréative, la stérilisation à visée contraceptive est subordonnée à « la volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences », donnée par la personne majeure<sup>613</sup>. L'interruption volontaire de grossesse suppose une « demande »<sup>614</sup>, renouvelée<sup>615</sup>, de la femme enceinte.

Dans le domaine de la fin de vie, les directives anticipées « expriment la volonté de la personne »<sup>616</sup> et « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin a l'obligation de s'enquérir de l'expression de la volonté exprimée par le patient »<sup>617</sup>. De même, aucune des propositions de loi relatives à l'euthanasie ou l'aide active à mourir formulées à ce jour ne fait référence au consentement. Elles mentionnent plutôt la « volonté »<sup>618</sup> ou la « demande »<sup>619</sup> de la personne. Le récent rapport de la Convention citoyenne sur la fin de vie exige, comme première étape d'un suicide assisté ou d'une euthanasie, une « demande libre, éclairée et révocable à tout moment »<sup>620</sup>.

L'acte médical est désormais, lui aussi, davantage envisagé à partir de ce vocabulaire. Les trois premiers alinéas de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ne mentionnent pas le consentement mais les « décisions » du patient<sup>621</sup>, son « droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »<sup>622</sup> et « l'obligation [du médecin] de respecter la volonté de la personne »<sup>623</sup>. Le

---

<sup>611</sup> CSP, art. L. 2141-2, al. 3.

<sup>612</sup> CSP, art. L. 2131-1, V.

<sup>613</sup> CSP, art. L. 2123-1. Lors de l'examen de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception à l'Assemblée nationale en première lecture, si les enjeux relatifs au « consentement » de la personne sont évoqués, c'est la question de son « libre choix » et de sa « volonté » qui est valorisée, sans qu'il ne soit proposé de faire référence au consentement (JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, p. 9640 et s.).

<sup>614</sup> CSP, art. L. 2212-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>615</sup> CSP, art. L. 2212-5.

<sup>616</sup> CSP, art. L. 1111-11.

<sup>617</sup> CSP, art. L. 1111-12.

<sup>618</sup> Proposition de loi visant à affirmer le libre choix de la fin de vie et à assurer un accès universel aux soins palliatifs en France, n° 3755, 19 janv. 2021 (art. 2).

<sup>619</sup> Proposition de loi visant à garantir et renforcer les droits des personnes en fin de vie, n° 3806, 26 janv. 2021 (art. 2) ; Proposition de loi visant à établir le droit à mourir dans la dignité, n° 131, 17 nov. 2020 (art. 2).

<sup>620</sup> CESE, *Rapport de la Convention Citoyenne sur la fin de vie*, 2023, p. 14 et p. 84.

<sup>621</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>622</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 2.

<sup>623</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 3.



consentement n'apparaît qu'ensuite et dans une conception négative : « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »<sup>624</sup>.

**160.** Dans ces hypothèses, comme dans celles où le consentement ne figure pas comme condition préalable à l'acte, le consentement refait son apparition en matière pénale. La loi incrimine ainsi « l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée »<sup>625</sup>. La même logique sous-tend le domaine de la personnalité. Alors que l'article 9, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose seulement que « chacun a droit au respect de sa vie privée », les atteintes à la personnalité en droit pénal sont qualifiées par l'absence de consentement de la personne : atteinte à la vie privée<sup>626</sup>, voyeurisme<sup>627</sup>, montages<sup>628</sup>.

Si la définition des agressions sexuelles et du viol ne fait pas référence au consentement, le même esprit les anime. Aucune condition de consentement n'est formellement prévue préalablement à des relations sexuelles, mais l'absence de consentement serait réprimée *a posteriori* par le droit pénal à travers les conditions de violence, contrainte, menace et surprise<sup>629</sup>. Cela pourrait justement s'expliquer, par l'existence d'un principe de liberté sexuelle qui, pour être respecté, suppose l'expression de la volonté et du désir de la personne sans que ces derniers ne soient contrôlés *a priori*. En revanche, la violation de cette liberté par un tiers suppose d'établir des conditions propres à sanctionner son comportement - la violence, contrainte, menace ou surprise qui caractérisent l'agression sexuelle<sup>630</sup>. Comme il a été souligné, « une telle liberté mérite l'attention du droit dès lors que, à cette occasion, l'atteinte portée au corps d'autrui peut être également le moyen de porter atteinte à sa volonté. [...] le comportement de l'un n'apparaît légitime qu'à partir du moment où il s'exerce dans le respect du consentement de l'autre. Les deux partenaires sont libres de vouloir comme de ne pas vouloir. Refuser des relations sexuelles, c'est encore exercer sa liberté »<sup>631</sup>.

**161.** Le consentement n'est jamais une condition de ces actes favorisant l'autonomie de la personne, précisément dans le but de garantir l'exercice d'une liberté. Dans ces hypothèses le

---

<sup>624</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 4.

<sup>625</sup> C. pén., art. 223-10.

<sup>626</sup> C. pén., art. 226-1.

<sup>627</sup> C. pén., art. 226-3-1.

<sup>628</sup> C. pén., art. 226-8.

<sup>629</sup> C. pén., art. 222-22 et 222-23.

<sup>630</sup> C. pén., art. 222-22.

<sup>631</sup> E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023, p. 133 et s., n° 286 ; v. également D. Lochak, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 7.

consentement relèverait d'une lecture libérale. Par analogie, elle correspondrait à un régime répressif des libertés individuelles. Conceptualisé en droit public, il « concrétise l'idée selon laquelle *a priori*, tout ce qui n'est pas interdit est autorisé - sauf à ce qu'il soit répondu, *a posteriori*, d'éventuels abus ou violations qui pourraient être commis [...] »<sup>632</sup>. L'exigence de consentement, lorsqu'elle est seulement prévue en droit pénal, correspond à la sanction de la violation d'une liberté et se veut libérale. À l'inverse, l'exigence d'un recueil préalable du consentement correspondrait, en comparaison, à un régime préventif des libertés individuelles et serait bien moins libérale.

## 2) *Le consentement illibéral comme régime préventif d'une liberté*

**162.** Lorsque le consentement est une condition exigée *a priori* par le droit, il permet de contrôler l'expression de la volonté de la personne préalablement à la réalisation d'un acte. Sa liberté s'en trouve en conséquence limitée. Dans ces hypothèses, le consentement correspondrait à un régime préventif d'une liberté, bien moins libéral.

**163.** De nombreuses hypothèses en droit des personnes témoignent d'une telle approche. En droit civil, les différents consentements à l'adoption doivent être recueillis par une autorité particulière préalablement à l'adoption et le juge qui prononce l'adoption vérifie cette condition<sup>633</sup>. Le consentement des futurs époux à leur mariage peut être vérifié par l'officier d'état civil lors d'un entretien préalable<sup>634</sup>, le consentement des parents, s'il est nécessaire, est un acte authentique qui doit être dressé par une autorité particulière<sup>635</sup> et l'acte de consentement de l'époux en cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national est constaté par l'officier d'état civil<sup>636</sup>. Le juge aux affaires familiales s'assure du consentement des époux préalablement à l'homologation de la convention de divorce<sup>637</sup> et de la convention relative à l'autorité parentale<sup>638</sup>. La loi Informatique et Libertés et le RGPD exigent dans certaines hypothèses le recueil du consentement de la personne par le responsable

---

<sup>632</sup> S. Hennette-Vachez, D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 237.

<sup>633</sup> C. civ., art. 348-3, al. 2 : « Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. » V. aussi C. civ., art. 349 al. 2 pour le consentement de l'adopté.

<sup>634</sup> C. civ., art. 63, al. 8 et 10.

<sup>635</sup> C. civ., art. 73 al. 2.

<sup>636</sup> C. civ., art. 96-1 C. civ.

<sup>637</sup> C. civ., art. 232, al. 1<sup>er</sup> et CPC, art. 1099, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>638</sup> C. civ., art. 373-2-7, al. 2 C. civ.

de traitement préalablement à sa mise en œuvre<sup>639</sup>. Dans le domaine de la santé, le médecin ne peut pratiquer un acte médical ou un traitement sans le consentement du patient<sup>640</sup>. De même, le consentement des personnes doit être recueilli avant de procéder à une recherche biomédicale interventionnelle les impliquant<sup>641</sup> et préalablement au prélèvement d'éléments et à la collecte des produits du corps humain<sup>642</sup>. L'assistance médicale à la procréation suppose le recueil préalable du consentement des receveurs<sup>643</sup>. Lorsqu'un tiers donneur est impliqué, le notaire doit aussi recueillir le consentement du couple ou de la femme non mariée<sup>644</sup>. Le consentement de la personne est également requis préalablement à la mise en œuvre d'une injonction de soins<sup>645</sup>.

**164.** La législation des actes autonomistes ne prévoit pas le recueil préalable du consentement mais l'exige toutefois lorsque la personne est le sujet d'une mesure de protection. Cette démarche témoigne de la volonté de réintroduire le contrôle de la volonté de la personne. En matière de stérilisation à visée contraceptive, « le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement »<sup>646</sup>. Quant à l'interruption volontaire de grossesse de la « femme [...] mineure non émancipée » le Code de la santé publique exige, en principe, « le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal », et « ce consentement est joint à la demande »<sup>647</sup>.

**165.** De très nombreux consentements doivent ainsi être recueillis préalablement à la réalisation de tout acte en droit des personnes. Si la violation de ces règles de droit peut par ailleurs être sanctionnée pénalement<sup>648</sup>, il n'en reste pas moins qu'une autorité est chargée de vérifier la volonté de la personne avant qu'elle ne puisse réaliser un acte. L'exigence de

---

<sup>639</sup> Art. 6. 1. a et 9. 2. a) RGPD et LIL, art. 5. 1, 75 et 82, al. 4.

<sup>640</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 4.

<sup>641</sup> CSP, art. L. 1122-1-1.

<sup>642</sup> CSP, art. L. 1211-2 pour le principe général.

<sup>643</sup> CSP, art. L. 2141-2, al. 3.

<sup>644</sup> C. civ., art. 342-10 et CPC, art. 1157-2 et 1157-3.

<sup>645</sup> C. pén., art. 131-36-4.

<sup>646</sup> CSP, art. L. 2123-2, al. 3.

<sup>647</sup> CSP, art. L. 2212-7, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>648</sup> Par ex. pour l'examen des caractéristiques génétiques (C. pén., art. 226-25), l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques (C. pén., art. 226-27), le prélèvement d'un organe (C. pén., art. 511-3), de tissu ou des cellules ou la collecte d'un produit du corps humain (C. pén., art. 511-5) ou le recueil ou le prélèvement de gamètes (C. pén., art. 511-6).

consentement peut alors être rapprochée du régime préventif des libertés. Ce dernier « repose [...] sur l'idée que préalablement à l'exercice effectif de la liberté, il convient d'avertir la puissance publique - soit par le biais d'une déclaration, soit par la sollicitation d'une autorisation »<sup>649</sup>. Il s'agit bien sûr d'une analogie. La réalisation d'une interruption volontaire de grossesse ou d'une stérilisation à visée contraceptive suppose une demande de la part de l'individu, qui ne peut pas y procéder seul. Il reste que l'exigence par le droit du recueil préalable du consentement suppose la vérification de la volonté de la personne par un tiers avant de réaliser un acte. Ces dispositions limitent la liberté de la personne ou, du moins, atténuent son caractère libéral.

**166.** Contrairement au régime répressif, le régime préventif « est plus restrictif des droits et libertés » et « c'est bien le régime répressif de mise en œuvre des libertés qui est le plus libéral »<sup>650</sup>. Lorsque le consentement est exigé préalablement à l'exercice d'un acte, à titre préventif, le caractère libéral de l'action est limité. Inversement, lorsque l'absence de consentement n'est sanctionnée que postérieurement à titre répressif, le caractère libéral de l'acte en sort renforcé<sup>651</sup>. Le consentement ne peut être conçu comme le fer de lance de l'autonomie, de l'autodétermination ou d'une liberté personnelle illimitée en droit français. L'absence de consentement est sanctionnée car le consentement est une garantie de ces principes : lorsqu'il n'y a pas de consentement, il y est certainement porté atteinte. Mais la norme de consentement porte en elle-même une restriction de la liberté ou de l'autonomie de la personne lorsqu'elle conditionne un acte. Dès lors que la volonté de la personne doit être vérifiée avant qu'elle n'exerce une liberté, l'acte en question sort du champ de l'autonomie, pour entrer dans celui d'un acte permis mais contrôlé, notamment par les pouvoirs publics.

**167. Conclusion de la Section 2.** Le droit positif remet ainsi en cause la conceptualisation libérale du consentement. Le raisonnement qui affirme le caractère libéral du consentement est caricaturé, de sorte que sa pertinence est remise en cause. Le caractère libéral du consentement est aussi interrogé dès lors qu'il constitue une condition prévue par la loi.

---

<sup>649</sup> S. Henneville-Vaucher, D. Roman, *op. cit.*, p. 237.

<sup>650</sup> *Ibid.*

<sup>651</sup> On pourrait également rapprocher ce constat de l'ancienne condition d'« état de détresse » à l'exercice d'une IVG, qui supposait une justification de l'acte. V. L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, n° 5 ; M. Mathieu, « L'avortement en France : du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes », *Droit et Société*, vol. 111, n° 2, 2022, p. 335 ; L. Carayon, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2019, p. 555, n° 714.

**168. Conclusion du Chapitre 1.** L'approche positiviste du consentement a permis de remettre en cause les présupposés qui entourent les discours sur le consentement. Le consentement a assurément joué un rôle qu'il occupe encore dans le développement du libéralisme politique. Pour autant, ces thèses ne peuvent être transposées au droit français. À l'inverse, de nombreuses normes de consentement portent en elles-mêmes le contrôle de la volonté de la personne par des tiers. Cette conception du consentement est déstabilisante car elle est contraire aux représentations qui en sont faites.

Elle trouve une explication à travers l'idéologie qui a guidé l'adoption de ces dispositions en droit français depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Une conception humaniste de la société et du droit a influencé les normes encadrant le consentement. Davantage qu'une disposition libérale, il a principalement été conçu comme un outil juridique assurant la protection de la personne contre des atteintes extérieures.

## Chapitre 2

### Un humanisme historique

**169.** La norme de consentement en droit français porte une idéologie humaniste comprise par sa construction historique. Parce que le consentement est un phénomène politique, l'idéologie qu'il porte est révélée à travers les travaux parlementaires. Lorsque les sénateurs et députés ont introduit ou modifié les normes de consentement dans la loi, ils ont témoigné des fondements politiques et idéologiques, qui accompagnaient la création de la règle de droit. Cette idéologie sera qualifiée d'humaniste<sup>652</sup>. Nous retiendrons qu'il s'agit d'une « attitude philosophique qui tient l'homme pour la valeur suprême et revendique pour chaque homme la possibilité d'épanouir librement son humanité, ses facultés proprement humaines »<sup>653</sup>. Conçue comme une idéologie qui ne relève pas du droit, elle décrit mieux le soubassement de la politique du consentement depuis l'après-guerre que le recours à la dignité<sup>654</sup> de la personne ou à une « fonction anthropologique du droit »<sup>655</sup>. L'humanisme, lui, renvoie plutôt à une philosophie ou un « mouvement de pensée » qui décrit mieux les soubassements de la politique du consentement depuis l'après-guerre.

**170.** Cette dimension idéologique du consentement apparaît à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, même si le critère du consentement existait déjà en droit. Nés dans le contexte particulier de l'après-guerre, les développements législatifs autour du consentement s'inscrivent dans une réaction politique, par le droit des personnes, à la Shoah, au progrès scientifique en matière biomédicale<sup>656</sup> et informatique, aux revendications féministes. Il n'est pas anodin que les développements sur le consentement interviennent à l'occasion

---

<sup>652</sup> V. par ex. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 13 : « La personne, au sens d'individu, a été conçue comme la notion centrale du droit. Plus exactement, sa hiérarchie s'est installée avec l'évolution vers l'humanisme et la nécessité de construire un droit qui correspond à ces valeurs. »

<sup>653</sup> ATILF - CNRS & Université de Lorraine, *TLFi : Trésor de la Langue Française informatisé*, en ligne : <http://www.atilf.fr/tlfi>, v<sup>o</sup> « Humanisme », sens B. « Doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité. » (Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>, v<sup>o</sup> « Humanisme », sens n<sup>o</sup> 3.) De nombreuses définitions de l'humanisme existent, v. C. Bouriau, *Qu'est-ce que l'humanisme*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2007, p. 7.

<sup>654</sup> Dont on a vu qu'il était déformateur du droit positif.

<sup>655</sup> Assimilée au discours qui fait de la dignité des personnes le fondement de leur appréhension en droit, cette expression s'est trouvée au cœur d'un débat doctrinal au début des années 2000, v. O. Cayla, « Le droit de se plaindre : analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche », in *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, O. Cayla, Y. Thomas (dir.), Paris : Gallimard, 2002, p. 19, spéc. p. 52 ; D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.*, 2002, p. 47 ; A. Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris : Seuil, 2005.

<sup>656</sup> Terme général que nous utiliserons pour désigner l'ensemble des consentements relevant du domaine de la bioéthique, de la recherche impliquant la personne humaine au don d'éléments et produits du corps humain, en passant par l'acte médical général et l'assistance médicale à la procréation.

d'interrogations sur la protection de la personne. Le consentement exprime en effet la volonté de l'individu, qui a longtemps formé la clé de voute de l'appréhension du sujet de droit<sup>657</sup>. La période est précisément marquée par une attention croissante du droit au corps de la personne<sup>658</sup> qui justifie que le consentement, émanation par excellence de la personne, en protège l'intégrité corporelle. La considération de la personne n'a pas exclu pour autant le « sujet psychique » et le consentement permet de protéger l'autre face de l'intégrité de la personne, son intégrité morale<sup>659</sup>.

**171.** L'idéologie imprégnant le consentement est historiquement humaniste, le consentement étant conçu comme une protection de l'intégrité physique (§1) et morale (§2) de la personne

### **Section 1. Protéger l'intégrité physique**

**172.** Le consentement a été principalement conçu comme une protection de l'intégrité physique de la personne, s'inscrivant dès lors dans une idéologie humaniste. La protection de l'intégrité du corps par le consentement occupe une place primordiale en raison de l'importance qui lui a été progressivement accordée au XX<sup>e</sup> siècle, l'entourant d'une « sacralité »<sup>660</sup>. Le corps occupe une place qui n'est plus réduite au seul individu mais concerne « l'humanité »<sup>661</sup>. Le consentement est ainsi développé non pas pour permettre à la personne d'agir comme elle le voudrait vis-à-vis de son propre corps, mais pour contraindre l'ensemble des individus à

---

<sup>657</sup> C'est la « thèse de la “centralité de la volonté” » (G. Aïdan, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022, p. 193 et s.).

<sup>658</sup> G. Aïdan, *op. cit.*, p. 199 et s. ; S. Hennette-Vachez, « Corpus Iuris : Jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit (1970-2007) », in *La tentation du corps : corporéité et sciences sociales*, D. Memmi, D. Guillo, O. Martin (dir.), Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2009, 2015.

<sup>659</sup> A. Lepage, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023, n<sup>o</sup> 28 : « Sous l'angle de l'intégrité morale [...], l'exercice des droits de la personnalité permet à la personne d'imposer aux tiers le respect de l'image sociale qu'elle entend donner d'elle et de la limite, intellectuelle ou physique, qu'elle veut instaurer entre elle et autrui (par quoi, on entend des personnes déterminées comme un public indéterminé). » V. aussi J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 21 : « La notion de personne est « destinée désormais à entraîner une protection accrue des intégrités physique et psychique des individus, menacés par les potentialités de nouvelles atteintes [...] ».

<sup>660</sup> P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, dir. G. Couturier, th. Dactyl. Université de Bourgogne, 1978, p. 104 : « C'est qu'il ne s'agit pas seulement, ici de protéger les intérêts d'un individu : la vie et l'intégrité corporelle des personnes méritent aussi d'être sauvegardées dans l'intérêt général. D'une part, l'individu est utile à la société dans la mesure où il participe à son développement économique, culturel, scientifique, éventuellement à sa défense. D'autre part et surtout, la personne humaine occupe dans notre civilisation une place prééminente, sans commune mesure avec celle qui est reconnue aux valeurs patrimoniales. Elle s'entoure d'une sorte de sacralité qui rend intolérables, du point de vue de la morale collective, les agissements qui tendraient à compromettre inutilement la vie ou l'intégrité d'un individu. »

<sup>661</sup> S. Hennette-Vachez, *loc. cit.* : « Et comme l'ancien “corps” du droit civil n'existait qu'en tant que siège de la personne, ce nouveau “corps” juridique n'existe qu'en tant que site de l'humanité. »

respecter les frontières physiques d'un corps sacré. L'idéologie humaniste imprègne ainsi le droit en faisant de la protection de la personne au nom de la société un nouveau principe juridique. En cela, elle suit le développement de la bioéthique française. Elle s'est développée autour de courants opposés. L'un promeut une « conception immanente de type libéral », où « le libre choix personnel de chacun doit primer ». L'autre, « métaphysique », suppose que « l'État peut et doit gouverner la vie des individus y compris dans sa dimension la plus intime. La sacralité et la non-disponibilité de la vie constituent le soubassement de la pensée métaphysique »<sup>662</sup>. Deux temps marquent le développement du consentement humaniste autour de la protection de l'intégrité physique en droit français, suivant le développement de la pensée bioéthique en droit français. Le consentement a d'abord été pensé comme protecteur de l'intégrité du corps autour d'une lecture humaniste fortement imprégnée de la pensée chrétienne de la personne. Cette influence humaniste a imprégné toute l'appréhension des consentements corporels par la suite.

**173.** L'élaboration progressive d'une réglementation bioéthique humaniste, imprégnée du catholicisme, a fait du consentement une figure intimement liée à la protection de l'intégrité corporelle (§1) et cette influence humaniste a ensuite persisté (§2).

## **§1. L'élaboration d'une réglementation humaniste du consentement corporel**

**174.** L'élaboration de la réglementation du consentement corporel en a progressivement fait une norme humaniste, centrée sur la protection de l'intégrité physique de la personne. Jusqu'à la loi Caillavet relative au don d'organes, le consentement n'était pas une condition exigée par la loi dans le domaine des actes touchant au corps de la personne. Cependant, les travaux doctrinaux ont développé une appréhension humaniste du consentement, dont la loi Caillavet est empreinte. Quelques années plus tard, la création du Comité consultatif national d'éthique puis la loi sur les recherches biomédicales sont imprégnées de cette idéologie.

**175.** Le consentement relatif au corps est progressivement devenu une norme humaniste. Jusqu'à la loi Caillavet s'est développée une lecture humaniste du consentement (A), dont la naissance du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) et la loi Huriet se font l'écho (B).

---

<sup>662</sup> D. Borrillo, *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. 41 et s.



A. Jusqu'à la loi Caillavet, le développement d'une lecture humaniste

176. Un contexte favorable à une lecture humaniste du consentement relatif à l'intégrité corporelle (1) a influencé l'introduction du consentement dans le droit biomédical français avec la loi Caillavet (2).

1) *Avant la loi Caillavet*

177. Lorsqu'il s'agit de retracer l'origine du principe de consentement dans le domaine de la santé en droit français, quelques décisions judiciaires symboliques reviennent. En particulier, la doctrine ne manque pas de souligner l'arrêt Teyssier, rendu par la Cour de cassation en 1942<sup>663</sup>. « Fondateur de l'éthique médicale »<sup>664</sup>, il prévoit que le chirurgien a l'obligation d'obtenir le consentement du malade préalablement à l'opération, que cette obligation est « imposée par le respect de la personne humaine » et que sa violation par le médecin constitue notamment une « atteinte grave aux droits du malade » et « un manquement à ses devoirs médicaux »<sup>665</sup>. De même, le Code de Nuremberg est très fréquemment invoqué<sup>666</sup>. Il rassemble un ensemble de principes issus du jugement du procès des médecins de Nuremberg, dont le premier prévoit que « le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel »<sup>667</sup>. En réalité, la portée conférée à ces deux décisions, comme si elles résumaient à elles seules l'origine juridique ou éthique du consentement en matière biomédicale, cache une évolution plus lente et moins évidente.

---

<sup>663</sup> Cass., 28 janv. 1942, *Parcelier c. Teyssier*.

<sup>664</sup> 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. Il l'est « en ce qu'il proclame que le respect de la personne humaine impose au praticien, avant de réaliser une opération sur son patient, d'obtenir son consentement éclairé par l'information et qu'en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits du malade et manque à ses devoirs médicaux. » (*Ibid.*)

<sup>665</sup> Cass., 28 janv. 1942, *Parcelier c. Teyssier* : « Mais attendu que, comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs médicaux, et qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler ». »

<sup>666</sup> P. Amiel, F. Vialla, « La vérité perdue du “code de Nuremberg” : réception et déformations du “code de Nuremberg” en France (1947-2007) », *RDSS*, 2009, p. 673 : « Il [le code de Nuremberg] ne marque nullement “l'irruption de l'éthique médicale moderne” comme cela a pu être dit, mais, de manière certaine, en revanche, le point de départ d'un ordre normatif international en matière de recherche sur l'être humain. Un ordre qu'on peut qualifier d'“internormatif”, tant il se construit par des interactions essentielles entre des régimes normatifs hétérogènes où s'interpénètrent droit, éthique et déontologie. »

<sup>667</sup> « *The voluntary consent of the human subject is absolutely essential.* » (P. Amiel, « “Code de Nuremberg” : texte original en anglais, traductions et adaptations en français », in *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Belles Lettres, 2011, appendice électronique.)

178. Le recours au terme de consentement en matière biomédicale n'est pas absent de la période de l'avant-guerre en France dans la jurisprudence et la doctrine<sup>668</sup>. L'expression de « consentement libre et éclairé » se retrouve notamment dans un jugement de 1935 à propos d'une expérimentation médicale<sup>669</sup> et dans l'arrêt d'appel qui l'a suivi<sup>670</sup>. Au-delà de la simple existence d'un tel principe, l'idéologisation du consentement nous intéresse davantage. Sur ce point, Ruth Faden et Tom Beauchamp montrent précisément l'importance d'une étude qualitative du consentement<sup>671</sup>. Opposant les thèses de Martin S. Pernick, un historien, et Jay Katz, un psychiatre<sup>672</sup>, les auteurs affirment que « jusqu'récemment - à peu près à la date de 1957 [...] - la justification des pratiques de divulgation et de recherche du consentement était strictement régie par ce que nous devrions appeler un modèle de bienfaisance, plutôt qu'un modèle d'autonomie, de la responsabilité du médecin à l'égard du patient »<sup>673</sup>. Le modèle de bienfaisance est fondé principalement sur l'apport médical du médecin<sup>674</sup>, tandis que le modèle d'autonomie repose sur l'idée que « les responsabilités du médecin en matière de divulgation et de recherche de consentement sont établies principalement (voire exclusivement) par le principe du respect de l'autonomie [...] »<sup>675</sup>. Le fondement axiologique du consentement

---

<sup>668</sup> Sur la recherche historique du critère de consentement éclairé en matière médicale, v. R. R. Faden, T. L. Beauchamp, N. M. P. King, *A history and theory of informed consent*, New York : Oxford University Press, 1986, p. 53 et s. (notamment sur la différence de recherche entre un mot et son sens). Notons également que « de fait, un consensus théorique existe déjà au début du XX<sup>e</sup> siècle, à l'échelle internationale, sur les principes éthiques à respecter dans la pratique de l'expérimentation humaine, notamment le consentement obligatoire des sujets » (P. Amiel, F. Vialla, *loc. cit.*).

<sup>669</sup> Tribunal civil de la Seine, 16 mai 1935 : « Attendu, en droit, qu'un médecin qui expérimente un remède ou un traitement sans nécessité pour le malade et sans le consentement libre et éclairé du patient commet une faute professionnelle certaine ; que telle est l'opinion des auteurs ; que notamment dans un article paru dans la Revue critique de législation et de jurisprudence, M. le professeur Ripert écrivait en 1908 : "Un chirurgien n'a pas le droit de prendre ses malades pour des sujets d'expérience" ; que, dans les cas heureusement rares où des problèmes analogues ont été posés aux juridictions civiles celles-ci leur ont donné une solution conforme à celle de la doctrine ».

<sup>670</sup> CA Paris, 11 mai 1937 : « Considérant que c'est à bon droit que les premiers juges ont posé ce principe, que ne conteste d'ailleurs pas l'appelant, à savoir qu'une intervention médicale ou chirurgicale ne doit jamais être motivée que par le seul intérêt du malade et ne doit être pratiquée qu'après que celui-ci y a donné son consentement libre et éclairé ».

<sup>671</sup> Certes en droit américain.

<sup>672</sup> R. R. Faden, T. L. Beauchamp, N. M. P. King, *op. cit.*, p. 56 et s.

<sup>673</sup> *Ibid.*, p. 59 : « *Until recently- roughly the 1957 date engraved on the birthstone of informed consent by both Katz and Pernick- the justification of practices of disclosure and consent-seeking were strictly governed by what we shall call a beneficence model rather than an autonomy model of the physician's responsibility for the patient.* » Les deux auteurs prennent plutôt le parti de Katz.

<sup>674</sup> *Ibid.*, p. 59 : « Le "modèle de bienfaisance", tel que nous l'utilisons, décrit les responsabilités du médecin de divulgation et de recherche de consentement comme établies par le principe de bienfaisance, en particulier à travers l'idée que l'obligation première du médecin (dépassant les obligations de respect de l'autonomie) est de pourvoir à des avantages médicaux. »

<sup>675</sup> *Ibid.*, p. 59 : « *The "autonomy model", as we use the term, is the view that the physician's responsibilities of disclosure and consent-seeking are established primarily (perhaps exclusively) by the principle of respect for autonomy.* »

médical n'a ainsi pas toujours été le même. Sans adopter la même analyse que les auteurs, notamment parce que les conceptions américaine et française du consentement dans le domaine bioéthique peuvent être différentes, le même raisonnement à partir de l'évolution qualitative de la notion sera suivi. Il s'agit d'établir comment, dans le domaine bioéthique, le consentement est progressivement devenu une condition incontournable dans la loi, ce qui n'était pas le cas en France avant 1976, et quelles ont été les justifications de cette montée en puissance du consentement. Le consentement a pris une importance particulière en étant intimement lié à une pensée humaniste et en étant ainsi associé davantage à la protection de l'intégrité corporelle qu'à l'autonomie individuelle.

**179.** Jusqu'à la loi Caillavet sur le don d'organes, aucune disposition légale ne prévoyait que le consentement soit exigé préalablement à un acte biomédical. Ainsi, le consentement ne figure initialement pas comme une évidence marquant les lois sur le don d'organes, même dans l'après-guerre. La loi du 7 juillet 1949 sur les greffes de cornée<sup>676</sup> suppose un legs de la part des *de cujus*<sup>677</sup>, « donneurs d'yeux volontaires » selon les termes de la loi, mais aucune condition de consentement n'apparaît. Si vingt ans plus tard, Jean Savatier indique que « ce consentement explicite de la personne vivante à un prélèvement est prévu par la loi du 7 juillet 1949 », il s'agit en réalité d'une extrapolation des termes légaux<sup>678</sup>. Quant à la loi du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés<sup>679</sup>, elle ne mentionne pas non plus le consentement. Elle est tout de même marquée par des justifications humanistes, centrées sur la primauté de la personne. Le rapporteur du texte souligne l'objectif de contrôler la chaîne du sang humain, cette protection du sang dans la loi étant justifiée par l'idée que « le principe, qui doit rester intangible, de l'éminente dignité de l'homme ne permet pas de considérer telle ou telle partie du corps humain comme un produit analogue à celui que l'on retire du sol, d'une plante ou d'un animal »<sup>680</sup>. L'époque n'est pas

---

<sup>676</sup> L. n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires.

<sup>677</sup> Art. unique : « Les prélèvements anatomiques effectués sur l'homme en vue de la pratique de la kératoplastie (greffe de la cornée) peuvent être effectués sans délai et sur les lieux mêmes du décès chaque fois que le de cujus a, par disposition testamentaire, légué ses yeux à un établissement public ou à une œuvre privée, pratiquant ou facilitant la pratique de cette opération. »

<sup>678</sup> J. Savatier, « Et in hora mortis nostrae : le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre », *Il Foro Italiano*, vol. 91, n° 6, 1968, p. 69.

<sup>679</sup> V. sur cette loi M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 23, n° 22.

<sup>680</sup> JOAN n° 28, séance du 14 mars 1952, p. 1321 (intervention de Maurice Fedet, rapporteur). Le rapporteur souligne ensuite qu'« il n'est pas davantage possible d'admettre que l'on puisse réaliser des bénéfices sur le trafic de sang humain et le donneur doit être assuré que la valeur sociale de son geste humanitaire sera conservée ».

marquée, en droit français, par l'apparition du critère de consentement dans la loi, mais elle est un moment de développement d'analyses humanistes dans le domaine médical.

180. La protection de l'intégrité du corps humain constitue en effet la clé de voute des développements humanistes et « c'est en vertu de ce principe de l'inviolabilité du corps humain qu'est très tôt exigé, en droit français, le consentement de la personne à l'acte médical »<sup>681</sup>. Par exemple, Andrée Mayer-Jack<sup>682</sup> affirme en 1933 qu'il existe un consensus sur la protection de l'intégrité de la personne humaine<sup>683</sup>. L'atteinte à ce principe devrait être subordonnée au consentement de la personne : « il y a lieu tout d'abord de dépasser les exigences du droit commun quant à la certitude et à l'efficacité du consentement de la personne qui subira une lésion corporelle certaine ou éventuelle par suite de la convention »<sup>684</sup>, car « il s'agit là d'un des droits les plus sacrés de la personne humaine, son droit à la vie et à l'intégrité corporelle, auquel il ne saurait être porté atteinte que non seulement si cette atteinte est utile, mais si elle a été pleinement et librement consentie »<sup>685</sup>. La juriste estime que la nullité des conventions portant sur la personne résulterait de « la double influence de la doctrine chrétienne et des idées philosophiques du XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>686</sup>. En effet, « parmi les enseignements du christianisme figure le devoir pour chacun de respecter l'existence et l'intégrité de son propre corps comme de celui d'autrui »<sup>687</sup> et « la Révolution française proclame la dignité de la personne humaine et en exige le respect [...] »<sup>688</sup>. Ces deux mouvements caractérisent en effet l'humanisme qui imprègne le développement du droit médical et de la bioéthique en France.

---

<sup>681</sup> S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 155.

<sup>682</sup> Sur Andrée Mayer-Jack, v. R. Hirschmann, « Andrée Mayer-Jack (1907-1996), ancienne Présidente de l'AFFDU », *Femmes Diplômées*, vol. 179, n° 1, 1996, p. 155.

<sup>683</sup> « Si en effet les conventions relatives à la personne physique n'avaient jamais été traitées en groupe autonome, même à seule fin d'en justifier la nullité, c'est que cette nullité résultait automatiquement d'un principe universel, incontesté et en apparence évident, dont elle constituait la conséquence directe ou même l'un des aspects : dans tout le cours du XIX<sup>e</sup> siècle, encore actuellement on voit fréquemment affirmer, dans les ouvrages, que la personne physique est en dehors du commerce juridique, que l'intégrité corporelle est placée au-dessus des conventions. Ce principe est si communément admis, il paraît si bien correspondre aux conceptions les plus profondes de notre droit, que non seulement personne, jusqu'à ces derniers temps, ne le critique ou ne le met en doute, mais que personne même n'éprouve le besoin de le justifier. » (A. Jack, « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 363.) L'autrice cite différents auteurs à l'appui de son propos.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>685</sup> *Ibid.*, p. 384. Pour l'autrice, « nous retrouvons donc, quand il s'agit du consentement requis, cette intangibilité de la personne humaine que nous avons dû écarter du point de vue de la licéité de la convention » (*Ibid.*, p. 384). En ce sens, au-delà du consentement, l'autrice promeut d'ailleurs ce qui sera plus tard appelé le « consentement personnel » face à « l'incapacité d'exercice absolue du mineur, de l'interdit, de la femme mariée » (*Ibid.*, p. 387).

<sup>686</sup> A. Jack, *loc. cit.*, p. 364-365 (note de bas de page).

<sup>687</sup> *Ibid.*, p. 364.

<sup>688</sup> *Ibid.*

181. L'influence de la religion chrétienne joue ainsi un rôle important dans le développement de l'appréhension juridique de la bioéthique<sup>689</sup> : « Le religieux apparaît comme la forme paradigmatique du courant métaphysique. »<sup>690</sup> En effet, « pour le croyant catholique, le corps humain comme objet d'emprise est rendu intouchable au nom d'un principe supérieur transcendant. C'est parce que le corps et la vie ont été donnés par Dieu qu'ils ne sauraient être touchés »<sup>691</sup>. La protection de l'intégrité du corps humain serait caractéristique de cette conception et s'exprimerait à travers la maxime *noli me tangere*. Issue des Évangiles selon Saint-Jean<sup>692</sup>, elle est parfois présentée comme un principe juridique<sup>693</sup> malgré son caractère religieux. Le courant métaphysique dans le domaine bioéthique<sup>694</sup> s'accompagnerait en France d'« un courant idéologique de type néo-traditionaliste [qui] allie un contenu essentialiste à une rhétorique laïque afin de condamner ou tout simplement de soustraire de la délibération

<sup>689</sup> Sur les rapports entre religion, plus particulièrement le christianisme, et bioéthique, v. D. Memmi, *Dictionnaire des faits religieux*, 2<sup>e</sup> éd., R. Azria, D. Hervieu-Léger, D. Iogna-Prat (dir.), Paris : Puf, 2019, v<sup>o</sup> « Bioéthique », p. 91. Sur les médecins catholiques et la médecine, v. par ex. P. Guillaume, « La médecine catholique face à l'évolution des mœurs, d'après le *Bulletin de la Société médicale de Saint-Luc, Saint-Côme et Saint-Damien* (1884-1963) », in *Concepts, cultures et progrès scientifiques et techniques : enseignement et perspectives. Actes du 131<sup>e</sup> Congrès national des sociétés historiques et scientifiques, « Tradition et innovation », Grenoble, 2006*, Paris : Éditions du CTHS, 2009, p. 35 ; H. Guillemain, « Les débuts de la médecine catholique en France », *Revue d'histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup> 26-27, 2003, p. 227.

<sup>690</sup> D. Borrillo, *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. 51.

<sup>691</sup> V. D. Memmi, *loc. cit.*, spéc. p. 92. V. aussi D. Borrillo, « La nationalisation du corps et de la vie dans le dispositif bioéthique français », *Raison-publique.fr*, 2010 (« selon la théologie catholique, le corps est à la fois l'expression du péché originel, par sa mortalité et sa déchéance, mais également l'instrument de l'âme au service de Dieu. Le corps n'appartient pas au chrétien. Il est le temple de Dieu [...] ») ; J. Lecomte, P. Hennion, « Le principe de dignité humaine dans les lois de bioéthique [Première partie] », *Revue juridique de l'Ouest*, n<sup>o</sup> 1, 2004, p. 47, spéc. p. 70 (« Le principe d'intégrité doit se comprendre comme la complétude entre l'esprit et le corps, la fusion du spirituel et du matériel. Dans une certaine mesure, la législation bioéthique a transposé le mythe judéo-chrétien de l'union du corps et de l'esprit de la personne humaine, sans laquelle sa dignité ne serait pas respectée. »). Ainsi, « la loi a prévu la construction juridique d'une atteinte légitime au corps, où le respect du libre arbitre de la personne permet d'éviter toute réification »). Plus récemment, v. Lettre encyclique *evangelium vitae* du souverain pontife Jean-Paul II aux évêques, aux presbytres et aux diacres, aux religieux et aux religieuses, aux fidèles laïcs et à toutes les personnes de bonne volonté sur la valeur et l'inviolabilité de la vie humaine, 25 mars 1995, en ligne : [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html) (consulté le 31 janv. 2024). Cela dit, « bien que la revendication par le christianisme des principes d'invocabilité de la vie humaine, avec pour corollaire l'égale valeur et l'inaliénable dignité de tous les êtres humains, soit parfaitement en ligne avec les principes récemment réaffirmés dans l'encyclique *Evangelium Vitae* de Jean-Paul II, elle ne correspond guère à ce que les historiens mettent en évidence dans la chrétienté » (D. Fassin, *La vie : mode d'emploi critique*, Paris : Seuil, 2018, p. 122).

<sup>692</sup> Signifiant « ne me touche pas », la phrase serait issue des Évangiles selon Saint Jean (20, 17). V. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 1999, v<sup>o</sup> « Noli me tangere », p. 526 ; A. Marais, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021, p. 190, n<sup>o</sup> 257, pour qui le « principe d'invocabilité du corps humain » [...] est assis sur un axiome tant philosophique, exprimé au XIX<sup>e</sup> siècle par Boistel, que religieux (« *noli me tangere* ») » ; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil : Les personnes : personnalité, incapacité, protection*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 64, n<sup>o</sup> 58 : « Les solutions qui précèdent relèvent d'un principe à la source duquel subsiste quelque considération de caractère sacré *noli me tangere*. »

<sup>693</sup> S. Guinchard, T. Debarb (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 31<sup>e</sup> édition, Paris : Dalloz, 2023, v<sup>o</sup> « Inviolabilité du corps humain », p. 601, qui le présente comme un adage ; B. Mathieu, *La bioéthique*, Paris : Dalloz, 2009, p. 52 : « Le consentement dont il s'agit n'est pas celui du droit civil des obligations, c'est une garantie procédurale qui oblige le médecin à respecter un droit fondamental de la personne celui que traduit le vieil adage *noli me tangere*. »

<sup>694</sup> V. *supra*, n<sup>o</sup> 172.

politique certaines pratiques [...]»<sup>695</sup>. Il a ainsi pu être soutenu que « l'espace ouvert par le débat bioéthique a été investi par certains courants conservateurs (aussi bien de droite que de gauche), lesquels au nom du “respect de la dignité de la personne” et de la “non patrimonialité du corps” ne font que réactualiser la vieille hostilité canonique envers la libre disposition de soi et du corps »<sup>696</sup>.

**182.** À partir des années trente, et surtout dans l'après-guerre, se développe en particulier une conception doctrinale de la bioéthique marquée par une influence chrétienne, portée notamment par Michel Riquet et René Savatier<sup>697</sup>.

Les *Cahiers Laennec* sont créés en 1934 dans le cadre de la Conférence Laennec et traitent des questions d'éthique médicale. Tout comme la Conférence Laennec, ils sont fondés par Michel Riquet, un prêtre jésuite, qui fut résistant et déporté à Dachau<sup>698</sup>. Les textes publiés par les différents auteurs dans les *Cahiers Laennec* au milieu du XX<sup>e</sup> siècle dévoilent une pensée d'éthique médicale relevant de l'humanisme chrétien et fondée sur le respect de l'intégrité du corps. Par exemple, Michel Riquet conclut un article de 1937 sur la castration en estimant qu'elle « est inconciliable avec la doctrine chrétienne qui respecte en chaque homme la dignité de la personne et l'intégrité de l'individu ». De même, en 1950, les *Cahiers* font état, dans leur chronique internationale de « la stérilisation des déficients mentaux » aux États-Unis et concluent que « la simple lecture de cet article permet à nos lecteurs de juger comment un matérialisme antichrétien peut s'instaurer dans la pensée de nos contemporains »<sup>699</sup>.

René Savatier, lui, est présenté avec son fils Jean comme à l'origine de la « discipline » du droit médical en France<sup>700</sup>. Catholique, il fut président du Comité départemental de libération

---

<sup>695</sup> D. Borrillo, *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. 43 : « Considérées comme des “agissements” susceptibles de porter atteinte aux principes immuables tels “l'ordre symbolique”, “le fondement anthropologique du droit”, “la dignité humaine”... » V. également *ibid.*, p. 60 et s.

<sup>696</sup> D. Borrillo, « La nationalisation du corps et de la vie dans le dispositif bioéthique français », *Raison-publique.fr*, 2010.

<sup>697</sup> Ce qui n'exclut bien évidemment pas d'autres développements autour du consentement médical, v. par ex. A.-C. Hardy, *Travailler à guérir : sociologie de l'objet du travail médical*, Rennes : Presses de l'École des hautes études en santé publique, 2013, p. 23 et s. On trouve des développements dans les revues spécialisées, par ex. L. Portes, « Chronique déontologique : du consentement du malade à l'acte médical », *Cahiers Laennec*, n° 1, 1950, p. 32 (Louis Portes fut le président du Conseil de l'ordre des médecins à partir de 1943 et dans l'après-guerre, v. A. Jaunait, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, vol. 11, n° 3, 2003, p. 59).

<sup>698</sup> « La mort du Père Michel Riquet. Un rebelle discipliné », *Le Monde*, 7 mars 1993 ; « Prédicateur et théologien. Le Père Michel Riquet est mort », *Le Monde*, 6 mars 1993 ; F. Beaufils, C. Degiovanni, « Laennec, hier, aujourd'hui, demain », *Laennec*, 2008, vol. 56, n° 2, p. 50-56 ; S. Bernay, « Le Père Michel Riquet. Du philosémitisme d'action lors des années sombres au dialogue interreligieux », *Archives Juives*, vol. 40, n° 1, 2007, p. 100.

<sup>699</sup> « Chronique internationale. La stérilisation des déficients mentaux », *Cahiers Laennec*, n° 3, 1950, p. 55.

<sup>700</sup> « À tous prix », *Le Monde*, 21 avr. 1993.

après avoir été emprisonné<sup>701</sup>. Il est décrit comme « un personnaliste » car pour lui, « le droit a une finalité précise : contribuer à l'avènement de la personne humaine. Il faut faire prévaloir la personne humaine sur toute autre valeur et “la condition humaine correspond à un postulat de liberté”<sup>702</sup> »<sup>703</sup>. René Savatier « fait de l'homme la finalité du droit et pour assurer la liberté de l'homme reconnaissait au droit deux sources, le christianisme et la Révolution française »<sup>704</sup>. Dans l'après-guerre, René Savatier publie de nombreux articles sur des questions juridiques et éthiques<sup>705</sup> ainsi qu'un *Traité de droit médical*<sup>706</sup>. On peut y lire que « l'idée du contrat, au centre de la médecine humaniste, repose sur le consentement du malade au contrat médical. Car le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et des principes de sa vie. Il n'y peut être touché, même par le médecin, qu'avec son consentement »<sup>707</sup>. Cette appréhension du consentement le lie avant tout, dans la perspective humaniste qui a été celle de la construction du droit bioéthique français, à l'intégrité corporelle de la personne plus qu'à sa liberté en elle-même.

## 2) La loi Caillavet

**183.** La loi Caillavet du 22 décembre 1976 réceptionne cette doctrine humaniste et intègre le principe de consentement du donneur vivant dans la loi<sup>708</sup>. Étonnamment, le principe même de consentement au don est très peu discuté, initiant une tendance qui se retrouve par la suite dans la plupart des lois où le consentement est pourtant conçu comme un principe primordial. Dans la loi Caillavet, la question du consentement est rapidement évacuée, les parlementaires estimant qu'il s'agit d'un principe incontournable déjà prévu par la jurisprudence. En effet, pour les sénateurs, la disposition qui prévoit le consentement du donneur vivant « vise, en ce qui

<sup>701</sup> J.-M. Leloup, « René Savatier, un juriste dans son siècle », *RTD civ.*, 1997, p. 79 ; V. Bernaudeau, « Mort d'un collabo, Gilles Antonowicz, 13 mai 1943 », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2013, p. 117 ; J. Girault, *Le Maitron. Dictionnaire biographie, mouvement ouvrir, mouvement social*, 2 mai 2015, act. 4 oct. 2020, v° « René Savatier ».

<sup>702</sup> L'auteur cite René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*.

<sup>703</sup> J.-M. Leloup, *loc. cit.*

<sup>704</sup> J.-M. Leloup, *loc. cit.*

<sup>705</sup> R. Savatier, « L'insémination artificielle devant le droit positif français », *Cahiers Laennec*, 1946, p. 16 ; R. Savatier, « De sanguine jus », *D.*, 1954, p. 141 ; R. Savatier, « Le problème juridique des transplantations d'organes », *JCP G* 1969, I, 2247 ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, t. 2, Paris : Dalloz, 1959, p. 234 (« Au confluent de deux humanismes : entente et mésentente entre médecins et juristes »).

<sup>706</sup> R. Savatier et al., *Traité de droit médical*, Paris : Librairies techniques, 1956.

<sup>707</sup> *Ibid.*, p. 223 et s. René Savatier adopte une appréhension contractuelle du consentement médical (sur ce type d'appréhension du consentement, v. *infra* n° 401 et s. et 514 et s.).

<sup>708</sup> L. n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organe, art. 1<sup>er</sup>. Pour les dons post-mortem, le prélèvement peut être effectué « sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement ».

concerne les adultes, à reprendre la solution jurisprudentielle actuelle tout en soulignant la nécessité d'un consentement exprès et libre »<sup>709</sup>. La même argumentation est reprise à l'Assemblée nationale, où le rapporteur du texte affirme que « dans sa première partie, cet article pose le principe général, qui n'est pas contestable, et confirme dans la loi la solution jurisprudentielle actuelle »<sup>710</sup>. On trouve tout de même certaines justifications de la condition de consentement et Gilbert Millet déclare par exemple qu'« il nous semble extrêmement grave d'autoriser par la loi une atteinte à l'intégrité de l'individu sans que celui-ci ait les moyens de donner un accord libre et responsable »<sup>711</sup>. Le consentement est donc là encore lié à l'intégrité corporelle.

De nombreuses discussions sont plutôt consacrées aux consentements qui posent difficulté, c'est-à-dire le consentement des mineurs et des personnes « incapables »<sup>712</sup>, ainsi que le cas des dons post-mortem. Il est d'ailleurs particulièrement intéressant d'observer que, pour ces derniers, l'expression de « présomption de consentement », aujourd'hui très répandue et particulièrement utilisée au moment de l'examen des lois bioéthiques de 1994, n'est quasiment pas employée à l'époque - signe, peut-être, d'une plus faible pénétration du mot « consentement » dans le langage bioéthique de l'époque. Ce qui est au centre de cette loi, c'est avant tout le don *post-mortem* et le choix fait alors de ne prendre en compte, en droit, que le seul refus de procéder à un don.

**184.** Le don d'organe est justifié notamment par la pensée chrétienne au sein des travaux parlementaires. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, Henri Caillavet s'appuie sur des discours extérieurs pour justifier le modèle du « consentement tacite ». Certes, dans les hypothèses où « le prélèvement d'organes sur un cadavre n'est possible que dans le cas où le défunt l'a autorisé par testament, ou, à défaut, si cette autorisation est donnée par ses ayants droit », « on retrouve là l'expression du principe du respect de l'intégrité de la personne humaine, même après la mort, principe auquel nul ne saurait rester insensible ». Mais Henri Caillavet répond que « cette thèse - qui aboutirait à diminuer considérablement le champ d'application des greffes, faute d'organes légalement utilisables - est aujourd'hui presque unanimement combattue par tous ceux qui se sont penchés objectivement sur le problème : non

---

<sup>709</sup> J. Auburtin, *Rapport n° 58, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur la proposition de loi n° 436 de M. Henri Caillavet tendant à permettre les prélèvements d'organes dès la constatation du décès*, Sénat, 16 nov. 1976, p. 6.

<sup>710</sup> JOAN n° 120, séance du 8 déc. 1976, p. 9089 (intervention de Jean Delaneau, rapporteur).

<sup>711</sup> JOAN n° 120, séance du 8 déc. 1976, p. 9092 (intervention de Gilbert Millet).

<sup>712</sup> JO Sénat n° 79, séance du 18 nov. 1976, p. 3316 et s. ; JOAN n° 120, séance du 8 déc. 1976, p. 9089 et s.



seulement médecins [...] et biologistes [...], mais encore juristes [...] et même théologiens [...] semblent désormais d'accord pour se contenter d'un consentement tacite »<sup>713</sup>. L'auteur de la proposition de loi se repose ainsi sur des autorités de nature différente pour justifier la loi et fait explicitement référence à Michel Riquet lorsqu'il mentionne les théologiens.

Mais il ne s'arrête pas là et affirme que « pour l'église catholique elle-même, l'intangibilité du cadavre n'est pas un dogme : le pape Pie XII l'a déclaré dès 1956 à propos de la greffe de la cornée »<sup>714</sup>. Il cite ainsi le Pape qui aurait affirmé qu'« il faut éduquer le public et lui expliquer, avec intelligence et respect, que consentir expressément ou tacitement à des atteintes sérieuses à l'intégrité du cadavre dans l'intérêt de ceux qui souffrent n'offense pas la piété due au défunt, lorsqu'on a pour cela des raisons valables. Le consentement peut, malgré tout, comporter pour les proches parents une souffrance et un sacrifice. Mais ce sacrifice s'auréole d'une charité miséricordieuse envers les frères souffrants »<sup>715</sup>. Henri Caillavet justifie sa loi en affirmant que l'Église ne s'opposerait pas au modèle du « consentement tacite » pour le don d'organes *post-mortem* : « Le mot "tacitement" utilisé par le souverain pontife montre bien sa volonté de ne pas exiger une manifestation de volonté expresse du défunt ou de sa famille pour que la greffe d'organes soit possible. »<sup>716</sup> Il renforce son propos par une référence aux travaux de René Savatier : « Ainsi que le constate excellemment le doyen Savatier [...], "il n'est pas de plus noble destination pour un corps que l'esprit a quitté que de servir à soutenir la vie d'une autre personne humaine". C'est pourquoi, conclut ce distingué professeur "le prélèvement doit être permis, sauf opposition manifestée soit par le défunt avant sa mort, soit par le conjoint, un ascendant ou un descendant". »<sup>717</sup>

**185.** En un passage central de l'exposé des motifs, toutes les grandes figures humanistes chrétiennes présentées précédemment sont citées. C'est notamment à partir de leurs discours que Henri Caillavet justifie, sur le plan axiologique, une mesure qui vise en réalité à permettre de réaliser plus de transplantations. Pour Florence Paterson, « les législateurs ont opté pour une hiérarchisation des ordres de priorité qui favorise l'efficacité de la collecte d'organes en réduisant la liberté de choix des individus à une réponse à deux modalités, obligatoirement

---

<sup>713</sup> Proposition de loi n° 436, tendant à permettre les prélèvements d'organes dès la constatation du décès, présentée par H. Caillavet, 18 sept. 1976, p. 6.

<sup>714</sup> *Ibid.*

<sup>715</sup> *Ibid.*

<sup>716</sup> *Ibid.*

<sup>717</sup> *Ibid.*

donnée »<sup>718</sup>. Cette loi, en effet, « exprimait clairement l'objectif politique de favoriser le développement de la transplantation d'organes. Certes les législateurs ont admis le principe de consentement présumé comme une mesure efficace, mais ce choix comporte une certaine ambivalence »<sup>719</sup>. Cela explique que « le don d'organes se présente à la lecture des débats et des rapports de commission parlementaire comme un acte volontaire, et non comme une chose subie »<sup>720</sup>. Ainsi, le discours parlementaire relatif au consentement est mis au service de cet objectif : « Les auteurs du rapport insistent pour que le terme de consentement désigne la décision des “donneurs” »<sup>721</sup>. De même, « la notion de consentement est également liée à l'argumentation morale développée lors des débats de 1976, qui justifiaient la priorité accordée au besoin des malades par les notions chrétiennes de “charité” et de “sacrifice” »<sup>722</sup>. Ce raisonnement souligne que le consentement est lié à la protection de l'intégrité du corps humain et à des valeurs chrétiennes humanistes : aider autrui, un « sacrifice » qui est une expression de « charité ». Le consentement n'est jamais cité dans cette loi comme un outil par lequel une personne disposerait d'elle-même<sup>723</sup>.

**186.** Le parcours du sénateur à l'origine de cette loi, Henri Caillavet, s'inscrit lui-même dans la pensée humaniste qui marque la naissance de l'intégration des considérations bioéthiques en droit. Il est ainsi décrit comme une personne qui « conçoit les postes qu'il occupe comme des moyens de faire progresser la société dans le sens des engagements humanistes qui sont les siens »<sup>724</sup>. Henri Caillavet est une figure importante de l'élaboration du droit des personnes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, qui a un parcours personnel sensiblement différent de ceux de Jean Savatier ou Michel Riquet. Il fut résistant, franc-maçon et s'engagea en faveur des républicains durant la guerre d'Espagne<sup>725</sup>. Ces prises de position témoignent d'un engagement certain sur les sujets de société en droit des personnes. Député membre du groupe Républicain

<sup>718</sup> F. Paterson, « Solliciter l'inconcevable ou le consentement des morts. Prélèvement d'organes, formes de circulation des greffons et normes de compétence », *Sciences Sociales et Santé*, vol. 15, n° 1, 1997, p. 35.

<sup>719</sup> *Ibid.*

<sup>720</sup> *Ibid.*

<sup>721</sup> *Ibid.*

<sup>722</sup> *Ibid.*

<sup>723</sup> Si ce n'est « l'accord libre et responsable » mis en avant par un député communiste, mais qui ne contredit pas notre affirmation pour autant. V. JOAN n° 120, séance du 8 déc. 1976, p. 9092 (intervention de Gilbert Millet) : « Nous ne pouvons être d'accord sur l'amendement de M. Delaneau. En effet, s'il était adopté, il serait possible de prélever des organes sur des mineurs ou sur des adultes incapables vivants qui ne pourraient - et pour cause - donner leur consentement. Il nous semble extrêmement grave d'autoriser par la loi une atteinte à l'intégrité de l'individu sans que celui-ci ait les moyens de donner un accord libre et responsable. »

<sup>724</sup> L. Ségalant, « Henri Caillavet, un homme, un franc-maçon, un législateur », *Humanisme*, vol. 300, n° 3, 2013, p. 94.

<sup>725</sup> D. Pouillard, « Henri Caillavet, un législateur hors du commun », *Le Monde*, 27 févr. 2013.

radical et radical-socialiste<sup>726</sup> puis sénateur au sein de la formation des Radicaux de gauche<sup>727</sup>, il s'est prononcé en faveur de l'avortement<sup>728</sup> et est à l'origine de propositions de loi sur le « droit de vivre sa mort »<sup>729</sup>, contre « la discrimination fondée sur l'homosexualité masculine et féminine et à la transexualité »<sup>730</sup>, « tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaître le changement d'état-civil des transsexuels »<sup>731</sup> ou « tendant à contrôler les recherches sur la reproduction humaine et à interdire les manipulations génétiques »<sup>732</sup>. Il a également été « rapporteur de la loi Veil et de celle sur le divorce par consentement mutuel »<sup>733</sup>, président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>734</sup>, membre du Comité consultatif national d'éthique<sup>735</sup> et président de l'Association pour le droit de mourir dans la dignité<sup>736</sup>. Il est décrit comme « législateur vrai, authentique, aidé bien évidemment par ses convictions philosophiques humanistes (33<sup>e</sup> au Grand Orient) et de libre penseur »<sup>737</sup>. Cela ne l'empêchera pas de finir par citer à nouveau, dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi sur la fin de vie inspirée de la législation californienne, Michel Riquet et Pie XII à l'appui de son propos<sup>738</sup>. Henri Caillavet est ainsi une de ces figures qui concourent à faire émerger une pensée humaniste française à l'origine de la régulation de la bioéthique en France.

## B. Avec la naissance du CCNE et la loi Huriet, l'écho des origines humanistes

**187.** Le consentement s'inscrit dans l'institutionnalisation du droit biomédical et la prise en compte de la bioéthique au niveau législatif. La naissance du Comité consultatif national

<sup>726</sup> « Henri, Guy, Pierre, Emile Caillavet », *Assemblée Nationale*, en ligne : [https://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/\(num\\_dept\)/1367](https://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/(num_dept)/1367) (consulté le 18 déc. 2023).

<sup>727</sup> « Caillavet Henri », Sénat, en ligne : [https://www.senat.fr/senateur/caillavet\\_henri58411c.html](https://www.senat.fr/senateur/caillavet_henri58411c.html) (consulté le 18 déc. 2023).

<sup>728</sup> B. Levergeois, « Henri Caillavet. Un esprit libre », *Humanisme*, vol. 276, n° 1, 2007, p. 106.

<sup>729</sup> Proposition de loi n° 301 relative au droit de vivre sa mort, présentée par H. Caillavet, 6 avril 1978.

<sup>730</sup> Proposition de loi n° 279 tendant à compléter la loi n° 75-625 du 11 juillet 1975, instituant la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, en l'étendant à la discrimination fondée sur l'homosexualité masculine et féminine et à la transexualité, présentée par H. Caillavet, 13 mai 1981.

<sup>731</sup> Proposition de loi n° 260 tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaître le changement d'état-civil des transsexuels, présentée par H. Caillavet, 8 avril 1982.

<sup>732</sup> Proposition de loi n° 255 tendant à contrôler les recherches sur la reproduction humaine et à interdire les manipulations génétiques, présentée par H. Caillavet, 8 avril 1982. Henri Caillavet s'appuie notamment sur les travaux de René Frydman et de Jacques Testart (*ibid.*, p. 3 et 13).

<sup>733</sup> D. Pouillard, *loc. cit.*

<sup>734</sup> L. Ségalant, *loc. cit.*

<sup>735</sup> D. Pouillard, *loc. cit.*

<sup>736</sup> C. Forcari, « Ancien ministre et législateur infatigable, Henri Caillavet est mort », *Libération*, 27 févr. 2013.

<sup>737</sup> D. Pouillard, *loc. cit.*

<sup>738</sup> Proposition de loi n° 301 relative au droit de vivre sa mort, présentée par H. Caillavet, 6 avril 1978, p. 7.

d'éthique en 1983 contribue à produire un discours bioéthique sur le consentement, puis la loi Huriet de 1988 érige le consentement du sujet comme principe de la recherche médicale.

**188.** Le Comité consultatif national d'éthique est créé en 1983<sup>739</sup>, à la suite des inquiétudes suscitées par une évolution rapide du progrès scientifique<sup>740</sup>. Il s'intéresse au consentement dès son premier avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts<sup>741</sup>. Les membres du conseil essaient justement de raisonner à partir de la loi Huriet, seule loi réellement applicable dans ce domaine à l'époque<sup>742</sup>. Le Comité offre une nouvelle voix dans le discours bioéthique et le parcours de ses membres s'inscrit partiellement dans la continuité de l'humanisme qui imprégnait jusqu'alors la pensée bioéthique française.

**189.** Analysant les membres et le fonctionnement du Comité consultatif national d'éthique entre 1983 et 1993<sup>743</sup>, Dominique Memmi montre la mise à l'écart des préférences morales personnelles de ses membres. Cette « dénégaration des appartenances »<sup>744</sup> a eu un effet. Elle « a permis à chacun d'afficher une distance à l'égard de tout ce qui pouvait ressembler à une préférence de groupe, donc à une morale partielle susceptible de rendre plus difficile un engagement généraliste au profit de l'Homme »<sup>745</sup>. Elle comprend le rapport à la religion<sup>746</sup>. Les membres du Comité consultatif national d'éthique ne sont pas plus ou moins catholiques, croyants ou pratiquants que le reste de leur groupe social, témoignant d'« une collectivité qui révèle peu d'éléments détonnant par rapport à la société dont elle est issue, comme elle d'une culture catholique encore relativement enracinée dans la génération précédente [...], mais ayant subi, dans sa propre formation, les effets de la sécularisation »<sup>747</sup>. Cela n'empêche pas

---

<sup>739</sup> D. 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.

<sup>740</sup> « Trente-six "sages" pour examiner les problèmes moraux de la recherche biologique et médicale », *Le Monde*, 10 oct. 1983 ; « M. Mitterrand installe le Comité national d'éthique », *Le Monde*, 3 déc. 1983.

<sup>741</sup> CCNE, *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, Avis n° 1, 22 mai 1984, p. 8 (à propos du consentement de la mère).

<sup>742</sup> *Ibid.*

<sup>743</sup> D. Memmi, *Les gardiens du corps : dix ans de magistère bioéthique*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996 ; v. aussi D. Memmi, « La bioéthique a-t-elle des sources judéo-chrétiennes ? », *Pardès*, vol. 30, n° 1, 2001, p. 195.

<sup>744</sup> D. Memmi, *Les gardiens du corps : dix ans de magistère bioéthique*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996.

<sup>745</sup> *Ibid.*, p. 154 : « À écarter aussi ce qui rappellerait trop clairement une normativité "simple", c'est-à-dire non corsetée scientifiquement, enjeu important à propos des décisions dont l'irrationnel et l'archaïsme risquent toujours d'être suspectés. »

<sup>746</sup> *Ibid.*, p. 143 et s.

<sup>747</sup> *Ibid.*, p. 145.

d'identifier l'« humanisme chrétien reconverti » des membres du Conseil<sup>748</sup>. Ils « portent les marques du glissement qui s'est opéré ces vingt dernières années du "christianisme confessant" vers le "christianisme culturel", et surtout vers l'"humanisme séculier" : ils demeurent attachés à la transcendance mais sans plus reconnaître les formes que les institutions religieuses ont fournies à cette croyance »<sup>749</sup>. Dominique Memmi note ainsi cette « autre "religion du siècle" que constitue l'éthique, et qui se découvre sous ces rémanences, très laïcisées, de l'humanisme chrétien chez bien des catholiques du Comité »<sup>750</sup>. Les membres du Comité consultatif national d'éthique produisent ainsi une réflexion bioéthique qui irrigue la construction d'un droit bioéthique français et est empreinte de cet humanisme.

**190.** Fin 1984, le Comité consultatif national d'éthique produit un *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme* où le consentement est conçu comme un principe fondamental des recherches biomédicales<sup>751</sup>. L'institution fait reposer le consentement sur deux types de justifications en droit : le contrat médical et un principe de consentement issu des textes internationaux<sup>752</sup>. Ainsi, le contrat encadre « la relation médecin-malade, telle qu'elle existe dans la pratique courante, en dehors de tout essai » et « elle serait soumise aux obligations générales d'un contrat, définies par le Code Civil et la jurisprudence, parmi lesquelles figure le consentement libre et éclairé »<sup>753</sup>. Le Conseil qualifie, « dans les essais sur les volontaires sains », le consentement de « contrat d'essai »<sup>754</sup>. Par ailleurs, la recherche biomédicale va au-delà de la relation médicale habituelle : « s'agissant d'un essai, une clause supplémentaire est

<sup>748</sup> *Ibid.*, p. 147. Pour l'autrice, « le tableau est clair. Il nous fait entrevoir, comme particulièrement accentuée au Comité national d'éthique, une des formes de l'évolution du catholicisme contemporain ».

<sup>749</sup> *Ibid.*, p. 148 : « Face au fait religieux, les membres du Comité comme les représentants des familles spirituelles revendiquent et manifestent donc un rapport individualisé à la foi, une distance certaine aux institutions et à la hiérarchie ecclésiastique, une insistance sur la responsabilité et la conscience de chacun face aux directives venues de ces dernières : bref, un rapport quasi protestant à la transcendance. Certains d'entre eux le notent d'ailleurs spontanément [...]. Rien d'étonnant alors à ce que les membres de la communauté protestante se soient trouvés en affinité avec le Comité : on n'en a pas rencontré un seul en effet qui s'y soit senti franchement déplacé. Les protestants n'ont-ils pas été historiquement - et la tendance s'est confirmée au XX<sup>e</sup> siècle - les plus à même d'inventer une manière de transcendance sécularisée ? »

<sup>750</sup> *Ibid.*, p. 149-150. Dominique Memmi donne des exemples de propos reflétant cette tendance : « "Sa religion, c'était l'homme", nous dit-on de l'un d'entre eux [...], "La forme de prière que je pratique est une prière tournée vers l'homme" [...], "Prier, c'est penser à Dieu, à l'Autre, à l'Être, à l'Homme" [...] ou "Il y a sans doute une attitude de fond qui reste d'orientation religieuse dans ma manière de considérer les gens en médecin, de se sentir frère avec tout le monde..." [...] » (*ibid.*, p. 150).

<sup>751</sup> CCNE, *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions*, Avis n° 2, 9 oct. 1984, p. 13 (non paginé) : « Les déclarations internationales et les prises de position nationales - aussi bien d'ailleurs que la loi, nationale ou internationale (adhésion de la France au pacte de New-York) - stipulent sans ambiguïté la nécessité d'un consentement libre et éclairé du patient. Ce point n'est cependant clair, ni dans sa définition ni dans sa solution. » ; v. aussi *ibid.*, p. 3.

<sup>752</sup> *Ibid.*, p. 9 et s.

<sup>753</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>754</sup> *Ibid.*, p. 4, p. 16.

imposée par le Pacte international de New-York sur les droits civiques [...] et dont l'article 7 précise qu'il est interdit de soumettre une personne à une expérience médicale ou scientifique sans son libre consentement »<sup>755</sup>. De la sorte, « c'est donc, non seulement à son traitement que le malade doit consentir, mais au fait qu'il participe à un essai »<sup>756</sup>. Le consentement n'est donc pas tant justifié par des principes ou des valeurs particuliers que par la préexistence de normes. De la même manière que la loi Caillavet justifiait le principe de consentement par une jurisprudence antérieure, l'avis du Comité consultatif national d'éthique s'appuie sur les nombreux textes internationaux régulant la recherche biomédicale.

**191.** La culture humaniste ne constitue pas la seule influence sur l'émergence d'une norme de consentement dans le domaine biomédical. D'autres facteurs ont en effet joué un rôle décisif, en particulier le contexte juridique international. Il y a ainsi eu une « mondialisation de la régulation » biomédicale justifiée par le « lien avec les droits de l'homme », les « enjeux financiers » et la lutte contre « des stratégies de contournement des législations nationales »<sup>757</sup>. Pour autant, les normes internationales et les normes nationales se développent sur des plans différents. La « juxtaposition de normes juridiques et *para-juridiques* »<sup>758</sup> *n'y a pas la même dimension* : « La norme juridique émerge essentiellement au plan national alors qu'elle reste rare au niveau international. En revanche, la normativité *para-juridique*, si importante dans le domaine biomédical, reste principalement l'œuvre des instances internationales même si elle existe au plan interne. »<sup>759</sup> Or, des principes internationaux *para-juridiques* ont été transférés en droit national<sup>760</sup>, en particulier s'agissant du consentement dans le domaine de la recherche biomédicale. Prévu par le Code de Nuremberg puis par le Pacte relatif aux droits civils et politiques et la Convention d'Oviedo de 1997<sup>761</sup>, le principe du consentement du sujet humain d'une expérimentation médicale figure dans d'autres textes internationaux. Il en va ainsi des *Principles For Those In Research And Experimentation* formulés en 1954 par l'Association

---

<sup>755</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>756</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>757</sup> B. Feuillet-Le Mintier, « Normes nationales et internationales en bioéthique », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2002, p. 15.

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> *Ibid.*

<sup>760</sup> *Ibid.* : « L'énoncé de certaines normes *para-juridiques* a été repris dans des textes de droit. »

<sup>761</sup> *Ibid.* : « Le principe de la nécessité d'un consentement libre pour pouvoir procéder à une recherche sur un individu a trouvé son fondement dans le Code de Nuremberg et, depuis, a été intégré dans de nombreux textes juridiques comme l'article 7 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques ou l'article 5 de la Convention européenne de biomédecine. »

médicale mondiale (AMM)<sup>762</sup> et, dix ans plus tard, de la déclaration d'Helsinki, qui prévoit clairement l'exigence d'un « consentement libre et éclairé » du patient<sup>763</sup>.

Toutefois, les normes internationales en matière de consentement biomédical ont principalement été développées dans le domaine de la recherche biomédicale. Leur influence directe est surtout visible dans ce champ. Le consentement du patient à l'acte médical ou thérapeutique, et non pas à un essai, ne figure pas dans nombre de textes internationaux qui auraient pu avoir l'occasion de l'encadrer, comme la Déclaration de Genève adoptée en septembre 1948 par l'Association médicale mondiale<sup>764</sup>, même dans sa dernière version<sup>765</sup>. Adopté en 1949, le Code international d'éthique médicale de l'Association médicale mondiale, ne se préoccupe initialement pas non plus du consentement du patient<sup>766</sup> et ne prévoit l'obligation de recueillir le « consentement volontaire et éclairé » du patient qu'à partir du texte issu de la 73<sup>e</sup> Assemblée générale de l'Association médicale mondiale d'octobre 2022<sup>767</sup>. Cette exigence n'aura été prévue dans aucune des révisions qui l'ont précédée, notamment en 1983<sup>768</sup> et en 2006<sup>769</sup>.

**192.** C'est dans ce contexte que naît la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, dite loi Huriet, deuxième grande loi biomédicale française. Consacrée aux recherches médicales, cette loi offre une place de choix

---

<sup>762</sup> AMM, *Principles For Those In Research And Experimentation*, 1954, n° 5 : « Si le patient est irresponsable, le consentement doit être obtenu par l'individu qui est légalement responsable de lui. Dans les deux cas, le consentement doit être obtenu par écrit. » (“If the patient is irresponsible, consent should be obtained from the individual who is legally responsible for the individual. In both instances, consent should be obtained in writing.”) V. U. Schmidt, D. Sprumont, A. Frewer, *Ethical Research : The Declaration of Helsinki, and the Past, Present, and Future of Human Experimentation*, New York : Oxford University Press, 2020, p. 259.

<sup>763</sup> P. Amiel, « Déclarations d'Helsinki », *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Belles Lettres, 2011, appendice électronique. La déclaration d'Helsinki a également été développée par l'Association médicale mondiale.

<sup>764</sup> Texte original, Assemblée générale de l'AMM à Genève, sept. 1948, en ligne : <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/Decl-of-Geneva-v1948.pdf> (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>765</sup> Texte issu de la 71<sup>e</sup> Assemblée générale de l'AMM à Cordoue, oct. 2020, en ligne : <https://www.wma.net/fr/policies-post/declaration-de-geneve/> (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>766</sup> AMM, *Code international d'éthique médicale*, Assemblée générale de l'AMM à Londres, oct. 1948, en ligne : [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/132249/EB5\\_29\\_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/132249/EB5_29_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>767</sup> AMM, *Code international d'éthique médicale*, Assemblée générale de l'AMM à Berlin, oct. 2022, en ligne : <https://www.wma.net/fr/policies-post/code-international-dethique-medicale-de-lamm/> (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>768</sup> AMM, *Code international d'éthique médicale*, Assemblée générale de l'AMM à Venise, oct. 1983, en ligne : <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2022/10/Code-International-Ethique-Medicale-1983.pdf> (consulté le 31 janv. 2024).

<sup>769</sup> AMM, *Code international d'éthique médicale*, Assemblée générale de l'AMM à Pilanesberg, oct. 2006, en ligne : <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2022/10/Code-International-Ethique-Medicale-2006.pdf> (consulté le 31 janv. 2024).

au consentement<sup>770</sup>. Un parallélisme unit les lois Huriet et Caillavet à la lecture des travaux parlementaires. Lors de l'examen de la loi Huriet, comme pour la loi Caillavet, les parlementaires s'appuient sur les textes préexistants. Le rapport du Sénat précise que « les déclarations internationales et les engagements nationaux stipulent sans ambiguïté la nécessité de ce consentement »<sup>771</sup>. Le principe du consentement ne fait pas non plus l'objet de discussions très développées. Il est davantage perçu comme un principe « fondamental », d'une telle évidence qu'il n'est pas nécessaire de le justifier. L'exposé des motifs de la proposition de loi sénatoriale indique par exemple qu'« il est essentiel que ce principe fondamental quant à l'information du sujet et quant à son consentement soit inscrit dans un texte de loi »<sup>772</sup> ou le rapport du Sénat souligne que « l'article L. 209-4 du Code de la santé publique énonce une nouvelle obligation fondamentale en posant le principe du consentement préalable libre et éclairé du sujet de toute recherche biomédicale »<sup>773</sup>. En séance publique à l'Assemblée, Bernard Charles, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, souligne que « l'exigence d'un consentement éclairé et libre est essentielle » et qu'« il s'agit d'un principe fondamental qu'il importait de fixer dans la loi » mais qu'« il est évident qu'en pratique le respect de cette obligation pourra poser un certain nombre de problèmes »<sup>774</sup>.

**193.** Il est essentiel de comprendre que, dans la loi Huriet, le consentement vise encore la protection de l'intégrité corporelle. L'exposé des motifs de la proposition de loi affirme ainsi que « celui-ci [le sujet de l'essai], qui accepte que soit porté atteinte à son intégrité corporelle, devra être pleinement informé et pourra à tout moment revenir sur son consentement »<sup>775</sup>. Il fait part du souhait de généraliser et intégrer au Code civil « le principe selon lequel il ne peut être porté atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans son consentement et sans y avoir été autorisé par la loi »<sup>776</sup>. Le consentement vise à protéger l'intégrité de la personne sans représenter pour

---

<sup>770</sup> L. n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Le titre II du nouveau livre II bis (« protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ») du Code de la santé publique est intitulé « du consentement ».

<sup>771</sup> C. Huriet, *Rapport n° 19, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur la proposition de loi n° 286 rect. bis, relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique*, Sénat, 11 oct. 1988, p. 31.

<sup>772</sup> Proposition de loi relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique, 2 juin 1988, p. 6 ([https://www.senat.fr/leg/1987-1988/i1987\\_1988\\_0286.pdf](https://www.senat.fr/leg/1987-1988/i1987_1988_0286.pdf)).

<sup>773</sup> C. Huriet, *Rapport n° 19, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur la proposition de loi n° 286 rect. bis, relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique*, Sénat, 11 oct. 1988, p. 31.

<sup>774</sup> JOAN n° 49, 1<sup>re</sup> séance du mercredi 23 nov. 1988, p. 2688.

<sup>775</sup> Proposition de loi relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique, 2 juin 1988, p. 5, en ligne : [https://www.senat.fr/leg/1987-1988/i1987\\_1988\\_0286.pdf](https://www.senat.fr/leg/1987-1988/i1987_1988_0286.pdf).

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 7-8. Il s'agit de l'article 3 de la proposition de loi.



autant la liberté de l'individu. Comme dans l'examen de la loi Caillavet, la libre disposition ou l'autonomie de la personne ne sont pas mentionnées. Tout au plus est mentionnée la « liberté d'accepter ou non une recherche », matérialisée par le consentement libre et éclairé, qui « doit être protégée »<sup>777</sup>.

Le consentement est, de fait, également à nouveau inscrit dans une justification humaniste<sup>778</sup>. Alors que la proposition de loi y fait peu référence<sup>779</sup>, l'intervention du rapporteur à l'Assemblée a un tout autre ton. Décrivant une « loi éthique qui adapte les droits de l'homme et du citoyen au développement des sciences et des techniques »<sup>780</sup>, il affirme que « c'est un texte de grande portée dont l'empreinte humaniste n'échappe à personne. C'est un grand pas pour adapter les droits de l'homme au défi du progrès »<sup>781</sup>. La dimension éthique de la loi semblerait pourtant avant tout reposer sur le principe même de la légalisation des recherches, qui a supposé de mettre en place des règles les encadrant, parmi lesquelles le consentement de la personne<sup>782</sup>. Comme pour la loi Caillavet, les considérations humanistes justifieraient un objectif d'efficacité médicale - ici la recherche biomédicale - malgré leur difficile compatibilité<sup>783</sup>. Ainsi, « tout indique en effet que la notion de “protection des personnes”, apparue tardivement dans la genèse du texte, a vraisemblablement constitué un renversement utile, permettant de rendre plus présentable devant le Parlement un projet de légalisation de l'expérimentation humaine [...]. Cela donnait une tonalité humaniste [...], une dimension “éthique” favorable à la discussion apaisée d'un texte d'une telle importance symbolique »<sup>784</sup>. Il ne faudrait pas pour autant estimer qu'il s'agit d'une manipulation de la part des parlementaires<sup>785</sup>, l'introduction de la « protection des personnes » jouerait une « fonction

---

<sup>777</sup> JO Sénat n° 20, séance du 12 oct. 1988, p. 537.

<sup>778</sup> N. Léchopier, « L'émergence de normes pour la recherche biomédicale. À l'origine de la loi Huriet (1975-1988) », *M/S : médecine sciences*, vol. 20, 2004, p. 377. L'auteur cite au soutien de cet argument la référence aux travaux parlementaires, en particulier la séance du 23 novembre 1988, JOAN, p. 2686.

<sup>779</sup> *Ibid.*

<sup>780</sup> JO AN n° 49, 1<sup>re</sup> séance du mercredi 23 nov. 1988, p. 2686 : « C'est une loi éthique qui adapte les droits de l'homme et du citoyen au développement des sciences et des techniques. À quelques mois de la fête du bicentenaire et de la Révolution française et donc de la Déclaration des droits de l'homme, c'est un symbole exemplaire. » V. aussi *ibid.*, p. 2687 : « La conception qu'ont médecins et chercheurs de l'intérêt scientifique et du respect de la personne humaine n'est pas toujours sans faille. Les expérimentations réalisées sous le III<sup>e</sup> Reich sont là pour nous le rappeler. » Ou encore *ibid.*, p. 2689 : « Ce texte offre une éthique publique et globale de la recherche biomédicale dans notre pays et peut être un exemple pour nos voisins. Pour une protection rigoureuse des personnes, compatible avec le nécessaire progrès de la science, l'ensemble des règles proposées peuvent être regroupées sous quatre idées fondamentales [...] ».

<sup>781</sup> *Ibid.*, p. 2689.

<sup>782</sup> N. Léchopier, « L'émergence de normes pour la recherche biomédicale. À l'origine de la loi Huriet (1975-1988) », *M/S : médecine sciences*, vol. 20, 2004, p. 377.

<sup>783</sup> *Ibid.*

<sup>784</sup> *Ibid.*

<sup>785</sup> *Ibid.* : « il ne s'agit pas ici de dire, cyniquement, que la référence à l'éthique et à la protection des personnes a permis au législateur d'avancer masqué pour “vendre le corps du citoyen” à l'industrie pharmaceutique [...] ».

d'écran »<sup>786</sup>. Elle en aurait fait l'objectif premier du texte et donc donné une place importante au « bénéfice individuel »<sup>787</sup>, alors que la protection de la personne se trouverait ailleurs : « en reconnaissant que des investigations scientifiques sur l'être humain existent, elle [la loi Huriet] a permis de les ancrer dans un ensemble de normes bien à propos »<sup>788</sup>. Parmi ces normes figure le consentement de la personne.

194. Quant à la portée du consentement de la personne qui fait l'objet de recherches médicales, issu de la loi de 1988, elle est en réalité limitée. Le consentement n'a pas été conçu comme un outil mettant en œuvre l'autonomie de la personne. Il s'inscrit davantage dans un ensemble de principes qui ne permettent pas cette autonomie au nom de certaines valeurs bioéthiques, parmi lesquelles la protection de l'intégrité corporelle. Ainsi, « dans la construction actuelle, la participation des sujets humains à une recherche biomédicale ne tire pas son caractère licite de la volonté des personnes qui y consentent, mais de l'autorisation de la loi qui régit l'ordre public - et en l'espèce la santé publique »<sup>789</sup>. Ce principe expliquerait pourquoi « il n'est pas donné aux personnes sollicitées et aux structures d'investigation le droit de contractualiser leurs relations : c'est la loi qui les régit entièrement et exclusivement »<sup>790</sup>. La loi Huriet doit être pensée au regard des principes et valeurs autour desquels elle s'articule<sup>791</sup>, qui montrent l'attention persistante à la protection de l'intégrité corporelle : « en déniant à la personne tout droit subjectif sur le corps qu'elle prête à l'expérimentation, elle protège des principes juridiques de notre droit, jugés fondamentaux par certains, mais dont le caractère universel est de plus en plus discuté. Et ce faisant, elle prive d'une part essentielle de leur autonomie les personnes qui se prêtent à des recherches. »<sup>792</sup> Le consentement est loin de

---

<sup>786</sup> *Ibid.*

<sup>787</sup> *Ibid.* : « En donnant à penser que le texte avait d'abord pour motif de protéger les personnes, elle conduit naturellement à faire jouer un rôle cardinal à la notion de bénéfice individuel. »

<sup>788</sup> *Ibid.*

<sup>789</sup> A. Fagot-Largeault, P. Amiel, *Enquête sur les pratiques et conceptions de l'information et du recueil du consentement dans l'expérimentation sur l'être humain*, Mission recherche, Collège de France, 2000, p. 14.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 14. Il faut penser la loi Huriet au regard du droit applicable antérieurement : « La loi Huriet règle le problème auquel étaient confrontés les investigateurs avant la loi : les expérimentations sur l'être humain exposaient, en théorie, à des sanctions pénales (correctionnelles, voire criminelles), et cela, que les sujets aient ou non consenti puisque la loi, par principe, ne reconnaît pas à la personne le droit d'autoriser elle-même une atteinte à son intégrité corporelle. En d'autres termes, la loi Huriet autorise les chercheurs, comme ils le souhaitent, à expérimenter sur l'être humain. Elle autorise les personnes à y participer, mais ne leur reconnaît aucun droit autre que celui de refuser ou d'accepter cette participation. Notamment, la loi ne reconnaît aux personnes aucun "droit à participer". [...] Elle ne reconnaît pas non plus au patient le droit d'être informé des résultats de l'essai auquel il a participé. » (*Ibid.*, p. 15)

<sup>791</sup> *Ibid.*, p. 15 : « La loi Huriet sert l'intérêt collectif et protège l'ordre public. Elle protège également des principes.

<sup>792</sup> *Ibid.* Or, « ces principes et leur application dans l'expérimentation humaine ne pourront probablement plus très longtemps échapper à une remise en débat. En donnant de la visibilité, la loi Huriet a favorisé le processus d'intégration de la recherche biomédicale dans la culture de notre société. Le public est bien disposé. La notion de

constituer la portée d'entrée de l'autonomie dans le droit biomédical français. À l'inverse, il fait partie d'un ensemble de règles ayant pour fin la personne et visant notamment à protéger son intégrité corporelle.

## **§2. La persistance de l'influence humaniste sur le consentement corporel**

**195.** L'influence humaniste sur le consentement corporel a persisté. L'élaboration des lois bioéthiques n'abandonne pas le lien établi précédemment entre consentement et intégrité corporelle, malgré l'apparition de nouveaux principes, la liberté et l'autonomie de la personne. Signe de son importance, la conception du consentement à partir de la protection humaniste de l'intégrité corporelle s'étend au-delà du droit biomédical.

**196.** La conception humaniste du consentement a été intégrée au « modèle bioéthique français »<sup>793</sup> (A) et généralisée dans le domaine corporel (B).

### **A. Une intégration dans le « modèle bioéthique français »**

**197.** Le consentement est intégré dans le « modèle bioéthique français »<sup>794</sup> élaboré à partir de la fin des années 1980 et consacré dans les trois lois bioéthiques de 1994. Toujours intimement lié à la protection de l'intégrité du corps humain dans l'élaboration des lois, il est rapproché de la liberté et de l'autonomie de la personne dans les discours sur le droit qui témoignent des tensions dans l'élaboration du droit biomédical. Les équilibres observables aujourd'hui se forment peu à peu à cette période.

**198.** Trois lois relatives à la bioéthique sont adoptées en 1994 : une loi posant les principes généraux relatifs du respect du corps humain<sup>795</sup> et deux lois plus précises, l'une adoptant des dispositions sur le traitement de données<sup>796</sup> et l'autre régissant la question du don et de

---

“contrat de recherche” entre investigateur et patient, que les parties utilisent aujourd'hui métaphoriquement, devrait pouvoir, à terme, trouver une traduction juridique - et, dans certains cas, économique - raisonnable ».

<sup>793</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018. L'expression était déjà utilisée par Irène Théry, mais à propos des normes relatives à la procréation (v. notamment I. Théry, « Les ambiguïtés du modèle bioéthique français », *Esprit*, n° 11, 2010, p. 32).

<sup>794</sup> V. note précédente.

<sup>795</sup> L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

<sup>796</sup> L. n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

l'utilisation des éléments et produits du corps humain et les questions procréatives<sup>797</sup>. L'examen de ces trois lois a été précédé de très nombreuses contributions<sup>798</sup>, parmi lesquelles l'étude du Conseil d'État *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*<sup>799</sup>, le rapport de Noëlle Lenoir *Aux frontières de la vie*<sup>800</sup>, le rapport de Franck Sérusclat pour l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques *Sciences de la vie et droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française*<sup>801</sup>, le rapport d'information de commissions de l'Assemblée nationale<sup>802</sup> et un avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme concernant les projets de loi sur la bioéthique<sup>803</sup> - sans compter tous les avis produits par le Comité consultatif national d'éthique depuis 1984. Les travaux préparatoires *stricto sensu* sont composés du rapport Bioulac à l'Assemblée nationale<sup>804</sup> et des rapports de trois commissions au Sénat<sup>805</sup>.

<sup>797</sup> L. 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.

<sup>798</sup> V. D. Borrillo, *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022 ; D. Mehl, *Les lois de l'enfantement*, Paris : Presses de Sciences Po, 2011, p. 171 et s. ; D. Mehl, « L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie : les choix médicaux en matière de procréation*, M. Iacub, P. Jouannet (dir.), Paris : La Découverte, 2001, p. 51. Les développements qui suivent se limiteront essentiellement à trois sources. D'une part, le rapport Braibant qui représente le premier rapport général sur la bioéthique de cette période (notons qu'un rapport sur les procréations avait déjà été remis au Premier ministre en 1989 : M.-O. Alnot, C. Labrusse-Riou, J. Mandelbaum, *Les procréations artificielles : rapport préliminaire au Premier ministre*, Paris : La Documentation française, 1986) ; d'autre part, le rapport Bioulac, qui constitue le rapport précédant la première lecture à l'Assemblée ; enfin, les discussions en séance publique à l'Assemblée nationale.

<sup>799</sup> G. Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, Rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d'État, Paris : La Documentation française, 1988.

<sup>800</sup> N. Lenoir, B. Sturlèse, *Aux frontières de la vie*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation française, 1991.

<sup>801</sup> F. Sérusclat, *Rapport n° 2588 (AN) et n° 262 (Sénat) sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, OPESCT, 28 févr. 1992.

<sup>802</sup> B. Bioulac, *Rapport d'information n° 2565, déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales et la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'Administration générale de la République : sur la bioéthique*, Assemblée nationale, 18 févr. 1992.

<sup>803</sup> CNCDDH, Avis concernant les projets de loi sur la bioéthique, Avis, 11 juin 1992.

<sup>804</sup> B. Bioulac, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992.

<sup>805</sup> J. Chérioux, *Rapport n° 236, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 67, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, Sénat, 12 janv. 1994 ; G. Cabanel, *Rapport n° 230, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 66, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au corps humain*, Sénat, 12 janv. 1994 ; A. Türk, *Rapport n° 209, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 68, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Sénat, 21 déc. 1993.

199. Les trois lois régulent en droit français les questions bioéthiques et prévoient des principes généraux applicables dans la matière. Elles instituent de très nombreuses exigences de consentement<sup>806</sup>. Elles sont élaborées dans un contexte de craintes à l'égard des progrès scientifiques depuis le milieu des années 1980, notamment dans le domaine de la procréation<sup>807</sup>. Les discours critiques vis-à-vis des développements scientifiques ont eux-mêmes été mis en question : une « diabolisation de la science » et une « instrumentalisation du discours médical »<sup>808</sup>, notamment par les juristes<sup>809</sup>, ont été dénoncées. Un « climat de méfiance vis-à-vis de la recherche » aurait ainsi entouré l'élaboration et l'adoption des lois bioéthiques de 1994<sup>810</sup>. Or, ces prises de position pourraient avoir influencé l'orientation donnée au consentement. Il a ainsi été soutenu que « cette manière sensationnaliste de présenter les avancées scientifiques contribue à la création d'un sentiment de soupçon vis-à-vis de la capacité de l'être humain à disposer de sa propre liberté »<sup>811</sup>. Si cette critique semble tout à fait pertinente au regard du contexte bioéthique français en général, une lecture *a posteriori* des discours à l'occasion de l'adoption des premières lois bioéthiques montre plutôt un infléchissement inverse dans les discours politiques. Le consentement est ancré dans une perspective humaniste qui se concrétise en tant que pensée bioéthique française à travers la protection de l'intégrité corporelle. Cela étant, à la différence de la période précédente, le consentement est en même

---

<sup>806</sup> On y compte le principe du consentement en matière d'atteinte à l'intégrité du corps humain, le consentement, par le donneur vivant, d'éléments ou produits de son corps, le consentement de la personne sujet d'une recherche biomédicale, le consentement des parents d'intention qui recourent à une assistance médicale à la procréation, le consentement, devant le notaire, des parents d'intention qui recourent à une assistance médicale à la procréation exogène, ainsi que tous les consentements spéciaux, par exemple pour chaque type de don d'élément ou de produit du corps humain.

<sup>807</sup> V. P. Drouin, « "Science sans conscience..." », *Le Monde*, 20 sept. 1986. Il faut par ailleurs noter l'arrêt de ses recherches par Jacques Testart, dont l'équipe travaillait sur les premières fécondations *in vitro* (J.-Y. N., « Le "non" du professeur Testart », *Le Monde*, 10 sept. 1986 ; v. aussi J. Testart, É. Conan, J.-L. Schlegel, « L'"effet Testart" trois ans après : Entretien avec Jacques Testart », *Esprit*, vol. 11, n° 156, 1989, p. 52). En outre, en 1986, le CCNE « recommande un "moratoire" des recherches qui visent à permettre la réalisation d'un diagnostic génétique (diagnostic chromosomique ou génétique, diagnostic de sexe) avant transplantation » (CCNE, *Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, Avis n° 8, 15 déc. 1986, p. 11 ; v. aussi CCNE, *Avis sur les recherches sur l'embryon soumises à moratoire depuis 1986 et qui visent à permettre la réalisation d'un diagnostic génétique avant transplantation*, Avis n° 19, 18 juill. 1990).

<sup>808</sup> D. Borrillo, *op. cit.*, p. 75.

<sup>809</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>810</sup> *Ibid.*

<sup>811</sup> *Ibid.* p. 78. V. aussi D. Mehl, « L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie : les choix médicaux en matière de procréation*, M. Iacub, P. Jouannet (dir.), Paris : La Découverte, 2001, p. 51 : « Dès les premières expériences de procréation artificielle, un courant qui en appelle à la loi et en souligne inlassablement l'urgence s'exprime avec vigueur dans le débat public. Cette pensée recrute nombre d'adeptes dans les milieux juridiques. Elle rencontre un écho très favorable auprès de tous ceux qui se méfient de la PMA, portant l'accent sur ses dangers potentiels et ses dérives incarnées par l'évocation d'un "droit à l'enfant" ou par la tentation eugéniste. L'appel à la loi rime avec défiance envers la science, les scientifiques mais aussi les patients potentiels. Le droit est requis pour contrecarrer l'inflation du pouvoir médical et scientifique. Il est mobilisé pour contredire l'hypertrophie de la permissivité en matière de mœurs. Il est convoqué pour protéger l'humanité contre un Hiroshima de la biologie. »

temps progressivement inscrit dans la recherche de l'« autonomie », de la « libre disposition » ou de la « liberté » de la personne dont il serait une expression.

**200.** En 1994, le consentement devient une condition générale de l'atteinte à l'intégrité du corps humain, interdite par principe par le nouvel article 16-3 du Code civil. En ce sens, et par sa place dans le Code civil, le consentement acquiert désormais un statut de principe général en matière biomédicale en étant intimement lié à la protection de l'intégrité corporelle. Pourtant, le rapport Braibant et les travaux parlementaires, qui adoptent chacun des cadres d'analyse propres, inscrivent désormais tous les deux aussi le consentement dans le cadre du respect de la liberté et de l'autonomie de la personne.

**201.** Le rapport Braibant offre une pensée de la régulation de la bioéthique par le droit. Il conceptualise une structuration du droit biomédical autour de la conciliation de grands principes. Le rapport distingue d'abord les approches civilistes et publicistes du lien entre la personne et le corps. La première est contractuelle, limitée par un principe d'indisponibilité du corps<sup>812</sup>, qui n'est pourtant pas consacré explicitement à la loi et fait l'objet d'exceptions<sup>813</sup>. La seconde est pensée sous l'angle de la « liberté d'en disposer »<sup>814</sup>, car elle est fondée sur les « rapports de la personne et de l'État »<sup>815</sup>. Le rapport retient certains principes, généraux ou typiquement français, et laisse les « pouvoirs publics » prendre position sur d'autres<sup>816</sup>. Dans ce cadre, le rapport considère le consentement comme un principe qui fait « l'objet d'un consensus en France et à l'étranger »<sup>817</sup>. C'est aussi le cas de la dignité, à la différence de principes propres à la France, comme la gratuité ou la finalité thérapeutique<sup>818</sup>. Au cours de son analyse, le rapport lie le consentement à la liberté ou la disposition de soi. Ainsi, lorsqu'il mentionne le consentement aux essais sur l'homme, le rapport estime que « dans le conflit entre liberté de disposition et protection de l'individu, c'est la seconde qui doit l'emporter dans l'intérêt des personnes en cause »<sup>819</sup>. Autrement dit, le consentement correspondrait à la disposition de soi, même si cette dernière est finalement limitée par l'objectif de protection de la personne. La même conception du consentement se retrouve dans le domaine de l'assistance médicale à la

---

<sup>812</sup> G. Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d'État, Paris : La Documentation française, 1988, p. 16.

<sup>813</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>814</sup> *Ibid.*

<sup>815</sup> *Ibid.*

<sup>816</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>817</sup> *Ibid.*

<sup>818</sup> *Ibid.*

<sup>819</sup> *Ibid.*, p. 25.

procréation, qui est une « consécration de la valeur, mais non de l'absolutisme de la volonté individuelle »<sup>820</sup>. Le Conseil d'État, dans le même temps, continue à fonder le consentement sur la protection de l'intégrité corporelle : « le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, principe sinon absolu, du moins très fort [...] exige [...] que soit recueilli le consentement de la personne intéressée dans tous les cas [...] »<sup>821</sup>. L'analyse en termes de liberté ne remplace pas le lien étroit unissant le consentement à la protection de l'intégrité de la personne, mais s'y ajoute. Le consentement participe de la protection du corps de la personne au titre de la protection de l'humanité, comme de la valorisation de la volonté individuelle de chaque individu.

**202.** Le rapport Bioulac et les travaux parlementaires adoptent une conception plus politique et moins juridique que le Conseil d'État, rythmée par des préoccupations individuelles reflétant des conceptions de la bioéthique parfois différentes entre elles. Les éventuelles limitations du consentement en cas d'atteinte à l'intégrité du corps humain révèlent ainsi une ambivalence entre l'inviolabilité du corps et la liberté de la personne, comme dans le rapport Braibant. Dans cette perspective, le consentement est conçu, davantage qu'avant, comme un instrument assumé d'une liberté toutefois limitée. Le rapport note par exemple que « le consentement de la personne ne suffit pas pour justifier l'atteinte à l'intégrité du corps : encore faut-il que cette atteinte soit fondée sur un intérêt légitime, ce qui permet notamment de protéger l'individu contre lui-même »<sup>822</sup>. Ainsi, « en énonçant d'abord la nécessité du consentement, puis celle de l'intérêt légitime, le projet a choisi de placer l'accent sur l'individu et sur la liberté individuelle plutôt que sur le corps social »<sup>823</sup>. Pour autant, le consentement ne peut permettre à lui seul une atteinte à l'intégrité corporelle. Présentant les travaux de commission en séance publique, Bernard Bioulac souligne que « la commission [...] a tenu à préciser en premier lieu que seules la nécessité thérapeutique ou la loi autorisent une atteinte à l'intégrité du corps, afin de souligner

---

<sup>820</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>821</sup> *Ibid.*, p. 38. Cette affirmation est formulée à propos du don d'éléments et produits du corps humain. Le Conseil d'État poursuit en précisant que « le consentement fonde le don et le permet, qu'on l'analyse en terme de participation à un contrat ou de geste de générosité et d'altruisme au bénéfice de la société toute entière. C'est pourquoi il doit être libre et éclairé, exprès, donné de façon positive et toujours révoquant » (*ibid.*, p. 38-39). En affirmant le caractère positif du consentement au don, le rapport se prononce contre le système du consentement présumé consacré dans la loi Caillavet (*ibid.*, p. 39).

<sup>822</sup> B. Bioulac, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 1, p. 118.

<sup>823</sup> *Ibid.*

que, même s'il y a volonté de l'individu, ce garde-fou ne peut être supprimé »<sup>824</sup> et qu'« elle a précisé que le consentement, même fondé sur un intérêt thérapeutique, ne peut justifier de porter atteinte à la santé d'autrui ou à celle des générations futures »<sup>825</sup>.

**203.** En séance publique à l'Assemblée nationale, ces deux approches du consentement sont liées. Le ministre de la Recherche estime par exemple que « le premier principe [l'inviolabilité] protège toute personne contre les atteintes qui seraient portées à son corps sans son consentement et qui ne seraient pas fondées sur un intérêt légitime. Ainsi est assuré le respect de la volonté individuelle sans méconnaître pour autant les impératifs du cadre social »<sup>826</sup>. De même, il est affirmé que le consentement du donneur « est le pendant du principe de l'inviolabilité du corps humain »<sup>827</sup>. Michel Vauzelle, garde des Sceaux, refuse de supprimer la référence à l'intérêt légitime « car il traduit l'idée qu'au-delà de la volonté individuelle, une atteinte corporelle doit trouver sa justification au plan social [...] »<sup>828</sup>. Ou encore, Jacques Toubon « distingue deux axes essentiels » : « l'exigence de l'indication médicale », qui limite l'action du médecin et du patient, et « l'autonomie de la volonté », principe selon lequel « nous devons consentir quand c'est nécessaire ; mais si nous ne consentons pas, on ne peut agir contre notre volonté »<sup>829</sup>. Le consentement s'inscrit dans l'objectif premier de respect de l'intégrité corporelle de la personne et d'inviolabilité du corps humain. Il est aussi désormais formellement associé, dans les discours, à l'autonomie et la libre disposition du corps. Ce paradigme est conservé à la suite de l'alternance politique à l'Assemblée nationale et la refonte du projet en 1994<sup>830</sup> qui, notamment après le rapport Mattei<sup>831</sup>, prend pourtant un tour plus conservateur<sup>832</sup>.

---

<sup>824</sup> JOAN n° 94, 1<sup>re</sup> séance du 19 nov. 1992, p. 5719.

<sup>825</sup> *Ibid.*

<sup>826</sup> *Ibid.*, p. 5726 (intervention de Bernard Kouchner, ministre de la santé et de l'action humanitaire).

<sup>827</sup> JOAN n° 94, 1<sup>re</sup> séance du 19 nov. 1992, p. 5729.

<sup>828</sup> JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, p. 5839, à propos de l'article 19 du Code civil dans le projet de loi ; v. aussi JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, p. 5826.

<sup>829</sup> JOAN n° 95, 2<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, p. 5792. Pour Jacques Toubon, « tout le dispositif doit être fondé sur l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire sur l'intelligence et sur la capacité des gens à se déterminer. Autrement dit, on a pris en compte les apports des philosophes en la matière depuis maintenant deux ou trois siècles ainsi que ce que nous avons déjà mis en œuvre - peut-être pas suffisamment dans certains cas ».

<sup>830</sup> Pour la brève discussion sur le futur article 16-3 C. civ., v. JOAN, 1<sup>re</sup> séance du 19 avr. 1994, p. 924.

<sup>831</sup> J.-F. Mattei, M. Gaüzère, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation française, 1994.

<sup>832</sup> Pour Dominique Mehl, l'alternance politique lors de l'examen de la loi bioéthique, marquée de l'empreinte de Jean-François Mattei, propose une conception du droit bioéthique plus protectrice du corps, dans une perspective conservatrice : « Jean-François Mattei entre alors en piste, à l'initiative d'Édouard Balladur. Plus que ses prédécesseurs, il consulte les autorités religieuses. Il développe une approche philosophique fondée sur "l'heuristique de la peur" énoncée par Hans Jonas. Il met en garde contre l'anomie qui caractériserait nos sociétés individualistes contemporaines. Le corps humain, toujours choyé, est désormais "sacralisé" et pas seulement "respecté". La crainte des dérives, vers la complaisance, la convenue, le caprice individuel, l'enfant à tout prix ou l'enfant parfait inspire le rapport qu'il remet un an plus tard au Premier ministre. Les propositions concrètes de mise en forme législative ne diffèrent pas beaucoup de celles prévues dans le premier projet. En effet, celles-ci



**204.** La conception amendée du consentement biomédical se retrouve en 1998 dans l’avis du Comité consultatif national d’éthique consacré au consentement bioéthique<sup>833</sup>. À cette occasion, l’institution place le consentement dans le prisme de l’autonomie. Une analyse aussi claire est permise par la nouvelle description des enjeux bioéthiques que produit alors l’instance. Ses membres posent en effet le cadre de « deux positions éthiques » : « l’une [...] fondée sur le principe de bienfaisance (ou de non-malfaisance), l’autre [...], fondée sur le principe du respect des personnes dans leur autonomie »<sup>834</sup>. Le Comité consultatif national d’éthique note une évolution de la première à la seconde<sup>835</sup>, tout en se gardant ouvertement d’indiquer quel modèle serait le plus éthique<sup>836</sup>.

**205.** Le Comité consultatif national d’éthique, face à ce qui semble bien être un mouvement nouveau, compliqué à appréhender, cherche à souligner l’originalité de la position française au sein de ce cadre bioéthique. Selon lui, en France, « s’agissant du corps et de la santé, le respect de la personne est justifié par le principe de l’inviolabilité du corps humain, plus souvent que par la liberté qu’aurait la personne de décider ce qu’elle veut pour elle-même »<sup>837</sup>. Autrement dit, le modèle bioéthique français ne suivrait pas tout à fait l’évolution bioéthique générale et serait encore proche du modèle fondé sur la bienfaisance, plutôt que celui fondé sur l’autonomie. Ainsi, pour l’institution, « dans l’état actuel des choses le citoyen ne dispose pas pleinement d’un “droit de disposer de son corps” » et « l’État exerce un “droit d’ingérence” »<sup>838</sup>. Il en donne pour exemple la limitation de certains actes en droit français, comme la stérilisation

---

étaient déjà fortement marquées du sceau de la prudence et de la volonté de contrôler. Mais, tant dans le rapport rédigé par le député UDF que lors des débats qui vont suivre à l’Assemblée nationale puis au Sénat en janvier 1994, le ton est donné. La façon dont la bioéthique est abordée se trouve sensiblement infléchie. Pour des dérives et nécessité des interdits dominant. Le centre de gravité de la controverse se déplace, de l’évaluation des bienfaits et méfaits de la technologie vers une polarisation obsédante sur les dégâts du progrès. » (D. Mehl, *Les lois de l’enfantement*, Paris : Presses de Sciences Po, 2011, p. 179 et s.)

<sup>833</sup> CCNE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, Avis n° 58, 12 juin 1998.

<sup>834</sup> *Ibid.*, p. 3 (non paginé) : « Le rapport qui suit distingue deux positions éthiques : l’une (dite “téléologique”) fondée sur le principe de bienfaisance (ou de non-malfaisance), l’autre (dite “déontologique”), fondée sur le principe du respect des personnes dans leur autonomie. En situation de soin ou de recherche biomédicale, on doit toujours s’efforcer de faire le plus de bien (et le moins de mal) possible, tout en respectant la liberté de décision des personnes qu’on cherche à aider. Autrement dit, on doit toujours tendre à concilier les deux principes. Il y a cependant des cas où les deux principes entrent en conflit. »

<sup>835</sup> *Ibid.* : « L’évolution décrite ci-après est une évolution (encore incertaine) d’un état de la société où l’on mettait l’accent sur le principe de bienfaisance (les médecins détenant la connaissance de ce qui est le “bien” dans le domaine de la santé), à un état de la société où l’on respecte davantage le droit des individus à choisir leur propre “bien” et à participer aux décisions les concernant. »

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 3 : « Cette évolution n’est en soi ni bonne ni mauvaise : elle est un “choix de société”, elle va avec le choix de vivre dans une société plus démocratique. »

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 10.

à visée contraceptive<sup>839</sup>. Ce constat trouverait plusieurs explications : une explication politique, celle d'un modèle politique paternaliste qui peut en venir à privilégier la protection des individus au respect de leur volonté, mais aussi une explication éthique au fondement des pratiques biomédicales<sup>840</sup>.

**206.** Fort de cette description des polarisations bioéthiques, le Comité consultatif national d'éthique inscrit explicitement le consentement dans cette analyse. Selon lui, le consentement occupe une place limitée en droit français dans la mesure où les actes médicaux et les atteintes corporelles sont justifiés non pas par le consentement mais par la nécessité thérapeutique<sup>841</sup>. Ainsi, le consentement joue un rôle faible du fait de l'inscription de la législation française dans la doctrine de la bienfaisance et de la protection de la personne. Toutefois, le Comité constate que le consentement est de plus en plus utilisé dans le domaine bioéthique, ce dont il déduit un recul de cette première doctrine, au profit de celle « de la responsabilité individuelle »<sup>842</sup> et donc de l'autonomie. À nouveau, le Comité consultatif national d'éthique ne prend pas position sur l'évolution constatée. Il se demande si cela résultera en « une relation patient-médecin réellement contractuelle », c'est-à-dire le choix de la position autonomiste, ou une « conciliation » entre les deux doctrines<sup>843</sup>. L'institution offre en même temps une lecture du consentement particulièrement intéressante, tournée vers l'autonomie. Cette appréhension du

---

<sup>839</sup> *Ibid.* : « C'est sur ce fond que se pose notamment la question de savoir si, toujours et en toutes circonstances, le citoyen peut "disposer pleinement de son corps". Toujours est-il que la tradition française a conduit à des excès comme l'interdiction des vasectomies pour convenance personnelle, l'accès "indirect" au dossier médical, etc. Dans l'état actuel des choses le citoyen ne dispose pas pleinement d'un "droit de disposer de son corps". L'État exerce un "droit d'ingérence", à la fois au nom de la solidarité collective (ex. vaccinations obligatoires, consentement présumé au don d'organe), et afin de protéger les individus contre des conduites dangereuses auxquelles ils risqueraient de s'exposer inconsidérément (ex. stérilisation, toxicomanie, clonage à visée reproductive). »

<sup>840</sup> *Ibid.* : « On peut penser que cette attitude est liée à une longue tradition de l'État protecteur et centralisateur, qui empêche les citoyens de s'égarer dans des conduites périlleuses en fixant des limites à ce qu'ils sont autorisés à vouloir pour eux-mêmes. Mais, il se peut aussi que cette tendance ne soit que l'amplification spécifique (contestable et sans doute dommageable dans certains cas) d'une vérité éthique plus fondamentale, sans laquelle la sollicitude nécessaire à l'intervention auprès d'autrui et aux soins qui lui sont nécessaires serait privée de fondements. »

<sup>841</sup> *Ibid.*, p. 10 : « Dans cette perspective, qui est encore en partie celle des "lois de bioéthique" de 1994, les médecins sont investis par l'État d'une mission de protection, et ce qui fonde le droit du médecin à intervenir sur le corps d'autrui, ce n'est pas le consentement d'autrui, c'est la "nécessité thérapeutique". »

<sup>842</sup> *Ibid.* : « La référence plus fréquente à la nécessité du consentement montre toutefois que la doctrine selon laquelle le patient doit être protégé (y compris contre lui-même) est en train de céder du terrain à la doctrine de la responsabilité individuelle. »

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 10-11 : « Mais il est clair qu'en France, et généralement en Europe, cette évolution cherche encore les voies de sa progression. Il est impossible de prédire actuellement si elle aboutira à une relation patient-médecin réellement contractuelle, ou s'il s'inventera en Europe une voie spécifique, tendant à concilier autant que possible les exigences du principe d'autonomie et celles du principe de bienfaisance, où le praticien, tout en étant attentif aux volontés exprimées par le patient, conserverait la responsabilité des décisions, en veillant au respect d'une discipline collective jugée bienfaisante pour les individus. »

consentement n'est d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté. Dans ses recommandations, le Comité lie le consentement à la faculté de « pouvoir se déterminer librement (autonomie de la volonté) »<sup>844</sup>. Mais il estime aussi au début de son avis que le recours au consentement maintient l'idée d'une « initiative » laissée au médecin à laquelle le patient répond : « impression d'inégalité [...] corrigée » par le recours au vocabulaire de « participation » ou de « choix éclairé »<sup>845</sup>. Pour le Comité consultatif national d'éthique, le recours croissant au consentement signe une évolution vers une appréhension autonomiste de la bioéthique, mais certains termes expriment plus parfaitement cette conception bioéthique. Le Comité pointe ainsi les limites de cette conception du consentement.

**207.** Cet avis du Comité consultatif national d'éthique est central en raison du contexte dans lequel il s'inscrit. Après les lois bioéthiques, il rend compte de la conceptualisation d'une certaine éthique par ses membres, faisant des oppositions devenues aujourd'hui topiques dans les discours sur les consentements bioéthiques. Ainsi, dans son étude de 2018 sur le « modèle bioéthique français », le Conseil d'État estimait que « le cadre juridique français est inspiré par une conception particulière du corps humain, qu'il n'a pourtant jamais défini. Elle se traduit par un équilibre entre les trois notions de dignité, liberté et solidarité, qui conduit à conférer une place de premier plan à la notion de dignité »<sup>846</sup>. La lecture du cadre bioéthique français proposée par le Comité consultatif national d'éthique en 1998 se trouve ainsi confirmée vingt ans plus tard et, malgré la place offerte au consentement, il faut bien constater que le modèle autonomiste n'est pas pour autant dominant selon le Conseil d'État.

## B. Une généralisation dans le domaine corporel

**208.** L'influence humaniste n'a pas quitté le consentement dans le domaine corporel. À la fin des années 1990, la conceptualisation idéologique est bien établie et sa généralisation se retrouve dans les travaux parlementaires des années suivantes. Cette conception est ainsi

---

<sup>844</sup> *Ibid.*, p. 18 : « L'acte de consentir suppose une double compétence (ou aptitude, ou capacité) : il faut pouvoir comprendre (clarté de l'entendement ou intellect), et pouvoir se déterminer librement (autonomie de la volonté). »

<sup>845</sup> *Ibid.*, p. 6 : « L'emploi du terme "consentement" présuppose que le médecin, dépositaire d'un savoir technique, a l'initiative de proposer une ou des solutions au problème posé par le patient ; le patient accepte ou refuse, il ne propose pas. Cette impression d'inégalité entre celui qui sait et celui qui ne sait pas est corrigée par la notion que le patient "participe" à la décision, voire que le patient est ultimement l'auteur du "choix éclairé" et celui qui, par son consentement à l'acte proposé, confère au médecin un droit d'intervention que le médecin ne peut pas s'arroger lui-même. »

<sup>846</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 36.

développée à propos de l'injonction de soins. Lors de l'examen de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs<sup>847</sup>, Claude Huriet et Jean-Louis Lorrain proposent de remplacer la condition de consentement à l'injonction de soins (« aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement »<sup>848</sup>) par un « droit à refuser le traitement »<sup>849</sup>. Claude Huriet avait élaboré la loi fondatrice encadrant les recherches biomédicales et se sert de la conception du consentement alors développée pour l'étendre à la question de l'injonction de soins. Il fait ainsi appel à la notion de consentement libre et éclairé développé dans la loi sur les recherches biomédicales, afin de l'étendre à l'injonction de soins<sup>850</sup>. Cela lui permet de souligner les carences du consentement à l'injonction de soins : « Les conditions dans lesquelles le consentement du condamné est recueilli empêchent de savoir s'il s'est prononcé en faisant usage de son libre arbitre ou si, à l'inverse, il a agi pour éviter une incarcération. Dans l'acception qui prévaut d'un point de vue éthique, le consentement devrait être libre et éclairé et l'on pourrait douter de la liberté d'un consentement qui, en cas de refus, aurait pour conséquence une incarcération. »<sup>851</sup> Claude Huriet contribue ainsi à développer une notion de consentement en droit, liée à sa conception éthique : « ce n'est pas une question de purisme, mais c'est la signification profonde du consentement qui est en jeu [...] »<sup>852</sup>. La vision idéologique du consentement est désormais bien affirmée et les parlementaires la rattachent partiellement à la liberté de la personne. Cette conception est le fruit des interactions désormais faites entre les différents projets de loi qui prévoient l'exigence de consentement dans le domaine corporel.

**209.** Le consentement à l'acte médical devient un droit du patient, ce qui illustre l'évolution du paradigme initial. Précisément, la construction du respect de la « décision » du patient se réalise au-delà de la simple référence au consentement. Cette consécration n'est intervenue que très tardivement en droit français, à l'occasion de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner. L'évolution suit le mouvement général qui accompagne le développement du consentement en droit biomédical, d'abord

---

<sup>847</sup> L. n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

<sup>848</sup> JO Sénat n° 57, séance du 29 oct. 1997, p. 3100.

<sup>849</sup> *Ibid.*

<sup>850</sup> *Ibid.* : « Dans le cadre d'un protocole thérapeutique, le consentement d'un patient est considéré comme valable lorsque celui-ci a pu effectuer son choix de manière "libre et éclairée". Tel n'est pas à l'évidence le cas dans ce projet de loi, puisque le refus du condamné est automatiquement assorti d'une peine privative de liberté pour une période maximale de cinq ans. »

<sup>851</sup> *Ibid.*

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 3101.

élaboré à l'occasion de la régulation de la recherche sur la personne humaine. Le consentement éclairé permet au patient de « pouvoir décider »<sup>853</sup>, mais n'est plus la seule expression de sa volonté. Ainsi, le rapport désigne « le droit de les refuser » comme « son corollaire »<sup>854</sup>. Cette disposition « donne une base législative à l'exigence éthique fondamentale selon laquelle le malade a le droit d'accepter ou de refuser ce que le médecin lui propose »<sup>855</sup>. Le vocabulaire de la décision est d'autant plus présent. La « prise de décision » est ainsi préférée à la « simple participation du patient »<sup>856</sup> et distinguée de l'obligation de recueillir le consentement<sup>857</sup>. De même, l'exigence d'un consentement écrit « pour rassurer le médecin » est critiquée en raison du nouveau paradigme de la participation du patient<sup>858</sup>. Quatorze ans plus tard, la loi *Claeys-Leonetti* renforce encore davantage l'aspect décisionnel de la relation entre patient et médecin, qui prend le pas sur la condition de consentement, en ajoutant que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »<sup>859</sup>.

**210.** Cette conception du consentement dépasse le débat bioéthique et se trouve dans d'autres lois relatives au corps de la personne. Le lien indissociable entre consentement et protection de l'intégrité physique s'établit en dehors du domaine purement bioéthique et reflète une conception commune du consentement en la matière. Deux exemples en témoignent : le consentement à l'interruption volontaire de grossesse et le consentement en matière sexuelle.

**211.** Le droit encadrant l'interruption volontaire de grossesse ne prévoit pas de condition de consentement autre que celle prévue de manière générale pour les actes médicaux, mais l'absence de consentement à l'interruption volontaire de grossesse est sanctionnée à l'article 223-10 du Code pénal. Or, précisément, cette infraction a été conçue comme une

---

<sup>853</sup> C. Evin, B. Charles, J.-J. Denis, *Rapport n° 3263, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi n° 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Assemblée nationale, 18 sept. 2001, vol. 1, p. 10.

<sup>854</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>855</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>856</sup> *Ibid.*, p. 60 : « La commission a rejeté un amendement de M. Jean-Michel Dubernard proposant la simple participation du patient à la prise de décision concernant sa santé alors que, comme l'a indiqué M. Jean-Jacques Denis, rapporteur (titre I<sup>er</sup>), le projet lui donne à cet égard un pouvoir de décision. »

<sup>857</sup> *Ibid.*, p. 60 : « La commission a adopté un amendement de M. Jean-Jacques Denis, rapporteur (titre I<sup>er</sup>), visant à distinguer les droits du malade à prendre des décisions sur sa santé de l'obligation des professionnels de recueillir son consentement. »

<sup>858</sup> JOAN n° 54, 2<sup>e</sup> séance du 3 oct. 2001, p. 5448 : « aux états généraux de la santé, les patients ont exprimé le souhait de devenir de véritables acteurs de leur propre santé. Ils seront appelés à suivre les prescriptions et, à la lumière des informations requises, ils décideront conjointement avec leur médecin de prendre ou non le traitement » (intervention de Jean-Jacques Denis, rapporteur).

<sup>859</sup> L. n° 2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, dite loi *Claeys-Leonetti*, art. 5 (CSP, art. L. 1111-4, al. 2).

atteinte à l'intégrité physique de la personne par les parlementaires<sup>860</sup>. Lors de l'examen de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, le rapport à l'intégrité physique est mis en avant par la rapporteure du texte. Elle souhaite en effet justifier le maintien de l'article 223-10 dans le Code pénal, alors que les autres dispositions pénales sur l'interruption volontaire de grossesse ne figureraient plus que dans le Code de la santé publique. Selon elle, l'article 223-10 du Code pénal sanctionne « un cas d'atteinte à l'intégrité de la personne humaine »<sup>861</sup>. Il faudrait ainsi le maintenir dans le code et ne pas le confondre avec les infractions transférées dans le Code de la santé publique : « Ne mélangeons pas ce qui relève de l'intégrité de la personne et ce qui relève de la non-application de la loi. »<sup>862</sup> Le rapport de la commission à l'Assemblée nationale soutenait déjà que « le projet de loi laisse en l'état cette disposition indispensable à la protection la plus élémentaire de la dignité et de l'intégrité physique des femmes »<sup>863</sup>.

**212.** La conception du « consentement » sexuel<sup>864</sup> est aussi fortement liée à la protection de l'intégrité de la personne humaine. En 1992, le viol et les agressions sexuelles sont d'ailleurs intégrés au chapitre relatif aux « atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne » dans le nouveau Code pénal. Les travaux parlementaires antérieurs en témoignent déjà.

En 1985, lorsque le rapporteur de la commission des lois, Edgar Tailhades, présente la proposition de loi sénatoriale sur le viol, il met en relation les violences sexuelles avec la protection de la personne humaine et de sa dignité, en les ancrant dans la vision humaniste du droit français. Selon le sénateur, « le respect de la personne humaine, sa dignité sont parmi les principes fondamentaux de notre société et de notre civilisation. [...] En toute hypothèse, les méfaits graves qui sont la conséquence de pareilles atteintes [à ces principes] réclament une lutte vigilante, incessante de la part de ceux qui, dans une nation comme la nôtre, héritière d'une grande école et d'une grande tradition d'humanisme, ont le devoir d'être les défenseurs précis et scrupuleux des droits essentiels des femmes et des hommes »<sup>865</sup>. De même, Monique

---

<sup>860</sup> Mais pas dans la classification des infractions, puisqu'elle est classée parmi les infractions concourant à « la mise en danger de la personne humaine », chapitre qui fait lui-même partie des « atteintes à la personne humaine ».

<sup>861</sup> JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, p. 9621.

<sup>862</sup> JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, p. 9622.

<sup>863</sup> M. Lignières-Cassou, *Rapport n° 2726, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 2605 relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Assemblée nationale, 15 nov. 2000, p. 54.

<sup>864</sup> Qui, rappelons-le, n'est pas une condition textuelle de la qualification des violences sexuelles dans le Code pénal.

<sup>865</sup> JO Sénat n° 50, séance du 27 juin 1978, p. 1785.

Pelletier<sup>866</sup> lie explicitement le consentement à la protection de l'intégrité physique et de la dignité. Au Sénat, elle affirme ainsi qu'« aujourd'hui, la préoccupation essentielle des législateurs » est « d'assurer, pour les hommes et pour les femmes, le respect de la liberté de leur consentement ainsi que celui de leur intégrité »<sup>867</sup> et à l'Assemblée nationale, que « le viol [...] c'est d'abord la violence. C'est aussi une atteinte à la dignité même des femmes. Crime contre la liberté et l'intégrité physique, il s'inscrit dans l'univers de la peur, et de la domination brutale du plus fort sur le plus faible »<sup>868</sup>.

**213.** Le vocabulaire de la liberté, voire de la libre disposition, se trouve aussi dans les débats, ce qui n'empêche pas qu'il soit lié à la dignité de la personne. Dès 1980, les deux thématiques sont donc intimement liées lorsqu'il s'agit de porter l'attention sur la volonté de la personne. Raymond Forni souligne que « pendant un siècle, notre droit, notre justice, le législateur se sont accommodés de ces principes qui bafouent la dignité de la femme et qui méconnaissent cette maladie sociale dont le viol est un symptôme tragique et qui s'appelle virilité »<sup>869</sup> et qu'« une femme violée [...] cesse d'exister et se trouve dépossédée en perdant la libre disposition de son corps soumis à une volonté étrangère »<sup>870</sup>. Le député mentionne ainsi « la liberté de la femme à disposer de son corps » qui aurait justifié la loi sur l'avortement<sup>871</sup>. Défendant la dépénalisation des relations homosexuelles, il affirme la « liberté sexuelle », « qui ne saurait tolérer d'autre limite que la frontière de la liberté d'autrui »<sup>872</sup> : « cet interdit suppose qu'il n'y ait ni violence physique ni pression morale dans un acte sexuel, que ces relations intimes ne peuvent trouver leur plein épanouissement que dans le consentement de l'autre »<sup>873</sup>. Cette intervention illustre que la perception commune du consentement en matière corporelle sous le prisme de l'intégrité n'interdit pas le développement progressif d'une conception liée à la libre disposition du corps.

**214.** Près de trente ans plus tard, cette appréhension du consentement se retrouve à l'occasion de l'examen de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Le lien entre les deux champs sémantiques

---

<sup>866</sup> Lors de la première lecture du texte au Sénat, en juin 1978, Monique Pelletier est secrétaire d'État auprès du ministre de la Justice. Lors de la lecture du texte à l'Assemblée nationale, elle a changé de titre et est « ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la famille et de la condition féminine ».

<sup>867</sup> JO Sénat n° 51, séance du 28 juin 1978, p. 1841.

<sup>868</sup> JOAN 2<sup>e</sup> séance du 11 avr. 1980, p. 325.

<sup>869</sup> *Ibid.*

<sup>870</sup> JOAN 2<sup>e</sup> séance du 11 avr. 1980, p. 327.

<sup>871</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>873</sup> *Ibid.*, p. 328.

justificateurs du consentement sexuel, l'intégrité et la libre disposition, se retrouve dans une intervention de la ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité<sup>874</sup>. Elle affirme ainsi à propos du viol conjugal que « le lien contracté volontairement à un moment de la vie ne saurait remettre en cause le principe de consentement [...] et donc le droit des femmes à disposer de leur intégrité physique ».<sup>875</sup>

**215. Conclusion de la Section 1.** Au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la norme de consentement a progressivement été construite par les parlementaires, qui en ont fait une norme idéologique en matière corporelle. Centré sur la protection de l'intégrité du corps, le consentement véhicule une conception humaniste de la société et du droit, qui fait du corps une émanation de la personne protégée au nom de l'humanité tout entière. Les justifications du consentement autour de la liberté de la personne, conception davantage centrée sur l'individu, n'ont pas exclu la fonction de la protection de l'inviolabilité du corps - elles s'y sont plutôt ajoutées. Si le consentement semble d'abord protéger l'intégrité corporelle de la personne, il a aussi été conçu comme une norme idéologique protégeant l'intégrité morale des individus. Ce faisant, il protège la personne tout entière.

## **Section 2. Protéger l'intégrité morale**

**216.** La construction du consentement comme une norme idéologique humaniste s'est étendue à la protection de l'intégrité morale de la personne. Elle s'exprime d'abord par la protection de la vie privée de la personne. Sa sphère intime est protégée contre les atteintes d'autrui et son intégrité préservée. Le consentement participe ainsi d'une vision défensive de la vie privée en droit français<sup>876</sup>. Moins évidente que la protection de l'intégrité corporelle de la

---

<sup>874</sup> Catherine Vautrin.

<sup>875</sup> JO Sénat n° 4, séance du 24 janv. 2006, p. 180.

<sup>876</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 44 ; A. Lepage, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023, n° 109 : « La doctrine s'accorde aujourd'hui à voir dans le droit au respect de la vie privée un droit de contrôle sur des informations personnelles [...]. Cela correspond à une conception tout à fait classique, car défensive, des prérogatives du droit au respect de la vie privée. Mais par ailleurs, la jurisprudence, se livrant à une interprétation dynamique de l'article 9 du code civil, en a permis l'exercice au-delà du cadre traditionnel de la protection de la vie privée : on peut y voir le signe d'une conception enrichie du droit au respect de la vie privée [...] » En matière d'autodétermination informationnelle, on peut distinguer deux approches : le « droit à l'autodétermination informationnelle n'implique pas seulement, dans une approche défensive, une protection contre les atteintes aux droits et libertés. Il induit aussi, de façon plus active ou dynamique, une capacité à décider des conditions d'utilisation de ses données et de contribuer à la détermination des règles applicables » (P. Türk, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 616). V. aussi C. Zolynski, M. Leroy, F. Levin, « L'économie de l'attention saisie par le droit », *Dalloz IP/IT*, n° 11, 2019, p. 614 : « La visualisation de la captation de l'attention serait la première facette du droit à la protection de l'attention qui permet aux utilisateurs de se rendre compte des manipulations attentionnelles des services numériques. Néanmoins, afin que ce droit à la protection contre l'ingérence ne soit pas



personne<sup>877</sup>, la conception d'un consentement visant à protéger l'intégrité morale de l'individu a aussi été affirmée à travers la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale. Ce faisant, une conception idéologique unitaire du consentement en droit a progressivement été élaborée.

**217.** Le consentement constitue une norme idéologique humaniste en ce qu'il protège aussi l'intégrité morale de la personne. Construite à travers la protection de la vie privée (§1), cette conception du consentement est facilitée par la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale de la personne (§2).

### **§1. Le consentement protecteur de la vie privée**

**218.** En droit français, le consentement s'est imposé comme un élément essentiel permettant à la personne de s'opposer aux intrusions dans son intimité et sa sphère personnelle. Il permet ainsi de protéger la vie privée. Le consentement a initialement été conçu de cette manière à travers la répression des atteintes à la vie privée et la protection de l'intégrité morale de la personne. Les évolutions de la conception de la vie privée ont fait évoluer ce paradigme. Le consentement a en effet pris une place importante dans le domaine des données personnelles sous l'influence du droit de l'Union européenne. Ce dernier l'envisage dans une conception autonomiste qui tranche avec la vision française et participe à modifier sa lecture.

---

réduit au rang de simple illusion, cette conception défensive devrait s'accompagner d'une conception offensive permettant aux individus de co-construire et de valoriser la captation de leur attention dans leur propre intérêt. »

<sup>877</sup> P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, dir. G. Couturier, th. dactyl. Université de Bourgogne, 1978, p. 104 : « L'idée que la personne humaine est une valeur que le système juridique protège pour elle-même, indépendamment des intérêts de tel ou tel individu dont la personnalité peut être lésée apparaît surtout à propos de la répression pénale des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. C'est cette idée qui explique, à notre avis, que ces atteintes soient réprimées en principe même si elles sont consenties. Dans notre droit pénal, la protection de la vie et de l'intégrité corporelle des personnes est beaucoup plus étendue que celle des autres aspects de la personnalité : alors que les atteintes à l'honneur et à la réputation, aux secrets, à l'intimité de la vie privée ne sont pénalement réprimées que lorsqu'elles sont volontaires, l'homicide et les coups et blessures sont également sanctionnés lorsqu'ils sont le résultat d'une imprudence ou d'une négligence [...]. C'est qu'il ne s'agit pas seulement, ici de protéger les intérêts d'un individu : la vie et l'intégrité corporelle des personnes méritent aussi d'être sauvegardées dans l'intérêt général. D'une part, l'individu est utile à la société dans la mesure où il participe à son développement économique, culturel, scientifique, éventuellement à sa défense. D'autre part et surtout, la personne humaine occupe dans notre civilisation une place prééminente, sans commune mesure avec celle qui est reconnue aux valeurs patrimoniales. Elle s'entoure d'une sorte de sacralité qui rend intolérables, du point de vue de la morale collective, les agissements qui tendraient à compromettre inutilement la vie ou l'intégrité d'un individu. »

**219.** La conception idéologique de la norme de consentement, initialement appréhendée à travers le paradigme de la protection française de la vie privée (A), a évolué sous l'influence de la protection européenne des données personnelles (B).

A. Le paradigme de la protection française de la vie privée

**220.** En matière de vie privée, la condition de consentement a longtemps semblé occuper une place relevant d'une certaine évidence aux yeux du législateur ou du juge, tout en jouant en même temps un rôle moins symbolique. Ainsi, l'absence de consentement, alors qu'elle est une condition d'engagement de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 9 du Code civil<sup>878</sup>, ne figure pourtant pas à cet article mais simplement dans les infractions pénales correspondantes<sup>879</sup>. Le consentement a été construit dans le domaine de la vie privée, comme en matière bioéthique, pour protéger l'intégrité morale et psychique des individus. La consécration de la condition de consentement dans la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens<sup>880</sup> en témoigne, l'esprit de toute la loi étant tourné vers la protection des personnes.

**221.** La loi de 1970 crée notamment le délit d'atteinte à la vie privée dont l'un des éléments matériels est l'absence de consentement. Or, lors de l'examen de la loi, le recours au consentement n'est pas justifié<sup>881</sup>. En revanche, l'esprit de la loi est humaniste. Il vise à assurer la protection de la personne. Ainsi, pour Michel de Grailly, rapporteur du projet à l'Assemblée nationale, « le projet de loi se propose d'établir des règles protectrices de la vie privée des citoyens. Là encore il s'agit, à l'évidence, d'appliquer cette même idée de la protection de la personne, c'est-à-dire de la protection des droits de l'homme »<sup>882</sup>. Le ministre de la Justice développe une approche du consentement qui s'inscrit dans cette politique, en affirmant que « si l'on admet que l'inviolabilité de la vie privée est une condition essentielle de la liberté

---

<sup>878</sup> A. Lepage, *loc. cit.*, n° 193 et s.

<sup>879</sup> En particulier, celles regroupées dans la section relative à l'atteinte à la vie privée.

<sup>880</sup> L. n° 70-643 du 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens. Il existait une loi du 11 mai 1868 sur la presse et son article 11 prévoyait que « toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs. - La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée ». Mais, comme le fait remarquer Jean-Louis Halpérin, cette « mention de la vie privée [...] fut un épisode très court » (J.-L. Halpérin, « Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ? », *N3C*, vol. 48, n° 3, 2015, p. 59).

<sup>881</sup> Par ex., examen des articles 13 et 14 (JOAN n° 42, 2<sup>e</sup> séance du 28 mai 1970, p. 2067 et s.) ; E. Le Bellegou, M. Molle, *Rapport n° 282, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi n° 251, adopté par l'Assemblée nationale, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, Sénat, 12 juin 1970, p. 79 et s.

<sup>882</sup> JOAN n° 41, 1<sup>re</sup> séance du 29 mai 1970, p. 1984.

individuelle et [...] “d’une importance capitale pour le bonheur de l’homme”, il faut mettre le citoyen à l’abri des atteintes graves portées à son intimité comme à l’authenticité de son image ou de ses paroles [...] »<sup>883</sup> ; ou encore que « [...] le citoyen doit être protégé dans sa dignité contre les atteintes intolérables à sa vie privée que rend désormais possibles le développement de certaines techniques de captation de l’image ou du son »<sup>884</sup>. En ce sens, le consentement est conçu comme une condition centrale de la protection de la personne contre des atteintes à sa vie privée. Il constitue ainsi une pièce essentielle d’un droit au respect de la vie privée pensée comme une protection de l’intégrité morale de la personne, une « protection de l’individu contre le recueil et la divulgation d’informations sur l’intimité de sa vie privée »<sup>885</sup>, une « fortification protégeant l’intimité de la personne »<sup>886</sup>. Cette conception évolue sous l’influence du droit de l’Union européenne.

## B. L’influence de la protection européenne des données personnelles

**222.** L’appréhension idéologique du consentement a pris un essor particulier dans le développement d’un droit européen relatif aux données personnelles. Il pose progressivement un principe de consentement en matière de protection de la vie privée d’une manière plus symbolique. Contrairement à l’Allemagne<sup>887</sup> ou aux États-Unis<sup>888</sup>, la législation française sur les données ne s’intéressait pas au consentement de la personne en tant que tel. La condition de consentement ne figure pas dans la loi fondatrice en droit français, la loi Informatique et Libertés de 1978<sup>889</sup>. Elle se trouve tout au plus dans le Rapport de la Commission Informatique

<sup>883</sup> *Ibid.*, p. 1986.

<sup>884</sup> *Ibid.*, p. 1987.

<sup>885</sup> X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 340, n° 468.

<sup>886</sup> S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 448, n° 592.

<sup>887</sup> *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung* (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG), 27 janv. 1977, Bundesgesetzblatt Teil I, 1977, n° 7, 1<sup>er</sup> févr. 1977, § 3 : « Le traitement des données à caractère personnel qui sont protégées par cette loi, est seulement licite, dans chaque phase indiquée par son §1, paragraphe 1, phrase 1, si 1. cette loi ou une autre disposition légale l’a autorisé ou 2. La personne concernée a consenti. »

<sup>888</sup> Pour la collecte de données personnelles par des agences gouvernementales : *Privacy Act of 1974*, Section 3(b), Section 3(b) (v. E. Kosta, *Consent in European data protection law*, Leiden : Nijhoff, 2013, p. 80 et s.). V. aussi, pour une analyse historique du point de vue des États-Unis, United States Department of Justice, *Overview of the Privacy Act of 1974*, 2020, p. 4 ; Committee on Government Operations of the United States Senate, Committee on Government Operations of the House Of Representatives, Subcommittee on Government Information and Individual Rights, *Legislative History Of The Privacy Act Of 1974 S. 3418 (Public Law 93-579). Source Book On Privacy*, U.S. Government Printing Office : Washington, 1976.

<sup>889</sup> L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés ; v. aussi A. Debet, « RGPD - Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *Comm. com. électr.* n° 4, 2018, dossier 9 ; F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023, p. 333. On ne trouve pas non plus trace

et libertés, à propos du traitement des données sensibles<sup>890</sup>, qui deviendra, dans la loi, un « accord exprès »<sup>891</sup>. Si l'idée de l'expression de la volonté de la personne était bien présente, elle ne l'était pas à titre général mais seulement pour les données sensibles. Surtout, elle n'était pas matérialisée idéologiquement par le recours au terme de consentement, comme par la suite.

L'introduction d'un critère de consentement général, comme dans la loi allemande sur les données et plus tard le droit européen, avait pourtant été proposée par des députés communistes. Leur proposition de loi, une des trois qui a donné lieu à la loi de 1978, prévoyait en son article 2 qu'« il est interdit de recueillir des renseignements sur la vie privée d'une personne sans son consentement, en-dehors des cas exceptionnellement prévus par la loi [...] »<sup>892</sup>. La disposition était, selon l'exposé des motifs, justifiée par l'article 10 de la Déclaration des libertés de juin 1975 du Parti communiste français. Cette « déclaration des libertés » avait été rédigée par des intellectuels du Parti communiste, comme Christine Buci-Glucksmann<sup>893</sup> ou le juriste Guy Braibant<sup>894</sup> - celui-là même qui rédige le rapport du Conseil d'État sur la bioéthique en 1988<sup>895</sup>. Elle consistait à proposer « une réflexion théorique sur l'actualisation de la Déclaration de 1789 intégrant libertés publiques et droits sociaux »<sup>896</sup>, dans le but notamment de se distancier de l'URSS<sup>897</sup>. Le critère de consentement était ainsi intimement lié aux droits de l'homme dans le domaine de la vie privée. L'amendement du Parti communiste qui introduisait cette exigence de consentement fut finalement rejeté à l'Assemblée nationale<sup>898</sup> puis au Sénat<sup>899</sup>.

---

du consentement dans la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

<sup>890</sup> CNIL, *Rapport de la commission « Informatique et libertés »*, dit « Rapport Tricot », Paris : La Documentation française, 1975, p. 48 (« cette interdiction devra recevoir exception quand l'enregistrement informatisé d'opinions politiques, philosophiques ou religieuses, fait avec le consentement de la personne intéressée, a pour seul but d'assurer le respect et l'exercice des convictions de celle-ci. »)

<sup>891</sup> L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 31 ; A. Debet, *loc. cit.* ; F. Bellivier, *op. cit.*, p. 333.

<sup>892</sup> Proposition de loi sur les libertés, les fichiers et l'informatique, n° 3092, 21 juin 1977.

<sup>893</sup> F. Matonti, *Intellectuels communistes : Essai sur l'obéissance politique. La Nouvelle Critique (1967-1980)*, Paris : La Découverte, 2005, p. 295 et s.

<sup>894</sup> S. Braibant, *Les dissemblables. Guy Braibant et Michla Gielman*, Lormont : Le bord de l'eau, 2022, p. 224.

<sup>895</sup> G. Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d'État, Paris : La Documentation française, 1988.

<sup>896</sup> É. Agrikoliansky, « La gauche, le libéralisme politique et les droits de l'homme », in *Histoire des gauches en France*, vol. 2, J.-J. Becker (dir.), Paris : La Découverte, 2005, p. 525. V. aussi S. Courtois, M. Lazar, *Histoire du Parti communiste français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 505 et s.

<sup>897</sup> F. Matonti, *op. cit.* ; Sylvie Braibant, *op. cit.*

<sup>898</sup> JOAN, n° 79, 2<sup>e</sup> séance du 4 oct. 1977, p. 5792. Selon l'amendement proposé, « il est interdit de recueillir des renseignements sur la vie privée d'une personne sans son consentement, en dehors des cas exceptionnels expressément prévus par la loi. De tels renseignements ne doivent en aucun cas être utilisés à d'autres fins que celles que l'intéressé a acceptées ou que la loi a prévues. » L'amendement fut rejeté car le terme de « vie privée », auquel il faisait référence, était notamment jugé trop large.

<sup>899</sup> JO Sénat n° 77, séance du 17 nov. 1977, p. 2775.

**223.** Le consentement devenait donc une condition du traitement de données à caractère personnel sous l'influence des droits européens, qui cherchaient à réguler le traitement des données personnelles à partir de la même période. Différentes conventions du Conseil de l'Europe, des lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) puis une directive européenne de 1995<sup>900</sup> ont, elles, eu recours à cette condition. Elle a ainsi intégré le droit français, pour les cas généraux de traitement de données personnelles, à partir de la loi du 6 août 2004<sup>901</sup> qui transpose la directrice de 1995 en droit français. Entre-temps, la condition de consentement avait intégré le droit français dans le domaine des données de santé, à la suite d'une des lois bioéthiques de 1994.

**224.** En droit européen, la condition de consentement est étroitement liée à la modification des fonctions de la régulation du secteur de l'informatique et des données<sup>902</sup>. Le consentement est lié à la vie privée dans le sens de la maîtrise et du contrôle de ses données<sup>903</sup>. Il devient une condition importante et idéologique du droit des données personnelles à partir du moment où cette vision de la vie privée devient un enjeu pour les acteurs qui se sont saisis de la régulation des données personnelles. L'idée d'introduire une condition de consentement dans le domaine des données personnelles apparaît dès une résolution de 1973 du Conseil de l'Europe<sup>904</sup>. Le consentement occupe pourtant une place alors limitée<sup>905</sup>. Son importance croissante résulterait d'une évolution de la conception de la vie privée, d'une appréhension défensive à une

---

<sup>900</sup> Dir. 95/46/CE du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>901</sup> L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>902</sup> E. Kosta, *op. cit.*

<sup>903</sup> Ce qui ne signifie pas pour autant que la protection des données personnelles repose sur la protection de la vie privée, v. S. Vergnolle, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, avant-propos M.-L. Denis, Bruxelles : Bruylant, 2022, p. 150 et s., n° 177 et s. ; C. Koumpli, « L'émergence d'un espace privé immatériel et ses oxymores », *Archives de politique criminelle*, vol. 43, n° 1, 2021, p. 57 : « Chaque ordre juridique a réagi différemment à l'apparition de l'espace privé immatériel s'agissant de la protection constitutionnelle à accorder aux droits individuels mis en péril par le développement des nouvelles technologies. On observe généralement deux types de situation : soit la conservation du droit au respect de la vie privée en tant que fondement constitutionnel pertinent pour lutter contre les atteintes réalisées dans le cadre de l'espace privé immatériel ; soit la consécration de nouveaux droits par la voie jurisprudentielle, constitutionnelle ou conventionnelle. »

<sup>904</sup> Resolution (73) 22 on the Protection of the Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks In The Private Sector (adoptée par le Comité des ministres le 26 sept. 1973). Ainsi, « le consentement a été présent dès le début dans le contexte de la protection des données personnelles dans le but d'exprimer la volonté de la personne au regard de l'utilisation d'informations concernant sa vie privée » (E. Kosta, *op. cit.*, p. 22-23).

<sup>905</sup> Ainsi, dans la Convention 108 du Conseil de l'Europe, il n'apparaît que dans une disposition très spécifique, relative à l'assistance des personnes concernées habitant à l'étranger (Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janv. 1981).

appréhension autonomiste centrée sur le contrôle par la personne de ses données<sup>906</sup>. D'autres outils juridiques que le consentement<sup>907</sup> ont ainsi prioritairement été investis par les travaux sur la protection des données personnelles<sup>908</sup>. Le séminaire de 1974 de l'OCDE a ainsi porté son attention sur « l'exercice du droit d'accès et de ses différentes expressions [...] »<sup>909</sup>. En effet, « l'objectif principal était la protection des individus contre la création de banques de données contenant des informations sur eux qui étaient généralement déjà publiques »<sup>910</sup>. L'attention portée au consentement dans la protection des données personnelles change en particulier avec des directives de l'OCDE de 1980<sup>911</sup>. Malgré une confusion entre consentement et connaissance (*knowledge*), « on peut noter un renforcement dans le contrôle donné à la personne, même si cela ne concerne que le traitement ultérieur des données collectées et traitées »<sup>912</sup>, de sorte qu'« en ce qui concerne le concept de consentement, les directives de l'OCDE vont plus loin que la Convention 108 du Conseil de l'Europe<sup>913</sup> »<sup>914</sup>.

**225.** Le consentement prend finalement la place qu'il occupe actuellement à partir de 1995, lorsque l'Union européenne se dote d'un instrument de protection des données personnelles, la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>915</sup>. Le consentement constitue alors

---

<sup>906</sup> E. Kosta, *op. cit.*, p. 29. « However, in the advent of the “computer era”, as the time around which the OECD Seminar of 1974 took place can be called, the notion of privacy was “shifting from the right of preventing the extraction or collection of personal facts, to the extension of control over information recorded on an individual in a personal register”. »

<sup>907</sup> *Ibid.* : « The control of the individual over the actual decision regarding the collection and processing of his personal data, expressed via his willingness to accept it or in other words via his consent, did not come through as a major issue to be discussed. »

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 28 : « In the era of technological development there was a shift in the concept of the right to privacy, something that is noticeable in the proceedings of the OECD Seminar. »

<sup>909</sup> *Ibid.*, p. 29 « As a consequence, the focus of the Seminar in respect of the individual, lied mainly on the exercise of the right of access and its various expressions: via the right of access per se, i.e. the right of a person to access information that relates to him, the right to know if there are files of data that concern him, the right to challenge, i.e. the right to ask for the correction of incomplete, inexact, obsolete or unlawful data, the right to ask for the deletion of the data. »

<sup>910</sup> *Ibid.* « In the technical, social and economic background during which the Seminar took place, the main goal was the protection of the individuals against the creation of data banks, containing information about him that was usually already public. »

<sup>911</sup> *Ibid.*, p. 31 s. OCDE, Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel (*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*), 23 sept. 1980.

<sup>912</sup> E. Kosta, *op. cit.*, p. 34.

<sup>913</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), 28 janv. 1981.

<sup>914</sup> *Ibid.* : « With regard to the concept of consent, the OECD guidelines go beyond the CoE Convention 108. » Adoptée un an plus tard, elle se distingue pourtant par « une approche différente de la protection des données personnelles » et par le « champ d'application et le public visé » (*ibid.*, p. 33).

<sup>915</sup> Dir. 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

une des conditions de licéité du traitement de données. L'influence allemande sur la construction de la directive européenne de 1995<sup>916</sup> pourrait y expliquer la place importante donnée au consentement, bien plus proche de la législation allemande que du droit français. D'ailleurs, la Commission rejette l'alternative au consentement qu'aurait constitué le droit d'opposition<sup>917</sup>, qui constituait précisément l'approche française issue de la loi Informatique et Libertés.

La protection des données personnelles est marquée en droit de l'Union européenne par « la garantie d'une conciliation » entre les droits fondamentaux de la personne et la libre circulation des données<sup>918</sup>. Le principe du consentement semble s'inscrire dans le premier objectif. Toutefois, son rôle se trouve déjà limité. La proposition amendée de la Commission en 1992 conçoit ainsi le consentement comme une base de traitement parmi d'autres et non plus la première<sup>919</sup>. Elle retire pour cette raison le consentement de la personne concernée de la section de la directive consacrée à ses droits<sup>920</sup>.

**226.** Le droit de la protection des données personnelles est donc marqué par une « évolution de la protection des données d'une construction qui visait à traiter les dangers émanant du développement technologique en relation avec le traitement de données personnelles à un champ relié à l'individu lui-même »<sup>921</sup>. En ce sens, « le consentement de l'individu est largement utilisé comme un moyen d'*empowerment* du “droit participatif à l'autodétermination informationnelle” »<sup>922</sup>. Il semble toutefois que dans le domaine des

---

<sup>916</sup> E. Kosta, *op. cit.*, p. 86.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>918</sup> C. Koumpli, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O. Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 121 : « En revanche, d'après nos observations, le droit à la protection des données personnelles dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union européenne est une norme à caractère bi-fonctionnel. Elle vise en effet à garantir la libre circulation des données personnelles en tant que condition essentielle de la réalisation de l'intégration européenne, tout en protégeant les droits fondamentaux de la personne concernée par le traitement de données. » V. aussi E. Kosta, *op. cit.*, p. 383-384 : « *The Data Protection Directive aims to serve a dual goal: to ensure the free movement of personal data within the European Union and to protect individuals with regard to the processing of their personal data. This latter goal viewed under the spectrum of the right of informational self-determination calls for a strengthening of the involvement of the individual in the collection and processing of his personal information. In this new context that data protection is called to serve, the concept of consent has gained in importance and provides the individuals with enhanced power on the control over their personal information. The interpretation and the role of consent in data protection, as specified and defined in the Data Protection Directive, have to be examined in this context.* »

<sup>919</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>920</sup> *Ibid.*, p. 91 et s.

<sup>921</sup> *Ibid.*, p. 109 : « *The analysis carried out in Chapter II illustrated an evolution of data protection from a construction that aimed at dealing with the dangers arising from technological development in relation to the processing of personal data to a field relating to the individual himself.* »

<sup>922</sup> *Ibid.*, p. 109.

données personnelles, le consentement ait précédé cette justification contemporaine<sup>923</sup>. L'exemple témoigne de la complexité de l'approche idéologique du consentement. La condition existait souvent déjà en droit, mais a pris une dimension idéologique en même temps qu'elle a pris une ampleur juridique.

**227.** Le droit français réceptionne neuf ans plus tard le droit européen, par la loi du 6 août 2004 qui transfère la directive de 1995<sup>924</sup>. La condition générale de consentement est conçue comme « une innovation », la loi française reposant jusqu'ici sur un « droit d'opposition »<sup>925</sup>. Contrairement à la directive, les députés envisagent le consentement comme base de traitement privilégiée, en prévoyant que l'article 7 de la loi Informatique et Libertés dispose qu'« un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes [...] »<sup>926</sup>. La conception du consentement est transformée et devient un principe général du traitement des données personnelles qui s'applique sous réserve d'exceptions<sup>927</sup>. Le droit français a ainsi fait du consentement un principe fondamental dans le domaine des données personnelles<sup>928</sup>, dans le cadre de la protection de la vie privée<sup>929</sup>. Cette intégration s'est poursuivie lentement. Dans le

---

<sup>923</sup> De la même manière qu'en Allemagne, la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination informationnelle a eu lieu postérieurement à la BDSG qui introduisait la condition de consentement au traitement de données personnelles, v. *supra*, n° 115 et 155.

<sup>924</sup> L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

<sup>925</sup> G. Gouzès, *Rapport n° 3526, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 3250 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 9 janv. 2002, p. 34-35. V. aussi A. Türk, *Rapport n° 218, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 203, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Sénat, 19 mars 2003, p. 56 : « actuellement ce consentement n'est pas requis, la seule disposition protectrice résultant de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978, qui permet à toute personne de s'opposer "pour des raisons légitimes" à ce que des informations la concernant fassent l'objet d'un traitement, ce qui peut se révéler d'application délicate. Cette disposition est d'ailleurs reprise par l'article 5 du projet de loi dans l'article 38 (modifié) de la loi. »

<sup>926</sup> L. n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2.

<sup>927</sup> A. Türk, *op. cit.*, p. 56-57 : « Le projet de loi pose d'abord le principe selon lequel le consentement des personnes concernées par un traitement de données à caractère personnel est nécessaire. [...] Cependant, cette exigence étant extrêmement restrictive, l'article 7 (modifié) énumère, de manière limitative, et conformément à la directive, différentes exceptions à l'exigence de consentement lorsque le traitement est nécessaire [...] ».

<sup>928</sup> Cette approche a été mise de côté par le RGPD qui présente une liste des bases de traitement et est d'application directe, de sorte que le consentement ne représente plus en droit français, la base de traitement principale des données personnelles.

<sup>929</sup> Pour les parlementaires communistes, « une question traverse l'ensemble du texte : la conciliation d'intérêts contradictoires entre la nécessaire protection de la vie privée, notamment, et la volonté de ne pas entraver l'évolution technologique et la diffusion des techniques. Or tout le monde ne place pas le curseur au même endroit.



domaine des cookies, la condition nécessaire d'accord<sup>930</sup> est devenue une condition nécessaire de consentement<sup>931</sup> sous l'influence du RGPD<sup>932</sup>.

**228.** La condition de consentement en matière de vie privée a initialement pris sa dimension idéologique sous l'influence de la loi de 1970, qui visait à protéger la sphère privée de la personne. Cette conception idéologique a continué d'imprégner le droit en 2009 à propos du droit à l'image de la personne détenue<sup>933</sup>. La condition de consentement est liée à la vie privée et au droit à l'image en tant que droits fondamentaux<sup>934</sup>. Le droit européen des données personnelles, en faisant du consentement une condition incontournable, a précisé encore son lien avec la protection de l'intégrité psychique et morale de la personne. Il doit en principe lui permettre de contrôler les intrusions faites dans sa vie privée par l'utilisation de ses données. La conception du consentement comme protection de l'intégrité morale de la personne demeure

---

Ainsi, par tradition et par conviction, les communistes sont peu disposés à favoriser les intérêts mercantiles au détriment des libertés individuelles. C'est ce qui fonde certains de nos désaccords sur des dispositions du projet de loi et sur des propositions de la commission des lois, notamment celles qui concernent la valeur du consentement requis. Nous estimons ainsi que toute exploitation de données à des fins commerciales doit recueillir le consentement exprès de la personne concernée, y compris lorsqu'il s'agit de témoins de connexion [...] » (JO Sénat n° 32, séance du 1<sup>er</sup> avr. 2003, p. 2213).

<sup>930</sup> Ord. n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, art. 37 (LIL, art. 32, dans sa rédaction alors applicables), transposant la directive « vie privée » (Dir. 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2009, art. 2. 5) ; modification de l'article 5 de la directive « vie privée et communications électroniques » (Dir. 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

<sup>931</sup> LIL, art. 82.

<sup>932</sup> « Les articles 82 et 83 [de la nouvelle version de la Loi Informatique et Libertés] reprennent les dispositions du II de l'article 32 et de l'article 34 bis actuels de la loi du 6 janvier 1978. Il remplace le terme "accord" par celui de "consentement" pour tenir compte de la nouvelle terminologie consacrée par le règlement (UE) 2016/679. » (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*, 13 déc. 2018.) Pour une explication de ce changement et notamment le recours, en anglais, au terme « *consent* » dans la directive de 2009, v. également F. Gaullier, L. Dubois, « Cookies et traceurs : un nouveau cadre de référence exigeant », *Légipresse* 2020, p. 661.

<sup>933</sup> L'art. 49, al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire dispose que « les personnes détenues doivent consentir par écrit à la diffusion ou à l'utilisation de leur image ou de leur voix lorsque cette diffusion ou cette utilisation est de nature à permettre leur identification ». Pour la version en droit positif, qui conserve la condition de consentement, v. C. pénit., art. L. 3181-1, issu de l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022 portant partie législative du code pénitentiaire.

<sup>934</sup> Il « s'agit [...] d'une question mettant en jeu des libertés fondamentales que sont le droit à la liberté d'expression et le droit à l'image, ainsi que la sécurité des établissements pénitentiaires ou l'ordre public » et « faisant application de l'article 9 du code civil aux termes duquel "chacun a droit au respect de sa vie privée", laquelle inclut le droit à l'image, le présent article rappelle la règle - de droit commun - selon laquelle la diffusion ou l'utilisation de l'image d'une personne détenue doit être autorisée par l'intéressé. Toute personne dispose en effet du droit de s'opposer à la diffusion sans son autorisation expresse de son image, qui constitue l'un des éléments de sa vie privée » (J.-P. Garaud, *Rapport n° 1899, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi pénitentiaire n° 1506, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence*, Assemblée nationale, 8 sept. 2009, p. 206).

beaucoup moins évidente que pour l'intégrité physique. Aux côtés de la vie privée défensive, des consentements transversaux ont permis de penser l'intégrité elle aussi de manière transversale.

## **§2. Le consentement à la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale**

**229.** Le consentement en droit des personnes est aussi devenu une norme idéologique en se trouvant à la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale. Dans de nombreux domaines, en effet, le consentement vise la protection de la personne dans ces deux aspects. La protection de l'intégrité physique, davantage développée, permet d'intégrer la dimension de la protection de l'intégrité morale. Ce faisant, la conception idéologique du consentement se voit unifiée.

**230.** La norme de consentement se situe dans de nombreuses hypothèses à la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale de la personne. Cette appréhension du consentement est illustrée par des exemples à l'intersection des deux protections (A) et le développement du droit des majeurs protégés offre une conception unitaire du consentement en ce sens (B).

### **A. L'intersection de la protection de l'intégrité physique et morale**

**231.** La conception idéologique humaniste du consentement se trouve confirmée par des normes construites à l'intersection de la protection de l'intégrité physique et morale de la personne. À plusieurs reprises, en effet, le législateur a introduit un critère fondé sur le consentement de la personne pour des actes qui relevaient autant de la protection de leur intégrité physique que morale, aboutissant à une convergence de la conception idéologique du consentement. On en voit par exemple trace dans la proposition de loi de Claude Huriet visant à réguler les recherches biomédicales. Elle propose d'intégrer une disposition prévoyant que « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans son consentement et sans y avoir été autorisé par la loi »<sup>935</sup>. Or, cette norme aurait constitué le deuxième alinéa de l'article 9

---

<sup>935</sup> Proposition de loi relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique, 2 juin 1988, p. 13.

du Code civil relatif à la protection de la vie privée<sup>936</sup>. Cette modification n'a finalement pas été adoptée en 1988, mais lors de l'adoption de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain<sup>937</sup>. Il reste qu'elle témoigne du rapprochement de la protection de l'intégrité physique et morale dans la construction législative du consentement comme norme idéologique. Ce mouvement, rejoignant la convergence du fait psychique et du fait corporel en droit<sup>938</sup>, a pourtant plutôt lieu dans le sens inverse. La protection de l'intégrité morale de la personne à travers le consentement s'appuie sur la protection de l'intégrité physique. Deux exemples illustrent en particulier la construction d'un consentement idéologique autour de la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale de la personne : la régulation des données de santé<sup>939</sup> et le domaine sexuel.

**232.** La première apparition du terme de consentement dans la loi Informatique et Libertés date des lois bioéthiques de 1994. Elle vise à protéger des données personnelles au titre de la vie privée tout en se fondant sur des principes bioéthiques. La loi du 1er juillet 1994<sup>940</sup> introduit l'article 40-4 de la loi Informatique et Libertés. Le traitement automatisé de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé est principalement soumis au droit d'opposition de la personne<sup>941</sup>, mais son « consentement éclairé et exprès » est exigé « dans le cas où la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants »<sup>942</sup>.

---

<sup>936</sup> *Ibid.*, p. 5 et p. 7-8.

<sup>937</sup> L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, qui introduit l'art. 16-3 C. civ. (« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique 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. »)

<sup>938</sup> G. Aïdan, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022, p. 233 : « Toutefois, l'analyse du droit positif révèle aussi que, loin d'apparaître dissociés, fait psychique et fait corporel “cohabitent” dans la norme juridique et montre alors le dépassement nécessaire (dans une perspective non métaphysique) de l'opposition corps-psychique. » Sur leur interaction, v. *ibid.*, p. 237 et s. et les trois exemples données : la détermination du sexe de la personne, le dommage corporel et la connaissance des origines.

<sup>939</sup> V. déjà N. C. Manson, O. O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 4 (« *informed consent requirements have been extended from medical treatment and research to the secondary use of information and tissues, by incorporating them into the regulation governing data protection, uses of human tissues and genetic technologies* »). La référence vers ce lien établi entre les deux dans leur ouvrage est faite par Eleni Kosta (E. Kosta, *op. cit.*, p. 111). De la même manière que ces auteurs développent une réflexion sur le consentement en matière de vie privée et de protection des données à l'appui d'une réflexion éthique sur le consentement médical (N.C. Manson, O. O'Neill, *op. cit.*, p. 97 et s.), Eleni Kosta développe une réflexion sur le consentement bioéthique pour éclairer ses travaux sur le consentement en matière de protection de données personnelles (E. Kosta, *op. cit.*, p. 111 et s.). Ces travaux soulignent les liens entre ces normes de consentement apparues en droit à la même période du fait d'une double préoccupation : le développement des droits de l'homme et le progrès scientifique.

<sup>940</sup> L. n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juill. ; 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette loi est ainsi exclusivement consacrée à une modification de la loi Informatique et Libertés.

<sup>941</sup> LIL, art. 40-4, al. 1<sup>er</sup>, issu de la L. du 1<sup>er</sup> juill. 1994.

<sup>942</sup> LIL, art. 40-4, al. 2, issu de la L. du 1<sup>er</sup> juill. 1994.

Le projet voté par l'Assemblée nationale en première lecture ne faisait pas référence au consentement mais à un droit commun d'opposition<sup>943</sup>. Toutefois, son esprit général était déjà à la rencontre des enjeux du droit des données, en particulier la vie privée, et du droit bioéthique, notamment « l'impératif de solidarité »<sup>944</sup>.

**233.** L'exigence de consentement est pourtant réintroduite sous l'effet de recommandations extérieures. La Commission des lois du Sénat souhaite ainsi réintégrer l'article initial et faire référence au consentement à la suite du rapport de Jean-François Mattei remis le 15 novembre 1993<sup>945</sup>. Dans le même temps, la commission rejette la position de la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui veut étendre le principe du consentement à toutes les hypothèses, à la place du droit d'opposition de la personne. L'argumentation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, comme celle de la commission des lois, souligne la double influence sur le consentement, entre droit bioéthique et droit des données personnelles. Pour la première, l'accord de la personne<sup>946</sup> est nécessaire à la protection de l'« intimité de la vie privée » et à « la maîtrise de ces informations [la concernant] »<sup>947</sup>. À l'inverse, la

---

<sup>943</sup> Cette version supprimait l'article relatif au droit d'opposition, qui était contenu dans le projet de loi initial (texte n° 68 transmis au Sénat le 26 nov. 1992) et qui ne faisait pas de référence au consentement (« Art. 40-5. Toute personne a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement visé par le présent chapitre » (B. Bioulac, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 2, p. 253)), pour privilégier le droit commun d'opposition (v. A. Türk, *Rapport n° 209, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 68, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Sénat, 21 déc. 1993, p. 48).

<sup>944</sup> Le rapport souligne qu'« un compromis particulier a dû être trouvé entre deux préoccupations, voire deux inspirations philosophiques » : « le souci individualiste de protéger par priorité la vie privée, sous-jacent dans la loi "informatique et libertés" qui est pour cela très protectrice de l'individu par comparaison avec les systèmes étrangers » et « l'impératif de solidarité invoqué par la recherche en santé, qui défend un intérêt public et dont les retombées bénéfiques sont collectives » (B. Bioulac, *op. cit.*, p. 48). De la sorte, « l'équilibre recherché par le projet a consisté à tenter de favoriser la recherche en comblant le vide juridique actuel, tout en mettant en place un solide réseau de garanties » (*ibid.*, p. 49).

<sup>945</sup> A. Türk, *op. cit.*, p. 27. La Commission fait référence au rapport de Jean-François Mattei et Mireille Gaüzère, v. J.-F. Mattei, M. Gaüzère, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation française, 1994.

<sup>946</sup> Le terme est probablement privilégié à celui de consentement car il était utilisé à l'époque dans le domaine de données sensibles.

<sup>947</sup> Dans une délibération citée par le rapport, la CNIL soutenait en effet « qu'en retenant la simple possibilité d'exercer son droit d'opposition, en étant obligé de justifier de raisons légitimes, au lieu de prescrire le recueil de l'accord de l'intéressé, le projet de loi ne respecte pas suffisamment les droits des individus relatifs à leur vie privée et n'apporte pas non plus les garanties appropriées requises par l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe précitée ; que l'expression de la volonté de la personne ne saurait connaître de limite autre que celle de sa conscience, dans la mesure où les données concernées relèvent de l'intimité de sa vie privée ; qu'ainsi elle doit

Commission des lois rejette cette proposition. Si elle est « sans doute la plus respectueuse des droits des personnes », elle constitue pourtant « un frein considérable à la recherche et dont la nécessité ne s'impose que si l'information est insuffisante »<sup>948</sup>. La commission établit en outre un lien entre le consentement aux recherches biomédicales et le consentement au traitement des données<sup>949</sup>.

Ce lien apparaît également dans le rapport Bioulac, pour qui « l'information individuelle des personnes permet également de recueillir leur consentement pour l'utilisation des données les concernant dans un fichier informatique. Le principe général demeure celui du "consentement libre et éclairé" qui prévaut en matière de santé »<sup>950</sup>. Finalement, l'introduction partielle de la condition de consentement, par dérogation au principe du droit d'opposition, est votée en première lecture en séance publique au Sénat, sans être modifiée par la suite.

**234.** Ce nouvel usage législatif du consentement participe entièrement à son idéologisation en tant que norme protectrice de l'intégrité de la personne. Pour Alex Türk, rapporteur du texte au Sénat, cette modification et l'introduction de la condition de consentement sont justifiées « lorsque la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants », car « le particulier est atteint non seulement dans sa vie privée, mais également dans son intégrité physique et mentale »<sup>951</sup>. L'analyse est approuvée par le Gouvernement : « Il s'agit bien de renforcer la protection des individus ; le fait de recueillir le consentement éclairé et exprès des personnes concernées va évidemment dans ce sens. »<sup>952</sup> L'introduction du consentement dans le droit des données personnelles lors des lois bioéthiques est ainsi justifiée à la fois par des principes propres à la régulation des données personnelles depuis la loi Informatique et Libertés, la protection de la vie privée, et par des principes irriguant les lois bioéthiques, la protection de l'intégrité physique.

---

pouvoir conserver la maîtrise de ces informations, en réserver l'accès aux seuls membres de l'équipe soignante, définis comme des confidents nécessaires, et donner, le cas échéant, son accord à leur transmission aux médecins qui n'interviennent pas dans le traitement thérapeutique » (CNIL, délib n° 92-025, 10 mars 1992, *portant avis sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*).

<sup>948</sup> A. Türk, *op. cit.*, p. 37.

<sup>949</sup> *Ibid.* (« s'il est en effet indispensable de recueillir le consentement préalable et éclairé de celui qui fait l'objet d'expérimentations biomédicales, une telle précaution paraît moins nécessaire lorsqu'il s'agit de traiter des données déjà recueillies et pour le traitement desquelles il sera le plus souvent inutile de recourir à une participation active du sujet »).

<sup>950</sup> B. Bioulac, *op. cit.*, p. 224. Cette phrase est formulée à propos de l'art. 40-6 de la LIL tel que figurant dans le projet de loi sur les données dans le domaine de la santé.

<sup>951</sup> JO Sénat n° 9, séance du 21 janv. 1994, p. 429.

<sup>952</sup> *Ibid.*

**235.** Ce type de transfert se retrouve à plusieurs reprises en matière sexuelle. En 2006, le législateur se saisit de la question des agressions sexuelles commises entre époux. Plus précisément, le terme de consentement intègre éphémèrement les lois relatives aux agressions sexuelles. La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ajoute en effet un second alinéa à l'article 222-22 du Code pénal, prévoyant que « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire »<sup>953</sup>.

**236.** Ce sujet pose la question d'une rencontre entre les consentements au mariage et aux relations sexuelles<sup>954</sup>. Le lien était déjà fait par la Cour de cassation qui par deux arrêts avait estimé que « l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte »<sup>955</sup> puis que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire »<sup>956</sup>. Historiquement, il existe en effet un prolongement entre le consentement matrimonial et le consentement sexuel<sup>957</sup>. Juridiquement, cette présomption de consentement sexuel était aussi associée au devoir de communauté de vie prévu à l'article 215 du Code

---

<sup>953</sup> L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 11.

<sup>954</sup> A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, Paris : France, Puf, 2022, p. 344, n° 444 : « il fut un temps où la jurisprudence considérait que le consentement au mariage emportait de manière irréfragable l'existence d'un consentement aux relations sexuelles ».

<sup>955</sup> Cass. crim., 5 sept. 1990, n° 90-83.786, publié.

<sup>956</sup> Cass. crim, 11 juin 1992, n° 91-86.346, publié. Dans ce dernier arrêt, l'ordonnance de refus d'informer soutenait que « les actes sexuels accomplis contre le gré de l'épouse qui n'aurait fait état d'aucune violence caractérisée autre que la pénétration sexuelle, "entraient dans le cadre du mariage tel qu'il est traditionnellement admis", de sorte que les éléments constitutifs du crime de viol n'étaient pas réunis » et la chambre d'accusation, confirmant l'ordonnance, estimait « qu'à juste titre, le juge d'instruction a estimé que le mariage a pour effet de légitimer les rapports sexuels et que l'épouse ne peut invoquer son absence de consentement ou l'agressivité qui a accompagné des actes sexuels normaux pour soutenir avoir été victime de viols ».

<sup>957</sup> V. M. Philip, « "Une action dont on rougit même dans les solitudes les plus secrètes" : enquête sur les violences sexuelles conjugales (Paris, XVII<sup>e</sup>- XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, vol. 52, n° 2, 2020, p. 93.

civil<sup>958</sup>. À tout le moins, la doctrine fait le lien entre les deux<sup>959</sup>, « traduisant l'idée que le mariage assure une certaine morale sexuelle et permet la procréation »<sup>960</sup>. Dès lors, le devoir de communauté de vie « paraît difficilement compatible avec la reconnaissance du viol entre époux »<sup>961</sup>.

**237.** En 2006, les parlementaires adoptent ainsi une appréhension du consentement liée à la fois à sa dimension physique et morale. Le rapport du Sénat souligne que « le devoir de cohabitation ne peut procéder que du consentement et du respect d'autrui »<sup>962</sup>. La ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité<sup>963</sup> affirme que « le lien contracté volontairement à un moment de la vie ne saurait remettre en cause le principe de consentement [...] et donc le droit des femmes à disposer de leur intégrité physique, puisque c'est bien le fond du problème posé dans cet amendement »<sup>964</sup>. Cette présomption est finalement supprimée en 2010 par l'Assemblée<sup>965</sup>, la disposition introduite en 2006 n'étant plus jugée pertinente<sup>966</sup>. La loi de 2006 a associé le consentement matrimonial et le consentement sexuel, dans le but de mieux les dissocier. Ce faisant, elle a participé à garantir l'intégrité physique de la femme et le respect au sein du couple.

---

<sup>958</sup> Ainsi, « si la laïcisation du mariage par le code civil de 1804 a abouti à sa “désincarnation” dans le texte, les rapports sexuels des époux étant occultés par ses dispositions, c'est toutefois en vertu de l'obligation d'une “communauté de vie” édictée par son article 215 que s'est déduite la subsistance du devoir conjugal au sein du mariage civil, l'abstinence prolongée et imposée par l'un des époux à son conjoint constituant, aujourd'hui encore, une faute invocable au titre du divorce » (T. Besse, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », *RSC*, 2018, p. 21).

<sup>959</sup> A.-M. Leroyer, *op. cit.*, p. 343, n° 443 : « depuis l'introduction de la notion de communauté de vie par la loi de 1970 à l'article 215, la doctrine y rattache volontiers l'existence du devoir conjugal [...] ».

<sup>960</sup> *Ibid.*

<sup>961</sup> *Ibid.*, p. 344, n° 444

<sup>962</sup> H. de Richemont, *Rapport n° 228 au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression et sur la proposition de loi relative à la lutte contre les violences au sein des couples*, Sénat, 8 mars 2005, p. 32.

<sup>963</sup> Catherine Vautrin.

<sup>964</sup> JO Sénat n° 5, séance du mardi 24 janv. 2006, p. 180. La ministre le réaffirme à l'Assemblée : « La cellule familiale ne saurait impliquer je ne sais quel droit à la violence, pas plus que le lien contracté volontairement entre un homme et une femme ne saurait porter atteinte au consentement des femmes et à leur droit de disposer de leur intégrité physique. » (JOAN n° 13, 1<sup>re</sup> séance du 21 févr. 2006, p. 1011.)

<sup>965</sup> L. n° 2010-769 du 9 juill. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, art. 36.

<sup>966</sup> L'« effort de pédagogie a[...] porté ses fruits »<sup>966</sup>, cela « ne va pas dans le sens recherché dès lors que l'objectif de cet article est justement de sanctionner les relations sexuelles non consenties, quel que soit le lien existant entre les individus »<sup>966</sup> et « cette présomption, qui ne vaut “que jusqu'à preuve du contraire”, est en pratique sans réelle portée juridique [...] dans la mesure où pour que l'infraction soit constituée, l'accusation doit en tout état de cause établir la réalité des faits constitutifs du viol » (G. Geoffroy, *Rapport n° 2293, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi n° 2121 de Mme Danielle Bousquet, M. Guy Geoffroy et plusieurs de leurs collègues renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, Assemblée nationale, 10 févr. 2010, p. 70-71).

**238.** L'interdiction de l'*upskirting* illustre quant à elle la répression d'infractions visant à protéger à la fois la personnalité et l'intégrité physique de la personne. Cette infraction a été introduite par la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>967</sup> et réprime « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne »<sup>968</sup>. Elle vise à combler un vide juridique à l'intersection des agressions sexuelles et des atteintes à la vie privée<sup>969</sup>. La condition d'absence de consentement constitue un lien entre la protection contre les agressions sexuelles et celle contre les atteintes à la vie privée. Pour la secrétaire d'État qui introduit l'article<sup>970</sup>, il s'inscrit dans l'« objectif, avec ce projet de loi [...] de mieux condamner le spectre ou le continuum des violences sexistes et sexuelles et de combler les lacunes du droit relatives à des violences sexistes ou sexuelles, notamment en sanctionnant ces nouvelles formes de violence : le cyberharcèlement, le harcèlement de rue, la drogue du viol et, donc, le *upskirting* »<sup>971</sup>. La conception idéologique du consentement en fait une notion transversale qui permet de protéger l'intégrité physique comme morale de la personne. C'est surtout la protection des personnes vulnérables qui a permis d'unifier les différents consentements autour d'une conception idéologique.

#### B. La conception unitaire du consentement dans la protection des majeurs

**239.** À partir du début du XXI<sup>e</sup> siècle, le droit des personnes vulnérables s'est développé autour des principes de liberté et de dignité, sous l'influence des droits fondamentaux. Le consentement constitue une pièce maîtresse de cette nouvelle doctrine en matière d'intégrité morale comme physique. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs modifie totalement le système jusqu'alors en place et hérité de la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Plusieurs critiques lui étaient faites : modification de la population cible, notamment avec une augmentation de l'espérance de vie et

<sup>967</sup> L. n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, art. 16.

<sup>968</sup> C. pén., art. 226-3-1.

<sup>969</sup> JO Sénat n° 67, séance du 5 juill. 2018, p. 9222 : « Juridiquement, la qualification de ces faits est problématique, puisqu'il ne peut s'agir d'agressions sexuelles. En effet, il n'y a pas de contact direct entre l'auteur et la victime. Il n'y a pas non plus d'atteinte à la vie privée par captation d'images présentant un caractère sexuel, les faits se déroulant dans l'espace public. » (Intervention de Marlène Schiappa, alors secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes et de la Lutte contre les discriminations.)

<sup>970</sup> L'article a été introduit par voie d'amendement gouvernemental en séance publique au Sénat.

<sup>971</sup> JO Sénat n° 67, séance du 5 juill. 2018, p. 9222.



une « multiplication des exclus sociaux », loi centrée avant tout sur la protection patrimoniale et non personnelle de la personne, « coût de la protection »<sup>972</sup>. Le principal apport de la loi de 2007 se trouve dans l'attention portée à la protection de la personne du majeur et en particulier à son autonomie, sous l'influence d'une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe de 1999<sup>973</sup>. L'autonomie irrigue ainsi le droit des majeurs protégés. Un tel mouvement se percevait déjà dans la loi de 1968<sup>974</sup>. Le rapport de la Commission des lois du Sénat affirmait par exemple que « le projet de loi se propose de remanier une des parties du Code civil qui touche de très près les droits les plus précieux de la personne humaine : la liberté et la capacité »<sup>975</sup>.

**240.** Le droit de la vulnérabilité serait aujourd'hui pensé sous le prisme de l'autonomie<sup>976</sup>. Le Code civil prévoit ainsi que la protection des personnes majeures « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci »<sup>977</sup>. Le consentement occupe une place importante dans le respect de l'autonomie, comme l'illustrent les articles 458 et 459 du Code civil. Selon le premier, caractéristique d'une « autonomie absolue »<sup>978</sup>, « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée »<sup>979</sup>. La disposition liste par ailleurs les actes « réputés strictement personnels »<sup>980</sup>. Le second article prévoirait une « autonomie relative »<sup>981</sup>. Son principe n'a pas changé depuis 2007 : « Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. » Les modalités d'exception prévoyant l'assistance ou la représentation de la personne ont en revanche évolué avec la loi du 23 mars 2019. En 2007, les décisions de la personne chargée de la protection étaient en principe subordonnées à l'autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'elles

---

<sup>972</sup> F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Majeur protégé », févr. 2020, act. mai 2022, n° 5 et s.

<sup>973</sup> J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure : essai en droit privé*, préf. F. Violla, Paris : Dalloz, 2022, p. 99.

<sup>974</sup> *Ibid.*

<sup>975</sup> L. Jozeau-Marigné, *Rapport n° 237, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 201, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme du droit des incapables majeurs*, Sénat, 9 mai 1967, p. 2.

<sup>976</sup> J. Dugne, *op. cit.*, p. 95 et s., n° 124.

<sup>977</sup> C. civ., art. 415, al. 3.

<sup>978</sup> J. Dugne, *op. cit.*, p. 132.

<sup>979</sup> C. civ., art. 458 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>980</sup> C. civ., art. 458 al. 2 : « La déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

<sup>981</sup> J. Dugne, *op. cit.*, p. 126.

avaient « pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée »<sup>982</sup>. Ces deux grands principes constituent précisément les valeurs sociales structurant les consentements depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle dans une idéologie humaniste.

**241.** Il résulte des travaux législatifs de 2007 que le consentement de la personne protégée est conçu sous le double prisme de la dignité et de la liberté<sup>983</sup>. Le Code civil prévoit d'ailleurs que la protection des personnes majeures « est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »<sup>984</sup>. Le rapport de l'Assemblée étudie le « recueil du consentement de la personne protégée » dans une sous-partie consacrée au « respect de la dignité et des intérêts de la personne protégée »<sup>985</sup>. À cet égard, les parlementaires appréhendent l'article 459 relatif aux « décisions personnelles » comme une question impliquant le consentement de la personne, où sont mêlés aspects moraux et corporels de la personnalité<sup>986</sup>. L'attention au consentement fait partie de « l'affirmation des droits de la personne vulnérable, afin d'assurer le respect des libertés fondamentales ainsi que des droits et de la dignité de l'homme »<sup>987</sup>.

---

<sup>982</sup> C. civ., art. 459, al. 3 anc.

<sup>983</sup> Comme dans les autres travaux législatifs, les parlementaires s'appuient sur la jurisprudence antérieure pour justifier les dispositions qu'ils souhaitent créer, ce qui brouille la détection de ses justifications. Ainsi, « le projet de loi consacre et précise le statut personnel du majeur protégé construit par la jurisprudence. » (É. Blessig, *Rapport n° 3557, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 3462 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Assemblée nationale, 10 janv. 2007, p. 170.) Le rapport sénatorial fait le même constat (v. H. de Richemont, *Rapport n° 212, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 172, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Sénat, 7 févr. 2007, p. 162).

<sup>984</sup> C. civ., art. 415, al. 2.

<sup>985</sup> É. Blessig, *op. cit.*, p. 46 et s.

<sup>986</sup> *Ibid.*, p. 47 : « Quelle que soit la mesure de protection, le projet de loi pose le principe selon lequel les décisions personnelles concernant la personne protégée sont prises par la personne elle-même dans la mesure où son état le permet (article 459). Seront ainsi soumis au recueil du consentement de la personne la modification de son lieu de résidence, le choix d'un lieu de vacances ou la décision d'une intervention chirurgicale bénigne ou mettant gravement en cause le respect du corps humain. »

<sup>987</sup> *Ibid.*, p. 67 : « Le deuxième volet de la réforme est l'affirmation des droits de la personne vulnérable, afin d'assurer le respect des libertés fondamentales ainsi que des droits et de la dignité de l'homme. Ainsi, de nouvelles dispositions sont prévues afin de donner la parole à la personne vulnérable au cours de la procédure judiciaire. Il n'est plus admissible qu'une décision la concernant personnellement puisse être prise sans recueillir son consentement. L'affirmation des droits de la personne vulnérable se traduira au cours de la procédure judiciaire, en lui donnant la parole et en associant sa famille. Une mesure de protection juridique ne pourra être ordonnée par le juge qu'après audition de la personne concernée, qui pourra être assistée d'un avocat. L'audience sera le temps fort de la procédure, en permettant à la personne d'être dans toute la mesure du possible actrice des décisions qui seront prises. Le juge devra l'informer, sous une forme appropriée à son état, des décisions envisagées, afin qu'elle puisse exprimer ses sentiments, notamment sur le choix de la personne chargée de protéger ses intérêts, l'organisation de son mode de vie ou sa prise en charge médicale. Le consentement préalable de la personne vulnérable sera recueilli, si son état le permet. » (Intervention de Pascal Clément, garde des Sceaux.)

**242.** La même idée se retrouve plus ponctuellement dans la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. Le consentement de la personne à son hébergement dans un établissement social et médico-social est davantage pris en compte et s'inscrit dans la protection de son intégrité. La loi prévoit en effet la conclusion d'un contrat de séjour à l'occasion de la conclusion duquel « le directeur de l'établissement ou toute autre personne formellement désignée par lui recherche, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement, le consentement de la personne à être accueillie »<sup>988</sup>. Or, cette disposition en précède une autre qui prévoit que « sont assurés » à la personne prise en charge « le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement [...] »<sup>989</sup>. La secrétaire d'État chargée de la famille, des personnes âgées et de l'autonomie<sup>990</sup> affirme ainsi que « le respect et la dignité des personnes âgées vulnérables sont renforcés par la réaffirmation de leurs droits, en particulier lors de la signature du contrat de séjour en établissement »<sup>991</sup>.

**243.** Le paradigme de l'autonomie peut bien sûr faire l'objet d'une critique s'agissant de l'expression de la volonté de personnes par définition vulnérables<sup>992</sup>. Ce constat, qui mérite assurément une réflexion, n'occulte pas l'apparition d'un nouveau paradigme du consentement des personnes protégées. Fondé sur l'autonomie, la liberté, la dignité, il vise la protection de l'intégrité physique comme morale de l'individu, placée au cœur des décisions relatives à sa personne. L'attention à la volonté se situe au cœur de la définition de la personne<sup>993</sup>. Ce faisant, la considération des personnes protégées en tant que personnes passe par une conceptualisation idéologique du consentement transversale entre intégrité physique et morale. Loin d'être occultée par l'attention progressive à l'autonomie, l'idéologie humaniste du consentement dans sa construction politique n'en est que confirmée.

**244. Conclusion de la Section 2.** Le consentement a été élaboré comme une norme humaniste en ce qu'il protège l'intégrité morale de la personne. Moins évidente que la

---

<sup>988</sup> L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, art. 27 (CASF, art. L. 311- 4).

<sup>989</sup> CASF, art. L. 311- 3. Les cinq premiers principes étaient déjà présents dans le CASF avant l'adoption de la loi (L. n° 2002-2 du 2 janv. 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, art. 7).

<sup>990</sup> Laurence Rossignol.

<sup>991</sup> M. Pinville, *Rapport n° 2155, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1994 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, Assemblée nationale, 17 juill. 2014, p. 54.

<sup>992</sup> J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure : essai en droit privé*, préf. F. Violla, Paris, France, Dalloz, 2022, p. 154, n° 195 : « Aussi louable soit-il, l'objectif d'autonomie suppose que l'individu puisse être en état de l'exercer, en mesure de l'assumer. [...] Une analyse réaliste commande de ne pas oublier que le majeur vulnérable est aussi, mais surtout celui dont la lucidité est fragile et la volonté parfois absente. »

<sup>993</sup> G. Aïdan, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022, p. 122 et s.

protection de son intégrité physique, elle s'exprime par la protection de la vie privée, mais aussi à l'intersection de la protection de l'intégrité physique et morale. En cela, elle témoigne de l'attention particulière portée au corps de la personne dans la construction progressive du consentement, « fait psychique »<sup>994</sup> par excellence.

**245. Conclusion du Chapitre 2.** En droit français, le consentement a progressivement été construit comme une norme idéologique. Liée à la protection de l'intégrité tant physique que morale, la montée en puissance de la condition de consentement en droit depuis la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle s'est en effet réalisée dans une idéologie humaniste qui n'a jamais totalement disparu. Cette conception du consentement n'est pas transcendante. Le consentement ne porte pas en lui-même le *noli me tangere* si souvent invoqué dans le domaine bioéthique. Il est plutôt le résultat d'une longue construction historique par les parlementaires, fruit de choix politiques et sociétaux.

**246. Conclusion du Titre 1.** Cet héritage historique éclaire le droit positif. Il explique pourquoi le consentement ne représente pas seulement un outil d'expression de la liberté de la personne, mais aussi un outil d'encadrement de cette liberté. En portant en lui la protection de la personne contre les atteintes physiques et morales, le consentement permet aux pouvoirs publics d'imposer une surveillance de ces atteintes au nom de la protection de la personne. Le consentement véhicule ainsi une logique paternaliste ou relevant, du moins, d'un « paternalisme libéral »<sup>995</sup>. Cette conception idéologique du consentement contient des limites propres, apparues en même temps que son importance dans le débat public. Une contradiction apparaît entre les discours sur le droit et le droit positif lui-même. Elle participe à expliquer les incompréhensions autour du terme même de consentement dans le débat public. La conception idéologique n'est pas seule à modifier le regard sur les fonctions prêtées au consentement. Le consentement constitue aussi un phénomène politique, car la norme de consentement est fonctionnelle. Le recueil de la volonté en droit des personnes peut permettre aux pouvoirs publics de poursuivre une finalité de protection de l'ordre social.

---

<sup>994</sup> *Ibid.*, p. 122 et s. sur les liens entre « volonté juridique » et « volonté psychique ».

<sup>995</sup> V. le dossier « Paternalisme libéral », *Raisons politiques* n° 4, 2011.

## Titre 2

### Une norme fonctionnelle

**247.** Le consentement constitue une norme fonctionnelle<sup>996</sup>, dans la mesure où les pouvoirs publics s'appuient souvent sur l'expression de la volonté de la personne afin de mener à bien un certain nombre de politiques publiques. Cette méthode traduit en apparence une marque de respect pour la liberté et l'autonomie de la personne. Il s'agit de faire croire aux individus qu'ils sont associés, parce qu'ils y ont consenti, aux politiques publiques mises en œuvre.

Toutefois, cette méthode s'avère beaucoup moins libérale qu'elle n'y paraît. Les pouvoirs publics veulent en réalité, en s'appuyant sur le consentement, assurer la préservation de l'ordre social. La finalité du recours par principe au consentement est de permettre « le maintien et la cohérence de la société », en mettant l'accent sur « la place occupée par chacun de ses membres »<sup>997</sup>. La référence au consentement reflète dès lors plutôt une « une politique, traduite dans la règle de droit »<sup>998</sup>. La méthode qui consiste à se référer au consentement d'une manière à la vérité assez formelle témoigne d'un paradoxe. Alors que le terme est classiquement associé aux idées de liberté et d'autonomie, il devient un instrument permettant d'assurer la stabilité de l'ordre juridique, de la société et permettant de réguler les rapports sociaux. Cette fonction fait donc de la norme de consentement un phénomène éminemment politique.

**248.** La préservation de l'ordre social est ainsi assurée de deux manières différentes. Le consentement permet d'abord de garantir l'adhésion des individus à des politiques publiques. Le consentement est ainsi instrumentalisé pour satisfaire un objectif de consensus social et de limitation des conflits.

Cette fonction est aussi poursuivie au niveau plus étroit du groupe familial. Les consentements imposés au sein de la famille permettent en effet de réguler les relations entre ses membres.

---

<sup>996</sup> Ce qui ne revient pas à appliquer la distinction entre « notion conceptuelle » et « notion fonctionnelle » formulée par Georges Vedel. Pour une analyse critique, v. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641.

<sup>997</sup> M. Saulier, *Le droit commun des couples : essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, Paris : IRJS Éditions, 2017, p. 37. L'ordre social peut également être défini comme « d'une part, l'ensemble des règles auxquelles les citoyens doivent se conformer ; de l'autre la soumission des citoyens à ces règles » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2010, v<sup>o</sup> « Ordre », p. 720, spéc. p. 721 ; ou encore comme la « situation d'un système social caractérisé par un degré élevé de cohésion sociale et par la cohérence et l'harmonie des relations entre les diverses composantes de ce système [...] » (C. Dollo, Y. Alpe, J.-R. Lambert, S. Parayre, *Lexique de sociologie*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2020, v<sup>o</sup> « Ordre social », p. 293).

<sup>998</sup> M. Saulier, *op. cit.*

Outils d'une régulation publique de la sphère familiale, ils assurent ainsi la préservation de l'ordre familial, structure essentielle de la société.

**249.** L'utilisation du consentement permet ainsi de garantir l'adhésion des individus à certaines politiques publiques (**Chapitre 1**) et sert aussi à assurer la stabilité des familles (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1**

### **Garantir l'adhésion des individus**

**251.** Le recueil du consentement est parfois instrumentalisé pour mener à bien certaines politiques publiques. Dans de nombreuses hypothèses, en effet, le consentement est exigé de manière tout à fait formelle, de telle sorte qu'aucune conséquence n'est attachée à son refus. Cette méthode est particulièrement utilisée en matière de protection de l'enfance, de santé publique et de politique pénale.

La question se pose de savoir pourquoi le législateur prend soin, dans ces matières particulières, de rédiger la loi en faisant appel par principe à l'exigence du consentement tout en prévoyant expressément que le refus de consentir n'a aucune conséquence. En effet, dans de telles hypothèses, pourquoi ne pas directement affirmer que le consentement n'est pas opérant ? La raison de cette instrumentalisation du consentement résulte de la technique choisie pour élaborer le droit. La technique est connue. On sait que le législateur, plutôt que de contraindre, cherche souvent à obtenir l'adhésion des intéressés à la norme applicable. Cette manière d'écrire la loi ne trompe pas : ainsi utilisé, le consentement est simplement destiné à donner l'illusion aux individus qu'ils ont adhéré à la règle qui leur est appliquée.

**252.** La démonstration oblige à d'abord sérier les hypothèses où le consentement est ainsi exigé de manière purement formelle afin de mettre en œuvre certaines politiques publiques (**Section 1**). Ces cas mis en lumière, il sera ainsi possible de s'interroger sur les raisons politiques de cette instrumentalisation du recueil du consentement (**Section 2**).

#### **Section 1. Les hypothèses d'instrumentalisation du consentement à des fins de politiques publiques**

**253.** Le recueil du consentement semble instrumentalisé afin de poursuivre des intérêts publics. Dans de nombreux cas, en effet, le consentement est recherché mais tous les effets du refus de consentement n'en sont pas tirés. Il apparaît que l'atteinte portée au principe de consentement repose sur la poursuite de politiques publiques qui lui seraient proportionnées. En rendant ineffectif ou en sanctionnant le refus de consentement, les pouvoirs publics assurent ce qui constitue, selon eux, l'ordre social. L'ensemble de ces politiques publiques ne peut pas être parcouru. Néanmoins, un certain nombre d'entre elles apparaissent plus que d'autres.

**254.** Le recueil du consentement est instrumentalisé au profit de la protection de l'enfance (§1), de la santé publique (§2) ou de la politique pénale (§3).

### **§1. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la protection de l'enfance**

**255.** Le recueil du consentement des parents à l'adoption de leur enfant mineur est instrumentalisé dans un objectif de protection de l'enfance. L'adoption peut en effet être prononcée sans le consentement des parents dans plusieurs hypothèses.

**256.** Aux termes de l'article 348-7 du Code civil, « lorsque les parents refusent de consentir à l'adoption de leur enfant dont ils se sont désintéressés au risque d'en compromettre la santé ou la moralité, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime ce refus abusif » et « il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille »<sup>999</sup>. Le texte indique ainsi clairement que le refus de consentement des parents peut être écarté par le juge.

**257.** Par ailleurs, jusqu'à la loi du 21 février 2022, le consentement des parents était recherché, mais l'adoption de l'enfant pouvait tout de même avoir lieu sans. En principe, la loi prévoyait que « lorsque l'enfant est remis au service par ses père ou mère, selon les 2° ou 3° de l'article L. 224-4 [du Code de l'action sociale et des familles], ceux-ci doivent être invités à consentir à son adoption »<sup>1000</sup>. Cette disposition était applicable quand « la filiation [de l'enfant] est établie et connue » et notamment quand la remise est effectuée « par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption »<sup>1001</sup>. Dans cette dernière hypothèse, si le consentement à l'adoption était donné, il était soumis aux règles prévues aux articles 348 et suivants du Code civil sur le consentement des parents. Il pouvait notamment être rétracté pendant deux mois<sup>1002</sup>,

---

<sup>999</sup> Comp. L. n° 2022-219 du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption, art. 9. Une disposition transitoire prévoit qu'en cas d'assistance médicale pratiquée à l'étranger avant la publication de la loi bioéthique du 2 août 2021, la femme qui se voit refuser la reconnaissance conjointe par la mère inscrite dans l'acte de naissance peut demander à adopter l'enfant. Dans ce cas, « le tribunal prononce l'adoption s'il estime que le refus de la reconnaissance conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant et si la protection de ce dernier l'exige ».

<sup>1000</sup> CASF, art. L. 224-5, al. 7.

<sup>1001</sup> CASF, art. L. 224-4, 2° et 3° (« 2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois ;

3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent »).

<sup>1002</sup> C. civ. art. 348-3 anc.



ce dont étaient informés les parents<sup>1003</sup> et l'admission était provisoire pendant un délai de deux mois durant lequel la « restitution » de l'enfant était possible<sup>1004</sup>. Passé ce délai, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État était prise par le tuteur avec l'accord du conseil de famille, le refus étant susceptible de recours par les parents<sup>1005</sup>. Autrement, l'enfant était admis en qualité de pupille de l'État à titre définitif<sup>1006</sup>. Le parent était certes « invité » à consentir à l'adoption de son enfant lors de l'admission en qualité de pupille de l'État, mais son absence de consentement ne constituait pas toujours un obstacle à l'adoption. Comme l'indiquait le Défenseur des Droits en 2013, dans le cas où les parents, invités à donner leur consentement à l'adoption, ne le donnaient pas, l'enfant pouvait tout de même devenir pupille de l'État. Dans ce cas, l'article 349 du Code civil prévoit en effet que « pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles »<sup>1007</sup>.

**258.** Cette possibilité n'a pas tout à fait disparu après la réforme du droit de l'adoption en 2022. La proposition de loi prévoyait de supprimer l'invitation à consentir à l'adoption en la remplaçant par un « consentement à l'admission de l'enfant dans le statut de pupille de l'État »<sup>1008</sup>. Il aurait ouvert « la possibilité pour l'enfant de bénéficier d'un projet d'adoption »<sup>1009</sup>. Des associations<sup>1010</sup> et des parlementaires<sup>1011</sup> se sont prononcés contre. La suppression du consentement à l'adoption serait problématique notamment au regard du caractère symbolique et fondamental du consentement des parents à l'adoption de leur

<sup>1003</sup> CASF, art. L. 224-5, al. 7.

<sup>1004</sup> CASF, art. L. 224-4 et L. 224-6, al. 2.

<sup>1005</sup> CASF, art. L. 224-6, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2022-1292 du 5 oct. 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption (qui n'a que substitué « 352 » à « 352-2 »).

<sup>1006</sup> CASF, art. L. 224-8, I.

<sup>1007</sup> Déf. droits, *L'adoption et l'intérêt supérieur de l'enfant : Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant »*, 2013, p. 22 : « S'ils ["les parents, qui sont encore titulaires de l'autorité parentale"] ne répondent pas à cette invitation, l'enfant sera néanmoins adoptable une fois devenu pupille et le consentement sera donné par le conseil de famille des pupilles de l'État. L'enfant pourra être placé en vue de l'adoption trois mois après avoir été remis à l'Aide sociale à l'enfance (ASE) : deux mois pendant lesquels l'un des parents ou les deux peuvent librement rétracter leur consentement et le reprendre sans formalité parce qu'il n'est pas encore admis en qualité de pupille (art. L. 224-6 du code de l'action sociale et des familles), un mois correspondant au délai de recours contre l'arrêté d'admission. »

<sup>1008</sup> Proposition de loi visant à réformer l'adoption, n° 3161, 30 juin 2020, art. 13.

<sup>1009</sup> *Ibid.*

<sup>1010</sup> M.-A. Grard, C. Cadier, M.-C. Riot, M. Lasserre, « Adoption : "La proposition de loi piétine le consentement des parents" », *La Croix*, 13 janv. 2022.

<sup>1011</sup> Par exemple pour les députés, JOAN n° 144, 3<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, JOAN n° 12, 2<sup>e</sup> séance du 17 janv. 2022 et JOAN n° 13, séance du 18 janv. 2022. Pour la critique par la doctrine juridique, v. S. Prétot, « La double-face du consentement des parents à l'adoption », *JCP N*, 2022, p. 1134.

enfant<sup>1012</sup>. De tels arguments, qui reposent sur la conception idéologique du consentement, ne prennent pourtant pas en compte la possibilité en droit antérieur de passer outre ce consentement. Le consentement pouvait certes être donné mais, s'il ne l'était pas, l'adoption pouvait tout de même avoir lieu. Cette conception ne disparaît pas avec la nouvelle disposition. Elle semble plutôt entériner la situation antérieure en proposant aux parents de systématiquement donner leur consentement, non pas à l'adoption, mais à l'admission de l'enfant à la qualité de pupille de l'État. Ce consentement est désormais éclairé sur l'éventuel projet d'adoption dont bénéficiera l'enfant. Autrement dit, désormais, les parents donnent toujours un consentement. En revanche, ils ne donnent plus de consentement à l'adoption.

**259.** Prononcer l'adoption sans le consentement des parents permet de mener une politique de protection de l'enfance. L'intérêt de l'enfant est considéré comme supérieur, dans certaines hypothèses, au maintien du lien de filiation qui l'unit à ses parents d'origine. Le prononcé de l'adoption sans le consentement des parents a ainsi pu être jugé conventionnel sous certaines conditions. Il se trouve en effet justifié par l'intérêt de l'enfant<sup>1013</sup>. La modification des règles relatives au consentement des parents remettant leur enfant à l'Aide sociale à l'enfance est d'ailleurs précisément justifiée par l'intérêt de l'adoption pour l'enfant pupille de l'État : « Il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de permettre à ses parents d'origine de le remettre au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de son admission dans le statut de pupille de l'État, tout en s'opposant à ce qu'il bénéficie, le cas échéant, d'un projet d'adoption. »<sup>1014</sup>

Le recueil du consentement de la personne est également instrumentalisé au profit d'une autre politique, la santé publique.

## **§2. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la santé publique**

**260.** L'instrumentalisation du recueil du consentement par les pouvoirs publics pour mener leur politique dans le domaine de la santé publique est prégnante dans quatre hypothèses : le

---

<sup>1012</sup> Marie-Aleth Grard, Colin Cadier, Marie-Claude Riot, Marc Lasserre, *loc. cit.* : « Pourtant, le caractère explicite et exprimé de cette décision est bien essentiel. En effet, lorsque les circonstances de la vie empêchent les parents de naissance d'assumer leur rôle, choisir le meilleur avenir pour leur enfant - jusqu'à accepter que soit modifiée si nécessaire sa filiation - relève à l'évidence de leur liberté et de leur dignité. » V. aussi JOAN n° 144, 3<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, p. 10877 : « Vous déniez à ces familles, qui n'agissent pas ainsi de gaieté de cœur, le droit de dire ce qu'elles veulent pour leur enfant. Vous leur laissez le côté négatif de la démarche, sans leur octroyer sa dimension positive, qui consiste à donner leur accord pour que leur enfant soit adopté. » (Intervention de Xavier Breton.)

<sup>1013</sup> CEDH, 25 janv. 2007, n° 21949/03, *Eski c. Autriche*, n° 36.

<sup>1014</sup> JOAN n° 144, 3<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, p. 10879.

refus de soins (A), la vaccination (B), le dépistage d'une maladie sexuelle transmissible suite à des violences sexuelles (C) et les soins psychiatriques (D).

#### A. Le refus de soins

**261.** Le recueil du consentement aux soins est instrumentalisé afin de protéger la vie. Les actes médicaux exigent le consentement de la personne tout en laissant la possibilité de passer outre un refus. Le médecin doit en principe se conformer au refus de soins de la part du patient<sup>1015</sup>. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit en effet que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »<sup>1016</sup>. Ce choix doit être respecté par le médecin, qui « a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité »<sup>1017</sup>. Le refus de traitement n'implique pas un désengagement du médecin à l'égard du patient : « le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif »<sup>1018</sup> et « le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs [...] »<sup>1019</sup>. En ce sens, le respect du choix du patient suppose ainsi l'accompagnement du patient dans les conséquences de son choix.

**262.** Toutefois, le principe du respect du consentement n'est pas absolu et le refus de consentement peut être écarté lorsque la survie du patient est en jeu. Le Conseil d'État l'affirme dans l'arrêt *Madame Senanayake*<sup>1020</sup>, où il casse l'arrêt de la cour administrative d'appel qui a « commis une erreur de droit » en « fai[sant] prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade »<sup>1021</sup>. Régulant le litige au fond, le Conseil d'État estime que « compte tenu de la situation extrême dans laquelle [le patient] se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ». Ils n'ont ainsi pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital, « quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses »<sup>1022</sup>. La

---

<sup>1015</sup> Sur le refus de traitement, v. S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 153 et s.

<sup>1016</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 2.

<sup>1017</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

<sup>1018</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 2.

<sup>1019</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

<sup>1020</sup> CE ass., 26 oct. 2001, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayake*.

<sup>1021</sup> *Ibid.*

<sup>1022</sup> *Ibid.*

Cour de cassation adoptait déjà une position similaire en posant une exception au consentement du patient en cas de « danger immédiat pour sa vie »<sup>1023</sup>. Un changement aurait pu être opéré après la loi Kouchner du 4 mars 2002<sup>1024</sup>, qui consacre les droits du patient et notamment le respect de sa volonté<sup>1025</sup>. Toutefois, même après son adoption, le refus de consentement peut encore ne pas être respecté dans les situations où la survie du patient est en jeu. Le 16 juin 2002, le Conseil d'État estime ainsi que les médecins ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit pour la patiente de donner son consentement à un traitement médical « lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état »<sup>1026</sup>. Cette jurisprudence a survécu à la modification introduite en 2016 à l'article L. 1111-4 du Code civil, qui prévoit désormais que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement ». La prise en compte croissante de la situation de fin de vie, notamment par la loi dite Leonetti du 22 avril 2005<sup>1027</sup> et la loi Claeys-Leonetti du 2 février 2016<sup>1028</sup>, n'a pas non plus mis fin à cette jurisprudence. Des décisions de justice ont ainsi récemment fait application des principes antérieurement consacrés dans le cas de transfusions sanguines refusées par des patients Témoins de Jéhovah, alors qu'ils avaient écrit des instructions médicales exprimant leur refus<sup>1029</sup>.

---

<sup>1023</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 oct. 1988, n° 86-12.832, publié. Dans cette affaire, la Cour de cassation affirme que « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient ». La Cour de cassation se fonde sur d'autres règles de droit que celles invoquées Conseil d'État pour affirmer un principe similaire : elle casse l'arrêt d'appel pour violation de l'article 1147 du Code civil car « le consentement de [la patiente] n'a pas été sollicité avant cette intervention, alors que celle-ci n'était pas destinée à prévenir un danger immédiat pour sa vie, mais seulement à empêcher un risque futur en cas d'une éventuelle nouvelle grossesse et qu'elle impliquait de surcroît un choix strictement personnel de la part de l'intéressée ».

<sup>1024</sup> L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>1025</sup> L'art. L. 1111-4 CSP prévoit alors que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables » et 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 ».

<sup>1026</sup> CE, ord. réf., 16 août 2002, n° 249552, publié au Recueil, *Madame Feuillat c. CHU de St Etienne*. L'ordonnance vise l'article L. 1111-4, dans la rédaction que lui a donnée la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ».

<sup>1027</sup> L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie

<sup>1028</sup> L. n° 2016-87 du 2 févr. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

<sup>1029</sup> CE, ord. réf., 20 mai 2022, n° 463713, cons. 8 : « Le droit pour le patient majeur de donner son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. En ne s'écartant des instructions médicales écrites dont [le patient] était porteur lors de son accident que par des actes indispensables à sa survie et proportionnés à son état, alors qu'il était hors d'état d'exprimer sa volonté, les médecins de l'hôpital d'instruction des armées Sainte-Anne n'ont pas porté atteinte à ce droit, non plus qu'aux autres libertés fondamentales garanties par les stipulations internationales invoquées, d'atteinte manifestement illégale. » V. aussi CAA Bordeaux, 20 oct. 2022, n° 20BX03081 : « La situation d'urgence vitale, caractérisée par le dossier médical et non sérieusement contestée, ne permettait pas de s'assurer d'une réitération dans un délai raisonnable du refus du traitement et

**263.** L'absence d'effectivité du refus de consentement à une transfusion sanguine est justifiée par la protection de la vie de la personne<sup>1030</sup>. Le Conseil d'État a certes rejeté en 2001 la motivation de la cour administrative d'appel de Paris qui avait « entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade »<sup>1031</sup>. Pour autant, la jurisprudence des juridictions administratives sur les transfusions sanguines de personnes témoins de Jéhovah est justifiée par la « survie » de la personne. Implicitement, les juges semblent opérer un contrôle de proportionnalité entre son droit à la vie d'un côté et d'autres droits de l'autre, comme le droit au respect de l'intégrité physique de la personne ou la liberté de conscience<sup>1032</sup>. Pourtant, dans son arrêt du 20 mai 2022, le Conseil d'État fait reposer ce contrôle sur le droit à la santé plutôt que le droit à la vie<sup>1033</sup>.

L'inefficacité du consentement constitue ainsi la conséquence d'une biopolitique : « la vie est considérée comme un objet collectif sur lequel l'État exerce son pouvoir politique »<sup>1034</sup>. Ainsi, « le médecin est habilité à agir, indépendamment de la volonté du patient, tel un “agent” au service de la collectivité »<sup>1035</sup>.

## B. La vaccination

**264.** Les obligations vaccinales<sup>1036</sup> permettent de sanctionner le refus d'une personne à sa vaccination. Le consentement de la personne à sa vaccination lui est ainsi toujours demandé et

---

justifiait de s'écarter des directives anticipées. Dans ces circonstances, les transfusions de produits sanguins réalisées le 29 février 2016, alors que la technique alternative du “cell saver” ne suffisait pas à assurer la survie de la patiente, ne peuvent être regardées comme fautives au regard des dispositions des articles L. 1111-4 et L.1111-11 du code de santé publique. »

<sup>1030</sup> C. Lantero, « Réflexions sur la fondamentalisation des droits des patients. L'exemple de la violation du consentement », *RDSS*, 2022, p. 216 : « En somme, le droit à la vie - droit fondamental - continue de l'emporter sur le droit au consentement - droit fondamental aussi... mais un peu moins. »

<sup>1031</sup> CE ass., 26 oct. 2001, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayaké*.

<sup>1032</sup> X. Bioy, « Refus de soins vitaux, vingt ans après », *AJDA*, 2022, p. 1693 : « Et, en effet, le patient a choisi de faire prévaloir sa liberté de conscience et de religion, autant que son autonomie personnelle, sur son droit à la vie. Le juge semble lui objecter, encore une fois sans le dire, que cet arbitrage relève de la société à travers le bras réarmé de la médecine. »

<sup>1033</sup> *Ibid.*

<sup>1034</sup> L. Marguet, « Entre protection objective et conception subjective du droit à la vie et à la dignité humaine : l'encadrement juridique de la fin de vie en France et en Allemagne », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11. V. aussi S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154, à propos de l'argumentation de Mireille Heers : « En préconisant de refuser de donner du poids à la parole du témoin de Jéhovah majeur et sain d'esprit qui refuse une transfusion, elle préconise bien de faire primer un respect de la vie érigé en valeur cardinale de l'humanité sur la volonté individuelle. »

<sup>1035</sup> L. Marguet, *loc. cit.* (« La France semble davantage s'inscrire dans un modèle biopolitique tandis que l'Allemagne tend à se rapprocher du modèle individualiste. »)

<sup>1036</sup> D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, p. 683 et s., n° 153.90 et s.

son refus n'entraîne pas de vaccination forcée, mais des conséquences juridiques désavantageuses. Les obligations vaccinales peuvent être générales<sup>1037</sup> ou limitées à un groupe particulier de personnes au regard de vaccins particuliers : thanatopracteurs<sup>1038</sup>, étudiants et professionnels de santé<sup>1039</sup>, « toute personne âgée de plus d'un an et résidant ou séjournant en Guyane »<sup>1040</sup>, personnes exposées par leurs « activités » ou leur « milieu de vie » à la tuberculose<sup>1041</sup>. La loi du 5 août 2021 a précisément prévu une « vaccination obligatoire »<sup>1042</sup>, « sauf contre-indication reconnue », contre la Covid-19 à destination d'une série de professionnels<sup>1043</sup>. Suspendue par un décret du 13 mai 2023<sup>1044</sup>, son abrogation est en cours de discussion au Parlement<sup>1045</sup>. Les effets du refus de vaccination ont un impact sur la personne en la privant notamment d'effectuer une activité professionnelle<sup>1046</sup>.

**265.** Les obligations vaccinales poursuivent des objectifs de santé publique. Elles peuvent être conformes aux normes supralégislatives, notamment à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme, au terme d'un contrôle de proportionnalité<sup>1047</sup>. Le Conseil d'État a en effet affirmé que « la restriction apportée à l'obligation de consentement aux interventions dans le domaine de la santé est inhérente au caractère obligatoire de la vaccination, lequel [...] est justifié par les besoins de la protection de la santé publique et proportionné au but poursuivi »<sup>1048</sup>. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a ainsi estimé que l'ingérence que constituait la vaccination dans le principe d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain ou le droit au respect de la vie privée était proportionnée au but poursuivi et en particulier à la protection de la santé<sup>1049</sup>. Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion

---

<sup>1037</sup> Comme la liste, prévue à l'article L. 3111-2 du Code de la santé publique, de vaccinations « obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue ».

<sup>1038</sup> Vaccination contre l'hépatite B « en l'absence d'infection en cours ou antérieure » (CSP, art. L. 3111-3).

<sup>1039</sup> CSP, art. L. 3111-4.

<sup>1040</sup> CSP, art. L. 3111-6.

<sup>1041</sup> CSP, art. L. 3112-1.

<sup>1042</sup> L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, chap. II.

<sup>1043</sup> L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, art. 12.

<sup>1044</sup> D. n° 2023-368 du 13 mai 2023 relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants.

<sup>1045</sup> Proposition de loi portant abrogation de l'obligation vaccinale contre la covid-19 dans les secteurs médicaux, paramédicaux et d'aide à la personne et visant à la réintégration des professionnels et étudiants suspendus, n° 991, 21 mars 2023

<sup>1046</sup> Par ex., L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, art. 14.

<sup>1047</sup> S. Bandelier, C. Dressel, C. Lanier, A. Steger-Kicinski, « Retour sur le passe vaccinal : libre disposition de son corps et consentement aux soins », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2022.

<sup>1048</sup> CE, 10 déc. 2021, n° 456004, publié au Recueil, *Syndicat des agents publics de Polynésie*, cons. 28.

<sup>1049</sup> CE, 26 nov. 2001, n° 222741, publié au Recueil. Le Conseil d'État estime que la mise en œuvre des dispositions prévoyant une obligation vaccinale porte « une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain » et a pour « but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ». Les dispositions instaurant des vaccinations obligatoires « sont proportionnées à cet objectif » et « dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe

d'affirmer « qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective »<sup>1050</sup>. À cette occasion, il a estimé que des dispositions prévoyant des vaccinations obligatoires dans le Code de la santé publique étaient conformes à la Constitution<sup>1051</sup>. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé que l'obligation vaccinale à l'égard des enfants en République Tchèque poursuivait « la protection contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé »<sup>1052</sup> et que cette ingérence dans le droit au respect de la vie privée des requérants était proportionnée<sup>1053</sup>. Les autorités, en l'espèce, « sont restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation » qu'elles avaient dans ce domaine<sup>1054</sup>. Cette décision soulignait précisément que l'obligation vaccinale ne revenait pas à une vaccination forcée. Tirer des conséquences négatives du refus de vaccination permet ainsi aux pouvoirs publics de mener une politique de protection de la santé publique tout en s'assurant de sa conformité aux droits et libertés fondamentaux.

---

constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » ni celui de liberté de conscience. V. aussi, à propos de l'obligation de vaccination contre la Covid 19 en Polynésie, CE, 10 déc. 2021, n° 456004, publié au Recueil, *Syndicat des agents publics de Polynésie*, cons. 27 : « les dispositions critiquées ont apporté au droit au respect de la vie privée une restriction justifiée par l'objectif d'amélioration de la couverture vaccinale en vue de la protection de la santé publique, et proportionnée à ce but ». De même, les dispositions de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, rendant obligatoires onze vaccins, ne sont pas non plus « incompatibles » avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'atteinte qu'elles lui portent est « justifiée par l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population, et proportionnée à ce but » (CE, 6 mai 2019, n° 419242, publié au Recueil, cons. 12).

<sup>1050</sup> Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458, *Époux L*, cons. 10. Le Conseil constitutionnel estime qu'il est aussi loisible au législateur « de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ». En revanche, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » (*ibid.*).

<sup>1051</sup> *Ibid.*, cons. 11 (« par les dispositions contestées, le législateur n'a pas porté atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946 ») et cons. 12 (« les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution »).

<sup>1052</sup> CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13, G. C., *Vavříčka et autres c. République Tchèque*, n° 272. D'autres buts que la « protection de la santé et la protection des droits d'autrui » peuvent, selon la Cour « entrer en ligne de compte » dans cette hypothèse, comme « les intérêts que constituent la sûreté publique, le bien-être économique du pays ou encore la défense de l'ordre » (*ibid.*).

<sup>1053</sup> *Ibid.*, n° 309. Notons que la Cour relève que l'ingérence dans l'article 8 dépend aussi des moyens utilisés pour faire respecter l'obligation vaccinale et l'exclusion de la force en l'espèce. L'obligation vaccinale prévue en l'espèce « peut être considérée comme étant liée à la jouissance effective par l'individu de ses droits d'ordre intime » mais « le poids de cette considération se trouve toutefois atténué par le fait qu'aucune vaccination n'a été ni n'aurait pu être administrée contre la volonté des requérants, car le droit interne pertinent ne permet pas de faire respecter par la force l'obligation en cause » (*Ibid.*, n° 276 ; v. aussi *ibid.*, n° 293).

<sup>1054</sup> *Ibid.*, n° 310.

**266.** Pour autant, le consentement de la personne n'est en principe pas nécessaire. L'exiger suppose donc son instrumentalisation. Il ressort en effet de la jurisprudence que, dans le cas d'une obligation vaccinale, il n'existe plus de droit à consentir au traitement. Un tel droit n'est donc pas atteint par l'obligation vaccinale. Le Conseil d'État a ainsi estimé que « le droit du patient de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués ne saurait être utilement invoqué à l'encontre des dispositions prises par le pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre une obligation de vaccination établie par la loi pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, dont le principe même écarte l'application de ce droit »<sup>1055</sup>. L'interprétation paraît contestable. Si aucune décision de justice ne propose une interprétation contraire, un décret de 2017 prévoyait par exemple que « le pharmacien [...] recueille préalablement à la vaccination, par écrit, le consentement exprès et éclairé de la personne qu'il juge éligible à la vaccination à l'aide d'un formulaire de consentement [...] »<sup>1056</sup>. Il reste qu'en l'état actuel de la jurisprudence, le droit de donner son consentement est écarté par l'obligation vaccinale.

C. Le dépistage d'une maladie sexuellement transmissible suite à des violences sexuelles

**267.** De même, le consentement de la personne peut être requis, mais son refus privé d'effet dans le cas où une personne a été exposée à une maladie sexuelle transmissible au cours de violences sexuelles. Il s'agit de l'hypothèse du dépistage d'une maladie sexuellement transmissible sur une « personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle »<sup>1057</sup>. Le professionnel qui réalise cet acte sur réquisition de l'officier de police judiciaire « doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé »<sup>1058</sup>. Toutefois, le dépistage, qui consiste en un examen médical et une prise de sang, peut être effectué sans le consentement de la personne. Dans ce cas, des instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction sont nécessaires. Le consentement de la personne est recherché en première intention mais, si elle refuse, il est

---

<sup>1055</sup> CE, ord. réf., 27 sept. 2021, n° 456571, cons. 9.

<sup>1056</sup> D. n° 2017-985 du 10 mai 2017 relatif à l'expérimentation de l'administration par les pharmaciens du vaccin contre la grippe saisonnière (abrogé par l'article 2 du décret n° 2019-357 du 23 avr. 2019 relatif à la vaccination par les pharmaciens d'officine).

<sup>1057</sup> CPP, art. 706-47-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1058</sup> CPP, art. 706-47-2, al. 2.



possible de réaliser l'acte sans son consentement. Par ailleurs, son refus peut également entraîner des sanctions pénales<sup>1059</sup>.

**268.** Cette mesure est justifiée par la protection de la victime et de la santé publique. En effet, l'introduction de cet article dans la loi sur la sécurité intérieure en 2003 a été motivée par la lourdeur des traitements préventifs contre le VIH que la victime d'un viol devrait endurer<sup>1060</sup>.

Le Conseil constitutionnel a validé la conformité de cette disposition à la Constitution notamment par rapport à « la protection de la santé de la victime »<sup>1061</sup>.

#### D. Les soins psychiatriques

**269.** Le domaine des soins psychiatriques illustre l'instrumentalisation du consentement afin de mener des politiques publiques. Il existerait en effet un « paradoxe » né de l'article L. 3211-2-1 du Code de la santé publique<sup>1062</sup>. D'un côté, « une personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application » de certaines dispositions du Code de la santé publique ou du code de procédure pénale « est dite en soins psychiatriques sans consentement »<sup>1063</sup>. De l'autre, lorsqu'un patient relevant de ces hypothèses n'est pas pris en charge sous la forme d'une

---

<sup>1059</sup> CPP, art. 706-47-2, al. 5 : « Le fait de refuser de se soumettre au dépistage prévu au présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5 du Code pénal, ces peines se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles susceptibles d'être prononcées pour le crime ou le délit ayant fait l'objet de la procédure. »

<sup>1060</sup> C. Estrosi, *Rapport n° 508, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat après déclaration d'urgence n° 381, pour la sécurité intérieure*, n° 508, Assemblée nationale, 18 déc. 2002, p. 88 : « M. Jean-Paul Garraud a souligné que les victimes de viol subissaient un traumatisme supplémentaire en étant obligées de suivre un traitement préventif très lourd pour se prémunir de toute contamination éventuelle, observant que l'amendement proposé reprenait les recommandations formulées récemment par l'Académie de médecine. » V. aussi JOAN n° 3, 3<sup>e</sup> séance du 16 janv. 2003, p. 189 et s. Toutefois, des parlementaires ont fait remarquer que le test n'était pas nécessairement fiable, notamment au regard de la « fenêtre de séroconversion » car, pendant un certain temps, l'individu peut être porteur du VIH mais testé négatif : JOAN n° 3, 3<sup>e</sup> séance du 16 janv. 2003, p. 189 et s., interventions de Martine Billard et de Jean-Marie Le Guen.

<sup>1061</sup> Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 49 (« dans ces conditions, la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause et, plus particulièrement, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, de la protection de la santé de la victime »). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel estime que « l'autorité judiciaire disposera de toute latitude d'appréciation lorsque la victime demandera que soit pratiqué un examen médical ou un prélèvement sanguin nonobstant le refus de l'intéressé » et « qu'elle pourra en particulier, lorsque la nature de l'infraction ne comporte pas de risque pour la santé de la victime, ne pas donner suite à la demande de celle-ci » (cons. 51).

<sup>1062</sup> M. Couturier, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RDSS*, 2014, p. 120.

<sup>1063</sup> CSP, art. L. 3211-2-1, I.

hospitalisation complète, « aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à [son] égard »<sup>1064</sup>.

Une personne peut donc être hospitalisée sans son consentement, alors que ce dernier est pourtant nécessaire pour effectuer un certain nombre d'actes médicaux. L'alternative laissée à la personne par le psychiatre est très limitée : « Il s'agit simplement pour elle d'opter entre deux solutions : accepter de collaborer aux soins qui lui sont proposés ou être privée de liberté. »<sup>1065</sup> Lors d'un entretien avec la personne qui n'est pas en hospitalisation complète, « le psychiatre de l'établissement d'accueil recueille l'avis du patient » et « l'avise des dispositions [...] de l'article L. 3211-11 » du Code de la santé publique. Cette dernière disposition prévoit que le psychiatre peut proposer l'hospitalisation complète de la personne qui n'était pas sous ce régime, notamment au regard de son « comportement »<sup>1066</sup>. Le refus de consentement de la personne aux soins pourrait donc être sanctionné : « le psychiatre informe le malade sur son devoir de collaborer à la mesure de soins, devoir dont la violation est assortie d'une sanction consistant en la potentialité d'une privation de liberté par retour en hospitalisation complète »<sup>1067</sup>.

**270.** Les soins psychiatriques sans consentement sont justifiés par une politique de protection des tiers ou de la personne elle-même. Lorsqu'elle est prononcée sur décision du directeur d'établissement, elle suppose la demande d'un tiers ou « un péril imminent pour la santé de la personne »<sup>1068</sup>. L'hospitalisation vise alors à préserver la santé du patient : « son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante [...], soit d'une surveillance médicale régulière [...] »<sup>1069</sup>. Elle est prononcée par arrêté du représentant de l'État lorsque « les troubles mentaux [de la personne] nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »<sup>1070</sup>. Il résulte des décisions du Conseil constitutionnel que l'objectif poursuivi par ces soins vise « la protection de la santé

---

<sup>1064</sup> CSP, art. L. 3211-2-1, III.

<sup>1065</sup> M. Couturier, *loc. cit.*

<sup>1066</sup> *Ibid.* L'article L. 3211-11, al. 1<sup>er</sup>, du Code de la santé publique prévoit notamment que « le psychiatre qui participe à la prise en charge du patient peut proposer à tout moment de modifier la forme de la prise en charge mentionnée à l'article L. 3211-2-1 pour tenir compte de l'évolution de l'état de la personne ». Par ailleurs, « le psychiatre qui participe à la prise en charge du patient transmet immédiatement au directeur de l'établissement d'accueil un certificat médical circonstancié proposant une hospitalisation complète lorsqu'il constate que la prise en charge de la personne décidée sous une autre forme ne permet plus, notamment du fait du comportement de la personne, de dispenser les soins nécessaires à son état » (CSP, art. L. 3211-11, al. 2).

<sup>1067</sup> M. Couturier, *loc. cit.*

<sup>1068</sup> CSP, art. L. 3212-1, II, 2<sup>o</sup>.

<sup>1069</sup> CSP, art. L. 3212-1, I, 1<sup>o</sup>.

<sup>1070</sup> CSP, art. L. 3213-1, al. 1<sup>er</sup>.

des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droit et principes de valeur constitutionnelle »<sup>1071</sup>.

Le recueil du consentement est également instrumentalisé au profit de la politique pénale menée par les pouvoirs publics<sup>1072</sup>.

### **§3. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la politique pénale**

**271.** Le recueil du consentement est également instrumentalisé par les pouvoirs publics afin de mener leur politique pénale. La loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles a ainsi introduit le suivi socio-judiciaire et prévoit notamment l'injonction de soins<sup>1073</sup>. La personne fait alors l'objet d'un traitement en étant suivie par un médecin<sup>1074</sup>. Cette mesure est toutefois conditionnée au consentement de la personne et la loi du 17 juin 1998 prévoyait que « le juge de l'application des peines avertit le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 du Code pénal pourra être mis à exécution »<sup>1075</sup>. L'injonction de soins a par la suite été étendue à d'autres mesures pénales pouvant être prononcées par le juge<sup>1076</sup>. Dans le cas du suivi socio-judiciaire<sup>1077</sup>, de la surveillance judiciaire<sup>1078</sup> et de la libération conditionnelle<sup>1079</sup>, le magistrat doit aviser l'individu qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement mais que le refus des soins peut entraîner une série de conséquences : l'emprisonnement au titre de l'absence de respect du suivi socio-judiciaire, la révocation de la libération conditionnelle ou le retrait de « tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il [le condamné] a bénéficié » pour la surveillance judiciaire.

---

<sup>1071</sup> Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*, cons. 16 ; Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, cons. 8.

<sup>1072</sup> Sur les liens entre consentement, droit de la santé et sécurité, v. par ex. P. Froon, *L'éviction du consentement de la personne en droit de la santé dans un but sécuritaire*, dir. A.-M. Leroyer, Mémoire de Master 2 Droit privé général, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2021.

<sup>1073</sup> L. n° 1998-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, art. 8.

<sup>1074</sup> V. CSP, art. L. 3711-1 et s., auxquels renvoient les diverses dispositions applicables à l'injonction de soins.

<sup>1075</sup> CPP, art. 763-3 dans sa version issue de la loi n° 1998-468 du 17 juin 1998.

<sup>1076</sup> D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, p. 763 et s., n° 156.50 et s. Il semble ainsi que l'hypothèse ne soit pas prévue pour le sursis probatoire (C. pén., art. 132-45, 22°) et la contrainte pénale (C. pén., art. 131-4-1, al. 6, qui renvoie à l'article 132-44 du Code pénal).

<sup>1077</sup> C. pén., art. 131-36-4 ; v. aussi C. pén., art. 763-3.

<sup>1078</sup> CPP, art. 723-35, al. 2, et D. 147-37, al. 3 (v. CPP, art. 723-30). La surveillance judiciaire est une mesure de sûreté.

<sup>1079</sup> CPP, art. D. 538 (v. CPP, art. 731-1).

**272.** L'injonction de soins s'inscrit dans plusieurs politiques publiques. D'un point de vue législatif, elle semble avoir pour but premier de prévenir la récidive de la personne<sup>1080</sup>. En ce sens, le consentement est instrumentalisé au profit d'une politique pénale. Pour autant, cet objectif est confondu en pratique avec le caractère médical des soins et donc un objectif de protection de la santé<sup>1081</sup>.

**273.** Un mécanisme analogue à celui de l'injonction de soins a été mis en place dans le cadre de la surveillance électronique. Lorsqu'elle est prononcée à titre de mesure de sûreté, « le président de la juridiction avertit le condamné que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en œuvre sans son consentement, mais que, à défaut ou s'il manque à ses obligations, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution »<sup>1082</sup>. Le défaut de consentement de la personne est également suivi de conséquences en cas d'assignation à résidence avec surveillance électronique prononcée lors de la mise en examen<sup>1083</sup>, de détention à domicile sous surveillance électronique prononcée à titre de peine<sup>1084</sup> et de surveillance judiciaire<sup>1085</sup>.

**274.** Le consentement au placement sous surveillance électronique est instrumentalisé afin de mener la politique pénale de l'État. Il semble ainsi poursuivre plusieurs objectifs : lutte contre la récidive et réinsertion, mais aussi lutte contre la surpopulation carcérale<sup>1086</sup>. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que « la surveillance judiciaire, y compris lorsqu'elle comprend un placement sous surveillance électronique mobile [...] repose non sur la culpabilité

---

<sup>1080</sup> M. Herzog-Evans, *Rép. pén. Dalloz*, v° « Récidive », juill. 2019, act. juill. 2022, n° 325 : « L'ensemble de ces règles ne s'adresse pas exclusivement aux récidivistes ; il a pour objet de prévenir la récidive. »

<sup>1081</sup> V. Gautron, « Les soins pénalement ordonnés : une inflation controversée », *AJ pénal*, 2023, p. 413 : « Plutôt qu'une véritable médicalisation de la peine, les SPO se présentent alors comme des "hybrides médico-légaux" qui superposent des rationalités à la fois pénales et médicales. »

<sup>1082</sup> C. pén., art. 131-36-12 et CPP, art. 763-10 al. 4.

<sup>1083</sup> CPP, art. 142-5 al. 5 (v. C. pén., art. 137, al. 2) : le refus de consentement « constitue une violation des obligations qui lui incombent et peut donner lieu à la révocation de l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à son placement en détention provisoire ».

<sup>1084</sup> CPP, art. 723-8, al. 3 : le refus de consentement « constitue une violation des obligations qui lui incombent et peut donner lieu à la mise à exécution de l'emprisonnement prévue à l'article 713-44 ou au retrait de la mesure d'aménagement prévu à l'article 723-13. »

<sup>1085</sup> CPP, art. 723-35, al. 2 : en cas de refus de consentement, « tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il ["le condamné"] a bénéficié pourra, en application du premier alinéa, lui être retiré ».

<sup>1086</sup> S. Enderlin, *Rép. pén. Dalloz*, v° « Placement sous surveillance électronique fixe ou mobile », avr. 2015, act. juin 2016, n° 21 et s. (placement sous surveillance électronique fixe) et n° 28 et s. (placement sous surveillance électronique mobile) ; L. de Graëve, « "Big brother" sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État », *RFDA*, 2008, p. 999 : « Ainsi, dix ans après son intégration dans notre droit positif par la loi du 19 décembre 1997, le placement sous surveillance électronique est présenté aujourd'hui comme l'outil nécessaire pour répondre à l'engorgement carcéral, à l'amélioration des mécanismes de réadaptation sociale et de lutte contre la récidive. »

du condamné, mais sur sa dangerosité » et « qu'elle a pour seul but de prévenir la récidive », de sorte qu'elle « ne constitue ni une peine ni une sanction »<sup>1087</sup>. Le consentement permet ainsi un contrôle de la personne et, contrairement aux apparences, de son corps. De la sorte, il constitue un contrôle disciplinaire<sup>1088</sup>.

**275.** Le refus par une personne étrangère d'un test PCR de dépistage de la Covid 19 répond encore d'un régime similaire, mais dans le cadre de la politique migratoire de l'État<sup>1089</sup>. Si le test PCR n'est pas exécuté sans le consentement de la personne<sup>1090</sup>, contrairement aux cas où le consentement est ignoré, son refus entraîne pourtant des conséquences juridiques importantes. La Cour de cassation a affirmé le 14 septembre 2022 que « le refus de se soumettre à un test PCR de dépistage de la Covid 19 exigé par une compagnie aérienne avant l'embarquement sauf s'il est justifié par des raisons médicales dûment constatées » constitue une « obstruction à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement » justifiant la prolongation de la rétention administrative d'une personne étrangère<sup>1091</sup>. En 2021, le législateur avait déjà prévu une sanction applicable à la personne étrangère qui refuse « de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office » d'une mesure qui s'applique à elle<sup>1092</sup>.

---

<sup>1087</sup> Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, cons. 14.

<sup>1088</sup> Pour Olivier Razac, la contrainte exercée par le dispositif de surveillance électronique est à la fois disciplinaire et virtuelle. Il faudrait l'interpréter comme une « surveillance ». Selon le chercheur, « c'est bien un corps qui est enfermé et [...] la force qui agit pour le contraindre physiquement est la potentialité d'un pouvoir disciplinaire classique. Autrement dit, la matérialité de la surveillance électronique pénale, c'est encore et toujours celle de la prison. » (O. Razac, « La matérialité de la surveillance électronique », *Déviance et Société*, vol. 37, n° 3, 2013, p. 389.)

<sup>1089</sup> V. L. Carayon, « Tests de détection de la COVID-19, politique d'expulsion des personnes étrangères et déshérence du principe d'intégrité du corps humain », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 38, n° 3-4, 2022, p. 205.

<sup>1090</sup> *Ibid.*

<sup>1091</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 sept. 2022, n° 21-13.462, publié. La Cour de cassation estime que l'art. L. 552-7, al. 5, CESEDA, dans sa rédaction issue de la L. n° 2018-778 du 10 septembre 2018, prévoit que « le juge des libertés et de la détention peut, à titre exceptionnel, être saisi d'une demande de quatrième prolongation de la rétention, notamment lorsque, dans les quinze derniers jours, l'étranger a fait obstruction à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement » et que « caractérise une telle obstruction le refus de se soumettre à un test PCR de dépistage de la Covid 19 exigé par une compagnie aérienne avant l'embarquement sauf s'il est justifié par des raisons médicales dûment constatées ». La Cour de cassation casse ainsi pour défaut de base légale, au regard de la disposition susmentionnée, l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Douai, qui n'avait pas retenu cette qualification « dans la mesure où d'autres moyens de recherche aux mêmes fins existent et qu'aucune obligation légale ou réglementaire n'impose d'effectuer ce test », « sans rechercher s'il existait des raisons médicales motivant le refus » de la personne étrangère.

<sup>1092</sup> L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, art. 2. L'article L. 824-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile punit « de trois ans d'emprisonnement le fait, pour un étranger, de se soustraire ou de tenter de se soustraire à l'exécution d'une interdiction administrative du territoire français, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une décision d'expulsion » en ajoutant que « cette peine est également applicable en cas de refus, par un étranger, de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet ». Le Conseil constitutionnel a estimé que « l'expression "obligations sanitaires", éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des tests de dépistage de la covid-19 » (Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 95).

Dans un arrêt du 30 août 2021, le Conseil d'État estime aussi que la « fuite » d'une personne demanderesse d'asile soumise au règlement Dublin de 2013<sup>1093</sup> est caractérisée si le ressortissant étranger « se soustrait intentionnellement à l'exécution d'un transfert organisé en refusant un test PCR obligatoire pour l'entrée effective sur le territoire de l'État membre responsable, dès lors qu'il avait connaissance des conséquences d'un refus de sa part et qu'il ne fait état d'aucune raison médicale particulière justifiant une absence de consentement à la réalisation du test »<sup>1094</sup>.

**276.** La jurisprudence a pourtant pu estimer que le consentement de la personne n'était pas nécessaire. Par exemple, lorsque l'exigence de consentement est fondée sur l'atteinte à l'intégrité corporelle, l'absence de qualification d'une telle atteinte peut éliminer la nécessité légale de consentement<sup>1095</sup>. En se prononçant sur la conformité notamment de l'article L. 824-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile à la Constitution à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi du 5 août 2021<sup>1096</sup>, le Conseil constitutionnel a estimé que « l'obligation de se soumettre à un test de dépistage de la Covid-19 en application des dispositions contestées ne comporte aucun procédé attentatoire à l'intégrité physique et à la dignité des personnes »<sup>1097</sup>. Dans cette hypothèse, le consentement est en principe demandé, notamment car l'intéressé peut refuser l'acte. Mais, en estimant qu'une telle mesure n'est pas « attentatoire à l'intégrité physique de la personne », le Conseil constitutionnel ne l'inclut pas dans le cadre de l'article 16-3 du Code civil qui aurait exigé le consentement de la personne. De la sorte, le refus de consentement n'est pas nécessaire et peut être sanctionné. L'interprétation est certes discutable. Dans une ordonnance du 10 novembre 2021, où la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « le refus par un étranger de se soumettre à un test de dépistage de la Covid 19 nécessaire à l'exécution d'une mesure d'éloignement ne constituait pas une infraction à l'époque des faits »<sup>1098</sup>, les juges avaient estimé en appel que « le test PCR est un acte médical qui requiert le consentement de la

---

<sup>1093</sup> Règlement (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride. L'arrêt s'applique à la « fuite » de la personne au sens de l'art. 29 du règlement.

<sup>1094</sup> CE, 30 août 2021, n° 455759.

<sup>1095</sup> V. L. Carayon, *loc. cit.*

<sup>1096</sup> L. n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, art. 2.

<sup>1097</sup> Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 97. Rappelons que, selon le Conseil constitutionnel, « l'expression “obligations sanitaires”, éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des tests de dépistage de la covid-19 » (*ibid.*, cons. 95).

<sup>1098</sup> Cass. crim., 10 nov. 2021, n° 21-81.925, publié. L'arrêt est rendu au regard de l'article L. 624-1-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, ce qui correspond à l'art. L. 824-9 de ce code avant sa modification législative en 2021.

personne » qui, en l'espèce, « a, à plusieurs reprises, refusé de s'y soumettre »<sup>1099</sup>. Il reste qu'une telle interprétation de l'atteinte à l'intégrité corporelle est mise en œuvre par le Conseil constitutionnel et devrait suffire à exclure l'exigence de consentement.

**277. Conclusion de la Section 1.** Ces différents exemples nous montrent que le recueil du consentement peut être largement instrumentalisé aux fins de servir certaines politiques publiques comme la protection de l'enfance, la santé publique ou sa politique pénale. Ces cas étant mis en lumière, il importe de comprendre les raisons politiques pour lesquelles la loi ou la jurisprudence instrumentalisent ainsi le consentement.

## **Section 2. Les raisons politiques de l'instrumentalisation du consentement**

**278.** Le recueil du consentement constitue une justification de politiques publiques d'exception (§1) et pourrait plus généralement constituer une modalité d'exercice du pouvoir (§2).

### **§1. Le recueil du consentement comme justification de politiques publiques d'exception**

**279.** La doctrine critique classiquement la sanction du refus de consentement en raison de l'absence de choix laissé à l'individu. En conséquence, le consentement prévu par la loi ne serait pas libre et ne constituerait pas un véritable consentement. Il a ainsi été relevé que « le consentement est illusoire dès lors qu'il est obtenu sous la pression » en cas d'injonction thérapeutique ou de soins<sup>1100</sup>. Les tests PCR auxquels sont soumises les personnes étrangères constitueraient « des cas de “contraintes” sur le consentement »<sup>1101</sup>. Le même raisonnement est appliqué aux mesures sanitaires prises dans le cadre de la pandémie de Covid-19 : « le côté

---

<sup>1099</sup> Cass. crim., 10 nov. 2021, n° 21-81.925.

<sup>1100</sup> Pour Patrick Mistretta, « le consentement est de prime abord exigé et respecté, mais l'analyse fait apparaître qu'en réalité le consentement est illusoire dès lors qu'il est obtenu sous la pression. L'utilisation du consentement pression s'observe dans deux directions que le législateur indique expressément dans la lettre des textes afin de pousser le délinquant à accepter une thérapie [...] ou des soins [...]. » De sorte que dans le cas de l'injonction thérapeutique, « un tel consentement n'a d'existence que dans son principe car son obtention effective relève à l'évidence de l'extorsion dès lors qu'il est obtenu sous la menace de peines » et « cette même logique de chantage à l'emprisonnement se retrouve en matière de pression aux soins » (P. Mistretta, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, n° 1, 2011, p. 19).

<sup>1101</sup> L. Carayon, *loc. cit.* : « La rareté des situations d'intervention “forcée” sur le corps contraste cependant avec la multiplication, ces dernières années des cas de “contraintes” sur le consentement, qui peut s'exprimer de façons diverses. »

insidieux [...] réside dans la balance déséquilibrée qui assortit le non-consentement de contraintes à fort degré dissuasif »<sup>1102</sup> et « le consentement ne semble [...] ni totalement libre, ni réellement éclairé »<sup>1103</sup> ; « l'apparence de la liberté d'aller et venir est sauve au prix d'une analyse *in abstracto* qui occulte le poids de ce dispositif sur le consentement à se soumettre à des tests médicaux, à se vacciner ou à dévoiler ses données personnelles »<sup>1104</sup>. Le consentement serait manipulé pour légitimer un acte en réalité contraint. En conséquence, le « vrai » consentement serait dévoyé, victime de ce stratagème. Cette analyse empêche de s'interroger sur le rôle actif joué par le consentement. On peut en effet se demander pourquoi exiger au préalable la volonté de l'individu, si son refus est inefficace ou sanctionné.

**280.** Exiger le consentement pourrait certes présenter un intérêt pragmatique : cela permet de déterminer si la personne consent ou non. On y trouve également un intérêt juridique. Dans les cas évoqués, le consentement est parfois inefficace au terme d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, comme dans l'hypothèse du refus de transfusion sanguine. Le Conseil d'État a ainsi rappelé en 2001 que les juges ne pouvaient « faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade »<sup>1105</sup>. De même, l'exigence du consentement peut être incontournable. Le Conseil constitutionnel a ainsi validé le dispositif de surveillance électronique mobile notamment au motif que le consentement était exigé préalablement à sa mise en œuvre<sup>1106</sup>. Pour autant, il a été montré que le consentement ne serait juridiquement pas nécessaire dans plusieurs autres hypothèses. Les justifications pragmatiques et juridiques ne parviennent pas à justifier pourquoi le consentement est toujours exigé alors que son refus est inefficace ou sanctionné.

---

<sup>1102</sup> S. Bandelier, C. Dressel, C. Lanier, A. Steger-Kicinski, « Retour sur le passe vaccinal : libre disposition de son corps et consentement aux soins », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2022.

<sup>1103</sup> Les auteurs estiment qu'« à l'instar des juges, il est loisible de penser que ces inflexions du principe soient justifiées par l'impératif de santé publique ainsi que par l'urgence d'endiguer la pandémie de covid-19. [...] S'il ne s'agit vraisemblablement pas d'un coup d'arrêt porté à cette tendance à l'autonomisation, on observe a minima une restriction de l'autonomie personnelle en présence d'un impératif de santé publique, ou plus exactement d'une urgence de santé publique. Cette restriction n'est cependant pas assumée - le Gouvernement et le Parlement ayant privilégié la mise en place du passe vaccinal plutôt qu'une obligation de vaccination - et ne semble pas davantage encadrée. » (*Ibid.*)

<sup>1104</sup> H. Avvenire, « Tour de passe-passe sanitaire ? », *AJDA*, 2021, p. 2415.

<sup>1105</sup> CE ass., 26 oct. 2001, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayaké*.

<sup>1106</sup> Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, cons. 20 (« le placement sous surveillance électronique mobile ne peut être mis en œuvre qu'avec le consentement du condamné »). Le Conseil constitutionnel conclut que « l'ensemble des précautions ainsi prises par le législateur suffit à garantir qu'aucune rigueur non nécessaire ne sera imposée aux personnes concernées ».



**281.** Le recueil du consentement présente un intérêt qui explique son instrumentalisation au profit de politiques publiques. Le consentement manifeste en effet l'adhésion de la personne.

C'est ce qui ressort des travaux parlementaires, comme les discussions sur l'injonction de soins en 1998. Un sénateur affirme par exemple que « l'injonction de soins suppose le consentement du condamné, car il s'agit d'inciter ce dernier à se soigner plutôt que de l'y obliger. On sait que l'obligation n'est pas la meilleure des thérapies »<sup>1107</sup>. De même, le rapport issu du Sénat souligne que « l'exposé des motifs du projet de loi insiste sur cette place faite au volontariat, estimant que l'accord du condamné s'impose *“tant pour des motifs d'éthique et de déontologie médicales que pour des raisons pratiques, liées à l'absence d'efficacité d'un traitement ne recueillant aucune adhésion du patient”* »<sup>1108</sup>.

Le consentement au placement sous surveillance électronique mobile fait l'objet de la même approche en 2005<sup>1109</sup>. La Commission des lois sénatoriale affirme ainsi que « l'efficacité [du placement sous surveillance électronique mobile] ne paraît en effet garantie que si la personne a consenti aux obligations qu'il implique »<sup>1110</sup>. D'ailleurs, le rapport Fenech de 2005, rendu au cours de la deuxième lecture du texte, estimait que « le caractère très interactif de la surveillance mobile renforce la nécessité de l'adhésion de la personne et du même coup est indissociable de l'aspect éducatif qu'elle doit revêtir et du projet de réadaptation sociale qui doit être au cœur de cette mesure coercitive »<sup>1111</sup>.

Toutefois, il semble en pratique que les thérapeutes travaillent avec la contrainte judiciaire elle-même. En effet, cette dernière, « loin de constituer un problème, leur apparaît nécessaire

---

<sup>1107</sup> JO Sénat, n° 25, séance du 31 mars 1998, p. 1360 (intervention de Robert Pagès).

<sup>1108</sup> C. Jolibois, *Rapport n° 49, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 11, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes, et sur la proposition de loi n° 360 de M. Serge Mathieu relative à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs*, Sénat, 22 oct. 1997. Cette affirmation n'empêche pas l'expression de doutes : « ce consentement risquera, dans certaines hypothèses, d'être davantage arraché que recueilli » (*ibid.*)

<sup>1109</sup> L. n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. Une exigence de consentement existait depuis la loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté (art. 2). Elle prévoyait que l'article 723-7 du Code de procédure pénale disposerait qu'« en cas de condamnation à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an ou lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an, le juge de l'application des peines peut décider, sur son initiative ou à la demande du procureur de la République ou du condamné, que la peine s'exécutera sous le régime du placement sous surveillance électronique. La décision de recourir au placement sous surveillance électronique ne peut être prise qu'après avoir recueilli le consentement du condamné, donné en présence de son avocat. À défaut de choix par le condamné, un avocat est désigné d'office par le bâtonnier. »

<sup>1110</sup> F. Zocchetto, *Rapport n° 30, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi n° 23, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, Sénat, 19 oct. 2005, p. 26.

<sup>1111</sup> G. Fenech, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Ministère de la Justice, 2005, p. 60.

pour amener cette population *a priori* réticente, sur le chemin des soins»<sup>1112</sup>. Ainsi, ces professionnels « transforment la contrainte en soin et suscitent l'adhésion du justiciable »<sup>1113</sup>. Ainsi, si l'adhésion de la personne est bien recherchée, elle l'est peu importe que le consentement soit donné - il « n'est ni formellement recueilli, ni mentionné par les thérapeutes comme un enjeu central de la relation thérapeutique » car, au fond, « quel sens prend en effet la notion de consentement dans le cadre d'une prise en charge de justiciables dont le refus et la réticence sont interprétés comme des composantes du trouble duquel ils sont affectés ? ».

**282.** Dans les hypothèses où le refus de consentement est inefficace ou sanctionné, le recueil du consentement pourrait permettre d'encourager l'adhésion de la personne. Une mesure jugée bonne ou nécessaire pour l'individu et la société, comme un suivi psychiatrique ou l'adoption de l'enfant, serait ainsi mise en œuvre en s'appuyant sur le consentement. Il aurait donc pour but de rendre acceptable cette mesure aux yeux de l'individu. En cas d'échec de cette incitation, les pouvoirs publics ne prendraient pas de risque en prévoyant subsidiairement l'inefficacité ou la sanction du refus de consentement.

**283.** Un tel procédé est montré par Mathias Couturier en s'appuyant sur le consentement à l'injonction de soins et sur le consentement à un programme de soins psychiatriques lorsqu'il est menacé par le passage en hospitalisation complète<sup>1114</sup>. Ces procédés s'expliqueraient par une évolution du « contrôle social »<sup>1115</sup> exercé sur la personne, qui s'appuierait sur la contrainte morale exercée sur l'individu<sup>1116</sup>. Le consentement constituerait « une forme d'autocontrôle personnel répondant à une demande extérieure »<sup>1117</sup>.

---

<sup>1112</sup> S. Saetta, « Contraindre, faire adhérer : le paradoxe du soin des auteurs d'infractions à caractère sexuel », in *Contrainte et consentement en santé mentale : Forcer, influencer, coopérer*, B. Eyraud, L. Velpy, P. A. Vidal-Naquet (dir.), Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2018, 2022, p. 53. De la sorte, « le juge, la loi et la contrainte sont envisagés comme des leviers, et la justice comme un cadre dans lequel les thérapeutes inscrivent leur activité et leurs pratiques » (*ibid.*).

<sup>1113</sup> *Ibid.*

<sup>1114</sup> V. *supra*, n° 268.

<sup>1115</sup> Défini comme « l'ensemble des influences intériorisées et/ou des contraintes externes que la société fait peser sur les conduites individuelles, et qui rendent compte de l'ordre social » (J.-G. Belley, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, v° « Ordre social », p. 112).

<sup>1116</sup> M. Couturier, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RDSS*, 2014, p. 120 : « Les modes disciplinaires de contrôle social, à l'exemple de la prison, ne disparaissent pas complètement mais sont progressivement supplantés comme levier principal d'action et subsistent essentiellement dans une double fonction de menace pour les individus enclins à s'écarter de la norme ainsi que de prise en charge de l'anormalité manifeste. »

<sup>1117</sup> *Ibid.* V. aussi P. Milburn, « Surveiller et punir au XXI<sup>e</sup> siècle », *Journal des anthropologues*, n° 108-109, 2007, p. 159 : « [...] la peine contient un projet de rationalisation des comportements qui passe, dans la thèse de Foucault, par un dispositif de restauration d'une moralité conforme aux règles attendues par l'ordre social dominant. Ce projet prend une allure différente dans la période actuelle, passant plutôt par la mobilisation de la subjectivité et de l'adhésion à la norme, par sa valeur sémantique davantage que par son incorporation. Les innovations du

On constaterait en effet un nouveau mode de prise en charge de « l'anormalité mentale », qui s'articulerait désormais autour « d'une opposition entre individu collaborant aux soins et individu non collaborant aux soins », plutôt que sur celle « entre individu malade et non malade »<sup>1118</sup>. Cette évolution se retrouverait dans les soins psychiatriques sans consentement et dans l'injonction de soins, « modes du contrôle social post-disciplinaire »<sup>1119</sup>. Le rôle joué par le consentement témoignerait d'une « forme de fusion entre contrôle et liberté », à la place de leur opposition classique : « l'efficacité de ces nouveaux dispositifs repose précisément sur la reconnaissance d'une liberté, au moins partielle, à celui qui fait l'objet de la surveillance »<sup>1120</sup>. Le consentement ne s'opposerait pas à la contrainte, il la remplacerait. En effet, « le contrôle social post-disciplinaire se fonde moins sur une distribution de force brute envers l'individu que sur une intériorisation du contrôle par ce dernier au travers d'une construction de l'adhésion à ce qui le contraint »<sup>1121</sup>. Mathias Couturier ne fait pas de cette analyse la dénonciation d'« un projet de manipulation des masses »<sup>1122</sup>. Elle s'inscrirait plutôt dans une évolution des rapports entre l'individu et la société<sup>1123</sup>.

**284.** Les autres exemples pourraient relever du même phénomène. Le consentement à l'adoption serait demandé par principe et pour acter l'adhésion des parents au projet, plus efficace que si la rupture des liens avec leur enfant leur était imposée. De même, le consentement à la vaccination permettrait de rendre les individus acteurs de la campagne de vaccination. En donnant l'impression d'agir librement, la vaccination serait plus efficace que si elle avait été purement obligatoire. De telles mesures trouvent aussi leur efficacité dans la sanction ou l'inefficacité du refus de consentement. Les pouvoirs publics s'assurent ainsi de ne pas manquer leur objectif final. Les conséquences du refus de consentement s'avèrent incitatives : la perte de l'emploi dans le cas de la vaccination des personnels de santé, l'absence de passe sanitaire dans celui de la vaccination de la population générale contre la Covid-19. Dans le même temps, ces mesures sont cohérentes avec l'objectif fixé : la perte de l'emploi

---

système pénal français témoignent de ce recours au consentement et à l'adhésion du justiciable mis en cause à la sanction répondant à leur comportement déviant. »

<sup>1118</sup> M. Couturier, *loc. cit.*

<sup>1119</sup> *Ibid.*

<sup>1120</sup> *Ibid.*

<sup>1121</sup> *Ibid.*

<sup>1122</sup> *Ibid.*

<sup>1123</sup> *Ibid.* : « Il ne faut pas rechercher ici, sur un mode paranoïaque, un projet de manipulation des masses ourdi par une instance démiurgique : aucun Big Brother, aucun UniOrd ne se dissimule derrière le voile de cette réalité. Celle-ci découle d'une évolution spontanée des modes de régulation des comportements liée aux mutations de l'organisation collective, de la figure de l'individu contemporain et de son rapport aux institutions porteuses de pouvoir dans un environnement sociotechnique complexe. »

évite de mettre en danger les patients, l'inaccessibilité d'un certain nombre de services limite les possibilités de contamination.

Une telle appréhension du consentement repose sur le caractère idéologique de la norme. Comme le consentement est associé à la liberté et l'autonomie de la personne, l'exiger suppose de respecter ces principes. Le recueil du consentement pourrait revêtir un caractère incitatif même dans les cas où le refus de consentement est respecté et n'emporte aucune conséquence.

## **§2. Le recueil du consentement comme modalité d'exercice du pouvoir**

**285.** Le recueil du consentement pourrait permettre de manière générale de susciter l'adhésion de la personne à des politiques publiques. Il constituerait alors une modalité d'exercice du pouvoir.

L'importance du consentement dans l'adhésion à l'acte médical permet d'entrevoir ses potentialités. Au-delà de sa justification morale ou éthique, le consentement du patient serait bénéfique pour sa prise en charge. Il a ainsi pu être avancé que « la valorisation de l'autonomie du patient dans la relation de soin a trouvé une autre justification dans la mise en lumière de ses vertus thérapeutiques. En effet, lorsque le patient se sent partie prenante de la décision médicale, il adhère plus volontiers à la stratégie de soin ». Inversement, « la passivité du patient se double d'une moindre efficacité thérapeutique [...] »<sup>1124</sup>. Ces justifications étaient précisément celles qui justifiaient d'exiger le consentement préalablement à l'injonction de soins. Le consentement ne répond pas à tous les cas d'implication du patient dans la décision médicale. Mais le fait même de le demander pourrait avoir un effet sur l'acceptabilité du traitement.

**286.** Le caractère incitatif du recueil du consentement reposerait également sur les valeurs auxquelles le consentement est associé aux yeux des individus. Il donnerait le sentiment d'exercer sa liberté plutôt que de se voir soumis à une démarche paternaliste. En effet, « indépendamment des besoins psychologiques, le principe d'autonomie intègre des attentes morales fondamentales », de sorte que « cette expérience narrative est une expérience cognitive et émotionnelle gratifiante, au rebours de l'infantilisme propre au paternalisme qui blesse la dignité et rabaisse l'estime de soi »<sup>1125</sup>. Ainsi, de manière générale, « outre l'adhésion lucide et réfléchie, l'appel à l'autonomie individuelle favorise un processus inconscient de mobilisation

---

<sup>1124</sup> P. Le Coz, « Éthique : pourquoi respecter l'autonomie du patient ? », *Cancer(s) et psy(s)*, vol. 5, n° 1, 2020, p. 147.

<sup>1125</sup> *Ibid.*

psychique » : « Nous adhérons plus volontiers à nos décisions qu'à celles des autres, par l'effet d'un mécanisme d'automanipulation qui nous pousse à persévérer dans nos initiatives propres. »<sup>1126</sup> Robert-Vincent Joule et Jean-Léon Beauvois développent cette idée dans leur ouvrage de psychologie sociale intitulé *La soumission librement consentie*<sup>1127</sup>. Il s'inscrit dans les théories de l'engagement développées par la psychologie sociale<sup>1128</sup>.

On pourrait alors penser au *nudge* : « cet anglicisme désigne un outil conçu pour modifier nos comportements au quotidien, sous la forme d'une incitation discrète », à partir de la psychologie comportementale<sup>1129</sup>. Ces techniques sont par exemple expérimentées par le Gouvernement, au sein de la Direction interministérielle de la transformation publique (DITP)<sup>1130</sup>. Généralement, les *nudges* ont plutôt un impact sur le consentement lui-même, par exemple en jouant sur l'information préalable<sup>1131</sup>. En l'espèce, le consentement pourrait lui-même jouer ce rôle. Il pourrait pousser la personne à davantage adhérer à un processus en la rendant actrice de celui-ci.

En ce sens, le consentement participerait de ce qui a pu être désigné comme un « paternalisme libéral »<sup>1132</sup>.

**287.** Le recours au consentement peut ainsi être pensé comme permettant la participation active de la personne à la décision, dans l'objectif partagé de rendre son résultat plus acceptable. Comme dans la décision négociée<sup>1133</sup> ou de manière analogique la démocratie de type participative<sup>1134</sup>, le recueil du consentement permet d'impliquer la personne dans les décisions qui sont prises à son égard. Il permettrait sa participation et le renforcement de son sentiment d'autonomie.

---

<sup>1126</sup> *Ibid.*

<sup>1127</sup> R.-V. Joule, J.-L. Beauvois, *La soumission librement consentie : comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2009.

<sup>1128</sup> A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 144, 2009, p. 73. Sur les interactions entre droit et psychologie sociale, v. O. Corten, *Sociologies du droit*, Paris : Dalloz, 2023, p. 230 et s.

<sup>1129</sup> Inserm, *le magazine* n° 51, p. 4.

<sup>1130</sup> Ministère de la transformation et de la fonction publiques, *Les sciences comportementales au service de la transformation publique*, non daté. Par exemple, pour inciter la vaccination des professionnels travaillant en EHPAD, il leur a été fait signer une déclaration de refus de vaccination. Cela a permis une augmentation de plus de 30 % de leur taux de vaccination (p. 22 et s.).

<sup>1131</sup> V. par ex. A. Alemanno, G. Helleringer et A.-L. Sibony, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.*, 2016, p. 911 ; P.-E. Audit, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.*, 2021, p. 545.

<sup>1132</sup> V. Dossier « Paternalisme libéral », *Raisons politiques* n° 4, 2011.

<sup>1133</sup> E. Le Roy, « L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles : Presses universitaires Saint-Louis, 1996, p. 341.

<sup>1134</sup> M.-H. Bacqué, et Y. Sintomer (dir.), *La démocratie participative : histoire et généalogie*, Paris : La Découverte, 2011. Toutefois, la démocratie participative permet de remplir de nombreuses fonctions, loin d'être limitées à la seule adhésion des personnes (*ibid.*, p. 13 et s.).

**288.** La valorisation de la participation de personnes qui ne peuvent pas exprimer formellement leur consentement pourrait s'inscrire dans cette perspective. Dans de nombreux cas, à défaut de lier celui qui le recueille, le consentement de la personne vulnérable doit être recherché et sa volonté doit être prise en compte. Le consentement du mineur est « systématiquement recherché » à de nombreuses occasions : acte médical<sup>1135</sup>, variation du développement génital<sup>1136</sup>, préservation des gamètes pour des raisons médicales<sup>1137</sup>. Rappelons que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent »<sup>1138</sup>. Il en va de même pour la personne majeure. La prise en considération de sa participation n'est pas développée<sup>1139</sup>, mais son avis ou son consentement doivent être recherchés. Si la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté, la personne chargée de la mesure de protection avec représentation autorise l'acte médical ou le traitement « en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée »<sup>1140</sup>. Sa stérilisation à visée contraceptive est subordonnée, si elle est apte à exprimer sa volonté, à la recherche et la prise en compte de son consentement, le refus de consentement constituant un veto<sup>1141</sup>. Dans le domaine de l'action sociale, « son consentement éclairé [...] doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision »<sup>1142</sup>. La recherche du consentement et, à défaut, de la volonté du majeur

<sup>1135</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 7 : « Le consentement, mentionné au quatrième alinéa du mineur, le cas échéant sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. »

<sup>1136</sup> CSP, art. L. 2123-6 : « Le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. »

<sup>1137</sup> CSP, art. L. 2141-11, al. 3 : « Le consentement de la personne mineure doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. »

<sup>1138</sup> C. civ., art. 371-1, al. 4.

<sup>1139</sup> Y. Favier, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS*, 2015, p. 702.

<sup>1140</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 8.

<sup>1141</sup> CSP, art. L. 2123-2, al. 2 : « L'intervention doit être autorisée par le juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère du mineur ou, si la personne concernée fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, de la personne chargée de cette mesure. Le refus de la personne protégée fait obstacle à la saisine du juge. » Également CSP, art. L. 2123-2 al. 3 : « Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. »

<sup>1142</sup> CASF, art. L. 311-3 : « 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 : [...] 3° Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal s'il s'agit d'un mineur ou, s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, de la personne chargée de cette mesure, qui tient compte de l'avis de la personne protégée, doit être recherché ».

pourrait être interprétée comme une manière de le faire participer à la décision<sup>1143</sup>. L'inclusion de la personne dans le processus décisionnel repose sur le respect de son autonomie et de sa dignité. En accordant de l'importance à la volonté d'un individu autrefois désigné comme «incapable», le droit le considère comme une personne à part entière. Pourtant, cette autonomie semble aller à l'encontre du principe même de la vulnérabilité de ces personnes et de la précarité de l'expression de leur volonté<sup>1144</sup>.

**289.** Ces exemples ouvrent une nouvelle manière d'envisager le consentement, au prisme de l'incitation et de l'adhésion. Il n'est pour autant certainement pas question d'affirmer que tous les consentements seraient les instruments d'un contrôle social et auraient une portée coercitive. Il s'agit encore moins d'avancer que les pouvoirs publics utiliseraient sciemment et de manière générale l'exigence de consentement pour contraindre les individus à adopter certains comportements. En revanche, ces travaux permettent de voir l'exigence de consentement d'une autre manière. Ils engagent aussi à interroger le rôle des pouvoirs publics lorsque le consentement pourrait être utilisé pour susciter l'adhésion de la personne. Dans ce cas, en effet, ces actes devraient pouvoir être contrôlés malgré l'absence de caractère contraignant qui leur est associé<sup>1145</sup>.

**290. Conclusion de la Section 2.** Le recueil du consentement présente ainsi un caractère incitatif. Ce caractère est particulièrement prégnant dans le domaine de la psychiatrie, où le consentement témoigne d'une évolution du contrôle social de la personne vers un « autocontrôle »<sup>1146</sup>. Cette interprétation du consentement conduit à avoir un regard nouveau sur l'ensemble des consentements en droit des personnes. En effet, on peut se demander si le consentement ne devient pas une technique permettant de susciter l'adhésion de la personne à des politiques publiques que les pouvoirs publics souhaitent encourager.

**291. Conclusion du Chapitre 1.** Au terme de ce chapitre, il apparaît que le recueil du consentement peut permettre de susciter l'adhésion de la personne aux politiques menées par

---

<sup>1143</sup> J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure : essai en droit privé*, préf. F. Violla, Paris : Dalloz, 2022, p. 190, n° 250.

<sup>1144</sup> *Ibid.*

<sup>1145</sup> A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 144, 2009, p. 73.

<sup>1146</sup> « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RDSS*, 2014, p. 120.

les pouvoirs publics. Mise en évidence à partir de certaines hypothèses en matière de protection de l'enfance, de santé publique et de politique pénale, cette fonction pourrait concerner l'ensemble des consentements.

Cette façon d'instrumentaliser le recueil du consentement, loin de participer d'une politique libérale, est en réalité un moyen de susciter l'adhésion des individus à la règle envisagée afin qu'elle soit mieux respectée. En définitive, le consentement devient un outil de contrôle des individus aux fins d'assurer l'ordre social.



## **Chapitre 2**

### **Assurer la stabilité des familles**

**292.** L'exigence du consentement remplit une autre fonction, qui est celle de garantir la stabilité des familles. La famille peut en effet être appréhendée comme une structure fondamentale pour l'État. Assurer sa stabilité se trouve dès lors au cœur d'un projet visant à assurer la stabilité de l'ordre social tout entier. En effet, « la famille, outre d'être constituée de sujets de droit dont les relations entre eux sont établies juridiquement, est une institution au sein de la société globale, elle en participe, elle remplit des fonctions sociales ; à ces titres elle intéresse toutes les forces à l'œuvre pour la préservation de l'ordre social et, en particulier, les pouvoirs politiques et l'État »<sup>1147</sup>. L'exigence du consentement permet de conforter la stabilité familiale et participe ainsi à assurer la stabilité de la société.

Cette fonction s'exprime d'abord au niveau de l'existence des liens familiaux. L'État s'appuie sur le recueil de la volonté exigé par la loi pour contrôler les liens de couple et de filiation. L'exigence du consentement permet d'assurer l'ordre social en ordonnant l'établissement juridique des liens au sein de la famille. Le consentement permet aussi de contrôler la conduite des rapports familiaux. Le consentement conditionne en effet les actions respectives des membres de la famille. Il permet ainsi de déléguer le contrôle des interactions familiales aux membres de la famille eux-mêmes. En s'appuyant sur leur volonté, la loi permet de réguler les interactions familiales.

**293.** L'exigence du consentement permet d'assurer la stabilité des familles en établissant un contrôle de l'établissement (§1) et de la conduite (§2) des liens et rapports familiaux.

#### **Section 1. Un contrôle public de l'établissement des liens familiaux**

**294.** Les pouvoirs publics s'appuient sur le consentement pour assurer un contrôle de l'établissement des liens familiaux de filiation et de couple. Le consentement assure en premier lieu une fonction de sécurisation des liens de filiation à l'état civil. Cette fonction de sécurisation permet d'assurer la stabilité des familles. Le consentement permet en second lieu aux pouvoirs publics de promouvoir certains modèles familiaux.

---

<sup>1147</sup> J. Commaille, « Ordre familial, ordre social, ordre légal : Éléments d'une sociologie politique de la famille. », *L'Année Sociologique*, vol. 37, 1987, p. 265 ; v. aussi J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du droit*, Paris : Puf, 1994, 2020, p. 145.

**295.** Les consentements permettent d'exercer un contrôle public de l'établissement des liens familiaux en sécurisant la filiation (§1) et de faire la promotion de certains modèles familiaux (§2).

### **§1. Un outil sécurisant la filiation**

**296.** Les consentements permettent de sécuriser la filiation des individus. Les consentements sont utilisés comme des moyens d'acter l'expression de la volonté d'une personne à un moment donné, de sorte que sa situation soit connue de tous et opposable. Le consentement permet ainsi d'assurer la stabilité non seulement des familles, mais aussi de l'ordre social. Propre à la filiation, cette fonction du consentement est par exemple rejetée en droit biomédical, attestant de la particularité du rôle du consentement dans les relations familiales.

**297.** Le consentement permet de sécuriser la filiation. Cette fonction est consacrée en droit de la filiation (A) et est limitée aux liens familiaux (B).

#### **A. Une fonction consacrée en droit de la filiation**

**298.** Lorsqu'il est recueilli dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ou d'une adoption<sup>1148</sup>, le consentement permet d'acter le lien de filiation de façon à faire obstacle à toute remise en cause ultérieure. Le consentement est ainsi présenté comme une opportunité de « sécurisation » de la situation, qui permet de garantir la stabilité des familles.

**299.** Le consentement permet aux pouvoirs publics de « sécuriser » la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur (1) ou d'une adoption (2). Il permet ainsi de stabiliser la filiation pour stabiliser les familles (3).

#### *1) Sécuriser la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*

---

<sup>1148</sup> Sur la stabilité assurée par le consentement dans ces deux cas, v. de manière générale C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. Putman, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 2015 p. 103 et s.

**300.** En droit positif, l'ensemble des procréations médicalement assistées avec tiers donneur sont subordonnées au recueil du consentement des parents d'intention par un notaire. L'article 342-10 du Code civil dispose en effet que « les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent donner préalablement leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur »<sup>1149</sup>. Ce consentement entraîne trois conséquences : il « interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet »<sup>1150</sup>, il engage la responsabilité de la personne qui l'a donné et qui fait obstacle à l'établissement de sa filiation<sup>1151</sup> et il permet l'établissement de la paternité<sup>1152</sup>. Dans un processus médical essentiellement encadré par le Code de la santé publique<sup>1153</sup>, le consentement occupe la place centrale dévolue au droit civil et plus particulièrement au droit de la filiation.

**301.** À l'occasion de son extension aux couples de femmes et aux femmes seules par la loi bioéthique de 2021<sup>1154</sup>, la finalité de ce consentement est soulignée par les travaux préparatoires.

Le Conseil d'État souligne que ce système reposant sur le consentement participe à la « sécurisation » du lien de filiation<sup>1155</sup>. Il est affirmé dans l'étude d'impact que « ce consentement a pour effet de “sceller” la filiation paternelle ultérieure, la “verrouillant” »<sup>1156</sup>. De même, pour les couples de femmes, « ce consentement aurait, comme pour les couples hétérosexuels, l'effet de sceller la filiation d'intention »<sup>1157</sup>. À l'Assemblée nationale, la ministre de la Justice estime que pour l'établissement du lien de filiation de l'enfant issu d'un

---

<sup>1149</sup> C. civ., art. 342-10, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1150</sup> C. civ., art. 342-10, al. 2.

<sup>1151</sup> C. civ., art. 342-13 al. 1<sup>er</sup> pour l'homme et art. 342-13 al. 3 pour la femme dans le cas d'une AMP réalisée pour un couple de femmes.

<sup>1152</sup> C. civ., art. 342-13, al. 2.

<sup>1153</sup> CSP, art. L. 2141-1 et s.

<sup>1154</sup> L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 6.

<sup>1155</sup> CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 2019, p. 11.

<sup>1156</sup> *Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juill. 2019, p. 181 : « puisqu'il interdit toute action judiciaire en établissement ou en contestation de cette filiation et contraint l'homme non marié qui a consenti à l'assistance médicale à la procréation à reconnaître l'enfant qui en est issu, sa paternité pouvant être judiciairement déclarée [...] » (*ibid.*).

<sup>1157</sup> *Ibid.*, 191. Et ce, « en interdisant toute action judiciaire aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation co-maternelle, sauf à démontrer que l'enfant né n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (*ibid.*).

couple de femmes, « le texte est totalement novateur, car il permet de sécuriser le lien de filiation sur la base du consentement de deux personnes là où la vraisemblance biologique ne peut, à l'évidence, pas jouer »<sup>1158</sup>.

La fonction du consentement donné devant le notaire serait donc de « sécuriser » une filiation. Autrement, l'application des règles générales d'établissement de la filiation issues du Titre VII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil pourrait en effet conduire à contester la filiation issue du don. Le parent d'intention n'étant pas le parent biologique, sa filiation est établie pour éviter toute action en établissement ou en contestation de sa filiation<sup>1159</sup>. Ainsi, ces règles sont propres à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, les autres types d'assistance médicale à la procréation répondant des règles classiques de la filiation du Titre VII du Code civil.

**302.** Le rôle joué par le consentement en matière d'assistance médicale à la procréation en droit français est expliqué historiquement. Au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, en droit interne comme dans des droits étrangers, le consentement du mari pouvait éviter de qualifier l'insémination artificielle d'adultère, en prouvant que l'époux y adhérerait. Sans quoi, l'enfant aurait eu une filiation illégitime ou adultérine si le mari contestait sa filiation<sup>1160</sup>. Le consentement permet ainsi de sceller la filiation de l'enfant à l'égard de l'époux de la femme enceinte et d'éviter sa remise en cause ultérieure. Dans les années 1980 et 1990, le consentement devient un outil juridique central au service de la sécurisation des liens de filiation issus d'une assistance médicale à la procréation. Ce mouvement a lieu sur le plan judiciaire, du fait de magistrats confrontés à des affaires d'établissement de la filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation exogène, et des pouvoirs publics qui se saisissent progressivement de la question.

**303.** Dans un jugement du 18 janvier 1990, le Tribunal de grande instance de Bobigny se prononce sur une action en désaveu exercée par le mari qui avait consenti à l'insémination

---

<sup>1158</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 20 (intervention de Nicole Belloubet).

<sup>1159</sup> *Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juill. 2019, p. 181 : le consentement « interdit toute action judiciaire en établissement ou en contestation de cette filiation et contraint l'homme non marié qui a consenti à l'assistance médicale à la procréation à reconnaître l'enfant qui en est issu, sa paternité pouvant être judiciairement déclarée [...] ». *Ibid.*, p. 191 : le consentement interdirait « toute action judiciaire aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation co-maternelle, sauf à démontrer que l'enfant né n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ».

<sup>1160</sup> K. Stoyanovitch, « La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux États-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 8, n° 2, 1956, p. 264 ; A. Martin, *La parenté d'après le don : une approche relationnelle du vécu des personnes conçues par don de sperme (France, Angleterre)*, dir. A. Martial, th. dactyl. EHESS, 12 juill. 2022 ; « Bureau Of Legal Medicine And Legislation », *Journal of the American Medical Association*, vol. 147, n° 3, 1951, p. 250.

artificielle avec tiers donneur de sa femme, invoquant une liaison extraconjugale<sup>1161</sup>. Le jugement reconnaît des effets au consentement de l'époux. Ce jugement se distingue ainsi des solutions précédentes qui ne tiraient pas de conséquences des consentements des maris<sup>1162</sup>. Ces consentements existaient pourtant déjà matériellement car ils étaient en pratique imposés par les CECOS<sup>1163</sup>, probablement inspirés par une pratique venue de pays anglo-saxons<sup>1164</sup>.

Le tribunal de Bobigny refuse de considérer le consentement du demandeur comme une « renonciation à toute action postérieure en désaveu »<sup>1165</sup>. L'action relève en effet de l'état des personnes et serait d'ordre public<sup>1166</sup>. Le juge refuse pour autant de nier tout effet au consentement. Le consentement du père empêche de considérer son action en désaveu comme seulement fondée sur l'absence de lien biologique avec l'enfant<sup>1167</sup>. En revenant sur sa volonté exprimée antérieurement, l'action du père aurait pour conséquence de priver l'enfant d'un lien de filiation paternel. En effet, aucun autre lien de filiation paternel ne pourrait être établi en raison de l'anonymat des donneurs<sup>1168</sup>. L'absence de solution serait « contraire à l'intérêt de l'enfant »<sup>1169</sup>. Cela serait dû à « la volonté des parents » : elle « s'est superposée sciemment, et grâce aux techniques scientifiques, au jeu de la filiation légitime tel qu'envisagé par le système légal »<sup>1170</sup>. La volonté des parents doit donc pouvoir « jouer un rôle positif à côté de l'effet de la loi »<sup>1171</sup>. Par conséquent, le tribunal de Bobigny estime qu'il faut rejeter l'action en désaveu fondée sur le « seul fait que le demandeur ne peut être le père biologique de l'enfant »<sup>1172</sup>.

---

<sup>1161</sup> TGI Bobigny, 18 janv. 1990, n° XTGIB180190X ; P. Gand, « Bioéthique et pratique judiciaire », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 4, n° 1, 1991, p. 15.

<sup>1162</sup> TGI Nice, 30 juin 1976 : « Dans ces conditions la détermination du consentement du mari à l'insémination artificielle hétérologue de son époux ne présente aucun intérêt pour la solution du présent litige et le tribunal se trouve d'ores et déjà en mesure [...] de déclarer recevable et fondée la demande » de « voir déclarer, avec conséquences de droit, recevable en la forme et juste au fond le désaveu de paternité ».

<sup>1163</sup> E. Paillet, *Gaz. Pal.* 1977. 1. 48 : « un consentement commun des époux receveurs est toujours exigé par les CECOS, mais sa portée reste imprécise ».

<sup>1164</sup> A. Martin, *op. cit.*, p. 41 et 140.

<sup>1165</sup> TGI Bobigny, 18 janv. 1990, n° XTGIB180190X.

<sup>1166</sup> *Ibid.* : « s'agissant d'une action intéressant l'état des personnes et donc d'ordre public, le consentement du demandeur à l'insémination de son épouse ne peut s'analyser comme une renonciation à toute action postérieure en désaveu ».

<sup>1167</sup> *Ibid.* : « dans la mesure où il a donné son consentement à l'insémination de la femme par le sperme d'un tiers, il n'est pas possible d'admettre que le seul fait qu'il soit établi qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant rende automatiquement fondée son action en désaveu ».

<sup>1168</sup> *Ibid.* : « Une telle solution permettrait en effet au mari de la mère ayant accepté l'insémination de sa femme de revenir sur son consentement, sans même avoir à alléguer des motifs circonstanciés, et aboutirait à supprimer à un enfant, dont la conception a été voulue délibérément, une paternité, alors même qu'il serait d'en l'impossibilité d'en établir une autre à l'égard d'un père biologique qui, de par l'organisation du procédé d'insémination artificielle pratiquée dans le cadre d'un organisme comme le CECOS, est inconnu et doit le rester. »

<sup>1169</sup> *Ibid.* : « la recherche de la vérité biologique dans un tel cas conduit à une impasse et à une solution contraire à l'intérêt de l'enfant [...] ».

<sup>1170</sup> *Ibid.*

<sup>1171</sup> *Ibid.* : « il faut admettre, dans ces conditions, que, dans le droit actuel, la volonté des parents puisse jouer un rôle positif à côté de l'effet de la loi, et en tirer des conséquences ».

<sup>1172</sup> *Ibid.*

Six mois plus tard, la Cour de cassation tire également des conséquences juridiques du consentement du concubin et en adopte une conception obligationnelle. Les juges d'appel ont estimé à bon droit, selon la Cour de cassation, qu'« en consentant à l'insémination artificielle de sa compagne et en reconnaissant volontairement une enfant qu'il savait ne pas être la sienne, [le concubin] a contracté vis-à-vis de l'enfant et de la mère l'obligation de se comporter comme un père en subvenant notamment aux besoins de celle qu'il a reconnue »<sup>1173</sup>. En conséquence, « l'inexécution de cet engagement, génératrice d'un préjudice matériel et moral pour l'enfant, peut être sanctionnée par des dommages-intérêts »<sup>1174</sup>. Les juges de la Cour de cassation se fondent surtout sur la reconnaissance du père qui constituerait un engagement de sa part. En se référant explicitement au consentement alors qu'il est désormais exigé en pratique, les juges semblent souligner qu'il est possible d'en tirer des conséquences juridiques sur le plan de la filiation. Le consentement participe à la stabilité du lien de filiation.

**304.** Ces deux décisions interviennent dans un contexte de régulation par les pouvoirs publics de l'assistance médicale à la procréation et de ses conséquences sur le plan de la filiation. La solution du jugement du tribunal de Bobigny semble se référer à celle proposée dans l'avant-projet de Guy Braibant, qui faisait suite au rapport Braibant<sup>1175</sup>. Ce rapport prévoit en effet que « la raison qui légitime ce mode de procréation invite à valoriser le consentement masculin dont on a vu qu'il était une condition nécessaire de la procréation médicalement assistée »<sup>1176</sup>. Le consentement permet en effet d'éviter une action en désaveu de la part de l'époux ou l'absence de filiation paternelle si le couple n'est pas marié<sup>1177</sup>.

Le même constat est fait par le rapport Sérusclat qui souligne en 1992 la nécessité d'exclure en principe l'action en désaveu<sup>1178</sup>. À l'inverse, « le consentement du conjoint, nécessaire à la procréation médicalement assistée, doit être valorisé et être assimilé à la reconnaissance de

<sup>1173</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1990, n° 88-15.105, publié.

<sup>1174</sup> *Ibid.*

<sup>1175</sup> P. Gand, *loc. cit.* : « Peu compatible avec les textes existants, [le jugement du tribunal de Bobigny] est en revanche une mise en œuvre de l'avant-projet Braibant. » V. également C. Saujot, *D.* 1990. 332, qui fait référence au rapport Braibant.

<sup>1176</sup> G. Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d'État, Paris : La Documentation française, 1988.

<sup>1177</sup> *Ibid.*, p. 62 : « Si la loi ne dit rien, l'enfant risque d'être désavoué par le mari de la mère ou, s'il s'agit de filiation naturelle, de n'avoir jamais de père. » De sorte qu'« il paraît donc nécessaire d'exclure le désaveu ordinaire de paternité [...], de la part d'un mari qui a effectivement consenti à l'insémination artificielle de son épouse. Pour parvenir au même résultat pour le concubin, il serait concevable de prévoir que le consentement de ce dernier serait officiellement recueilli sous le sceau d'une juridiction gracieuse et sans publicité et qu'en vertu de la loi il vaille reconnaissance anticipée de l'enfant à naître, reconnaissance que son auteur ne pourrait contester » (*ibid.*).

<sup>1178</sup> F. Sérusclat, *Rapport n° 2588 (Assemblée nationale) et n° 262 (Sénat) sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, OPESCT, 28 févr. 1992, t. 1, p. 60-61.

l'établissement d'un lien de filiation entre le père social et l'enfant »<sup>1179</sup>. Le rapport Bioulac positionne, la même année, le consentement au cœur du dispositif encadrant l'assistance médicale avec tiers donneur en droit civil. Le consentement permet, aux côtés d'autres règles comme l'anonymat du donneur<sup>1180</sup>, de garantir la stabilité de la filiation de l'enfant. L'interdiction de la contestation de la filiation<sup>1181</sup> permet de « responsabiliser les personnes qui acceptent de recourir à ce type de procréation et de garantir une certaine stabilité à la filiation de l'enfant »<sup>1182</sup>. L'engagement de la responsabilité du père d'intention consentant dénote la volonté de « sanctionner l'inexécution de l'engagement du concubin qui, en consentant à l'insémination artificielle de sa compagne, s'engage volontairement à reconnaître un enfant qu'il sait ne pas être le sien et à se comporter comme un père [...] »<sup>1183</sup>

**305.** Ainsi, le système du « ni vu ni connu »<sup>1184</sup>, principalement pensé autour du secret de l'identité du tiers donneur, reposait juridiquement également sur le consentement initial des parents d'origine. L'ouverture de l'accès aux origines personnelles de l'enfant né d'un don par la loi bioéthique de 2021<sup>1185</sup> et la fin de la protection de l'identité des tiers donneurs renforcent ainsi d'autant plus le rôle de sécurisation du consentement.

Le consentement permet également aux pouvoirs publics de sécuriser la filiation issue d'une adoption.

---

<sup>1179</sup> *Ibid.*

<sup>1180</sup> B. Bioulac, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 1, p. 21 : « Votre Commission a confirmé l'ensemble du dispositif relatif à la filiation qui est la conséquence logique de la règle de l'anonymat, le donneur étant traité comme un tiers. »

<sup>1181</sup> *Ibid.* (« le projet consacre une jurisprudence qui a évolué et interdit la contestation de la filiation d'un enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assisté de sa procréation »).

<sup>1182</sup> *Ibid.*

<sup>1183</sup> *Ibid.*

<sup>1184</sup> I. Théry, *Des humains comme les autres : bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2010 ; I. Théry, A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* : rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, Ministère des affaires sociales et de la santé, Paris : Odile Jacob, 2014, p. 150 et s.

<sup>1185</sup> L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 5.

## 2) Sécuriser la filiation issue d'une adoption

**306.** Le consentement à l'adoption, dans une moindre mesure, remplit également cette fonction de sécurisation du lien de filiation<sup>1186</sup>. Les lois de 1963 et 1966 sur l'adoption sont imprégnées d'une volonté claire de sécuriser les adoptions. Elle fait notamment suite à des conflits entre familles adoptantes et familles d'origine<sup>1187</sup> et s'accompagne d'un attachement à préserver un équilibre entre les deux familles<sup>1188</sup>. L'encadrement du délai de rétractation du consentement en 1966 fait du consentement un des outils au service de la stabilité de l'adoption, aux côtés de la réduction du délai de tierce opposition<sup>1189</sup> et de la définition de l'abandon de l'enfant<sup>1190</sup>. Un sénateur relève ainsi en 1966 que « pour que ces drames ne puissent se renouveler dans l'intérêt des enfants, il faut [...] que l'abandon, pour être définitif, irrévocable, soit précédé d'un délai suffisant de réflexion »<sup>1191</sup>. Le consentement, une fois donné et passé le délai de rétractation, scelle la nouvelle filiation de l'enfant. En ce sens, selon les parlementaires, il évite les contentieux avec la famille d'origine, tout en respectant suffisamment ses droits.

**307.** Trente ans plus tard, le consentement des parents d'origine est cette fois employé pour sécuriser les adoptions internationales, dans le cadre de la régulation de ces dernières. Il permet, parmi d'autres fonctions<sup>1192</sup>, de différencier adoption simple et plénière. Le rapporteur de la

---

<sup>1186</sup> V. par ex. S. Prétot, « La double-face du consentement des parents à l'adoption », *JCP N*, 2022, p. 1134, citant *D.* 1967, chron. n° 10, p. 77 et s., P. Raynaud.

<sup>1187</sup> Comme l'affaire Novak. V. par ex. JO Sénat n° 5, séance du 22 janv. 1963, p. 110 : « La légitimation adoptive, au contraire, a été faite uniquement dans l'intérêt des enfants abandonnés ou sans parents. Le texte élaboré en 1958 a prévu une procédure sans l'entourer malheureusement de précautions préalables suffisantes dont l'absence a, incontestablement, été la cause des drames que nous avons connus et dont je rappelais tout à l'heure l'existence. » (Intervention d'Edouard Le Bellegou. V. également JO Sénat n° 22, séance du 1<sup>er</sup> juin 1966, p. 673 : « Pour que ces drames ne puissent se renouveler dans l'intérêt des enfants, il faut, à notre avis, que l'abandon, pour être définitif, irrévocable, soit précédé d'un délai suffisant de réflexion. Il n'est pas rare alors qu'un couple ou une mère célibataire, dominant finalement des difficultés momentanées, reviennent sur leur consentement d'abandon. » (Intervention de Louis Namy.)

<sup>1188</sup> En visant « la conciliation des intérêts entre les parents légitimes et les adoptants » (L. Jozeau-Marigné, *Rapport n° 134, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 92, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme de l'adoption*, Sénat, 24 mai 1966, p. 20)

<sup>1189</sup> L. n° 63-215 du 1<sup>er</sup> mars 1963, art. 4 (réduction du délai à un an).

<sup>1190</sup> L. n° 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption, art. 350 ; v. S. Veil, « Entretien avec Brigitte Trillat » in S. Veil, « Entretien avec Brigitte Trillat », in *Abandon et adoption*, B. Trillat (dir.), Paris : Autrement, 1988, p. 98.

<sup>1191</sup> JO Sénat n° 22, séance du 1<sup>er</sup> juin 1966, p. 673 (intervention de Louis Namy).

<sup>1192</sup> Il ne faut pas sous-estimer pour autant les autres fonctions alors poursuivies par l'exigence de consentement, comme le respect des parents d'origine dans le cadre de la Convention de La Haye. Jean-François Mattei, rapporteur du texte, souligne : « La proposition de loi vise également à renforcer la qualité du consentement requis pour le prononcé de l'adoption en s'inspirant des dispositions de la convention de La Haye qui doit - j'en suis intimement persuadé - devenir la norme en matière d'adoption internationale. Il s'agit par là même d'éviter le développement de pratiques contestables, préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. La discussion a été quasiment



proposition de loi relative à l'adoption internationale<sup>1193</sup> relève ainsi en 2000 que « les deux premiers articles visent tout d'abord à assurer la sécurité juridique des adoptés en posant des normes de conflit de lois »<sup>1194</sup>. Le consentement est réinterprété *a posteriori* dans l'objectif de sécurisation. Un député note plus tard, à ce propos, que « l'article 370-3 [...] a été introduit par le législateur en 2001 afin de sécuriser les adoptions internationales et d'éviter le détournement et le trafic d'enfants »<sup>1195</sup>.

Cet objectif était poursuivi dès le développement d'une jurisprudence de la Cour de cassation sur les règles de conflit de lois sur le consentement à l'adoption. Elisabeth Poisson-Drocourt note ainsi dans un commentaire de l'arrêt *Pistre* du 31 janvier 1990<sup>1196</sup>, qu'« il importe donc de s'assurer de la réalité de la rupture avec la famille d'origine par le consentement éclairé [...] »<sup>1197</sup>. Cela aurait été « l'objectif constant du législateur français » en 1963, 1966 puis 1976<sup>1198</sup>.

**308.** Le consentement des parents d'origine, lorsqu'il est requis, est recherché notamment pour des raisons éthiques<sup>1199</sup> qui visent à assurer le respect du lien les unissant à leur enfant. Mais il sert tout autant à s'assurer formellement de la volonté de rupture du lien de filiation, afin d'éviter tout conflit postérieur qui viendrait remettre en cause le nouveau lien établi entre l'enfant et les adoptants. Le consentement est d'ailleurs recueilli par des autorités spécifiques dans des formes précises<sup>1200</sup>. En ce sens, le consentement des parents d'origine joue un rôle de sécurisation des adoptions par son caractère formel et ses effets sur l'adoption, et en raison des problématiques spécifiques qui ont été à l'origine des réformes de l'adoption, c'est-à-dire la

---

consensuelle sur ce point et je développerai tel ou tel aspect en tant que de besoin au cours de la discussion des articles et des amendements. » (JOAN, 1<sup>re</sup> séance du 28 mars 2000, p. 2626.)

<sup>1193</sup> Proposition de loi relative à l'adoption internationale, n° 2217, J.-F. Mattéi, J. Rossi, J.-L. Debré, P. Douste-Blazy, 1<sup>er</sup> mars 2000.

<sup>1194</sup> *Ibid.*

<sup>1195</sup> JOAN, 2<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, p. 10830 (intervention de Xavier Breton).

<sup>1196</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955, publié, *Pistre*.

<sup>1197</sup> E. Poisson-Drocourt, « De l'adoption plénière d'un enfant brésilien par des français », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 519.

<sup>1198</sup> *Ibid.*

<sup>1199</sup> JOAN n° 144, 2<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, p. 10830, intervention de Xavier Breton : « Il a été introduit par le législateur en 2001 afin de sécuriser les adoptions internationales et d'éviter le détournement et le trafic d'enfants. Si l'objectif de la proposition de loi est de transposer certaines dispositions de la convention de La Haye dans le droit national pour donner une même base éthique aux adoptions nationales et internationales, il faut noter que la loi française prévoit déjà le recueil du consentement devant le juge d'instance, le notaire, un agent diplomatique ou encore le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. Dans tous les cas, les conditions de ce recueil garantissent que le consentement est libre et éclairé. »

<sup>1200</sup> Désormais, l'art. 348-3 C. civ. prévoit que « le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. »

protection des enfants, l'équilibre entre les familles d'origine et adoptives ou encore l'encadrement des adoptions internationales.

### 3) *Stabiliser la filiation pour stabiliser les familles*

**309.** Pour l'assistance médicale à la procréation comme pour l'adoption, le rôle de sécurisation du consentement vise à garantir la stabilité de la filiation. Les consentements à l'assistance médicale à la procréation et à l'adoption attestent en effet, pour les pouvoirs publics, la volonté des parents à un moment donné. Cela permet de limiter les remises en cause ultérieures de la filiation. La stabilité de la filiation sert à la fois la stabilité des familles et de l'ordre juridique tout entier. En ce sens, les consentements visent à préserver un ordre familial et social.

**310.** Cet objectif de stabilité en droit de la filiation est affirmé par la Cour de cassation. Dans son arrêt d'Assemblée plénière du 4 octobre 2019 consacré à la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui, la Cour de cassation s'appuie sur un avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1201</sup> en estimant qu'il « insiste sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l'enfant » si certaines conditions sont remplies<sup>1202</sup>. L'établissement de la filiation par la possession d'état est écarté car elle « ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contesté [...] ». Dans un arrêt du 14 octobre 2020 la Cour de cassation estime que la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en déclarant une action en recherche de paternité recevable. Elle fonde notamment sa décision sur « l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs »<sup>1203</sup>.

---

<sup>1201</sup> CEDH, 10 avr. 2019, n° P16-2018-00, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, spéc. n° 40 et s.

<sup>1202</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 2020, n° 19-15.783, publié : « dès lors que la gestation pour autrui a été réalisée dans les conditions légales du pays étranger et que le lien avec la mère d'intention s'est concrétisé ».

<sup>1203</sup> *Ibid.* Dans cette affaire, une femme se dit née d'un père qui ne l'a jamais reconnue, mais qui a été condamné à payer des subsides à sa mère. Après le décès de sa mère, elle est adoptée par des membres de la famille de sa mère en 1966. La femme assigne la personne qu'elle déclare comme son père en recherche de paternité. Il laisse son fils comme héritier. La Cour de cassation estime qu'il résultait des énonciations de la cour d'appel « d'une part, que [l'enfant], qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, qu[e le père supposé] puis son héritier [...] n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte qu'au regard des intérêts de du fils du père supposé, de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [l'enfant] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné ». La cour d'appel a ainsi violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. (*Ibid.*, n° 6.)

**311.** La volonté de garantir la stabilité de la famille en passant par la stabilité des liens de filiation « répond à une nécessité sociale »<sup>1204</sup> et s'explique de plusieurs manières. La stabilité de la filiation sert d'abord l'enfant. Contrairement aux relations conjugales, les relations parentales s'inscriraient dans le temps long<sup>1205</sup>. Le lien de filiation s'inscrit dans une « perception idéale du temps » qui « demeure du côté de la pérennité, de la sécurité, de ce qui ne doit pas être bouleversé »<sup>1206</sup>. En effet, « la valeur numéro un, concernant “l'intérêt de l'enfant”, est la stabilité »<sup>1207</sup>.

L'intérêt personnel à la stabilité de la filiation constituerait une des deux faces de la « stabilité de l'identité civile »<sup>1208</sup>. On estimerait en effet aujourd'hui que « le changement trop brutal d'état peut être source de perturbation pour le sentiment d'identité ». Autrement dit, il « met en péril la conception que la personne a d'elle-même, et au-delà, son sentiment de demeurer la même à travers le temps »<sup>1209</sup>, dans une conception de l'identité liée à l'épanouissement de l'individu<sup>1210</sup>.

**312.** La stabilité de la filiation vise aussi un autre objectif, plus collectif. Elle occupe ainsi une fonction d'intérêt général. Cette fonction plus traditionnelle de l'état des personnes s'appuie d'abord sur la nécessité d'identification des individus par l'état civil<sup>1211</sup>. L'état des personnes assure la stabilité des relations interindividuelles : « l'État et, d'une manière générale, les tiers, ont besoin d'être fixés sur leur situation juridique de tout participant au commerce juridique »<sup>1212</sup>. La stabilité de la filiation s'inscrit aussi dans la nécessité pour l'État de

---

<sup>1204</sup> D. Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. Terré, Paris : LGDJ, 2000, p. 139, n° 144 : « La stabilité de l'identité civile répond à une nécessité sociale. »

<sup>1205</sup> I. Théry, « Le temps des recompositions », in *Familles : Permanence et métamorphoses*, J.-F. Dortier (dir.), Auxerre : Éditions Sciences Humaines, 2002, p. 55, citée par C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. Putman, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 2015, p. 120, n° 122, p. 120.

<sup>1206</sup> I. Théry, *loc. cit.*

<sup>1207</sup> *Ibid.*

<sup>1208</sup> D. Gutmann, *op. cit.*, p. 139, n° 144.

<sup>1209</sup> *Ibid.*, n° 145, p. 139.

<sup>1210</sup> *Ibid.*, n° 13 et s., p. 13 et s. L'état des personnes remplit ainsi une fonction, nouvelle, de reconnaissance de l'identité, v. A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 51 et s.

<sup>1211</sup> G. Noiriel, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, n° 13, 1993, p. 3 ; I. About, V. Denis, *Histoire de l'identification des personnes*, Paris : La Découverte, 2010, spéc. p. 56 et s. ; J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 49, n° 17.

<sup>1212</sup> D. Gutmann, *op. cit.*, n° 145, p. 139.

s'appuyer sur un état des personnes stable<sup>1213</sup> dans un objectif d'ordre<sup>1214</sup>. L'état des personnes et l'État se sont en effet construits de manière interdépendante : « L'état des personnes a [...] été tour à tour modèle pour l'État en construction et instrument de puissance publique. »<sup>1215</sup> En particulier, la stabilité de l'État s'est appuyée sur celle de l'état des personnes : « l'immutabilité de l'état des personnes a également permis de justifier la continuité du pouvoir politique »<sup>1216</sup>.

L'intérêt général poursuivi par la stabilité de la filiation s'expliquerait aussi par le rôle qu'elle jouerait dans l'identité personnelle des individus. En plaçant chacun dans un rapport aux autres, elle permettrait d'assurer la cohérence de la société. La filiation a ainsi un « enjeu individuel et collectif » en ce qu'elle permet « l'identification de chaque individu, à une place unique et non interchangeable, au sein d'un ordre généalogique culturellement construit »<sup>1217</sup>. La filiation relève de l'appartenance de l'individu au « corps social »<sup>1218</sup>. Sa stabilité vise en ce sens à conserver l'ordre social : « En fixant comme principe directeur le principe de pérennité, le système de parenté assure de ce fait l'ordre et répond à sa fonction d'identification et de différenciation. »<sup>1219</sup> La fonction de stabilité de la filiation assurée par le consentement s'inscrit donc dans un objectif de garantie de l'ordre social. La filiation doit ainsi être stable pour plusieurs raisons d'intérêt général : la stabilité des familles garantirait la stabilité de la société, l'état civil garantirait la stabilité de l'État et les effets de la filiation, qui impactent les tiers, devraient répondre à un objectif de sécurité juridique.

Le consentement ne constitue pas un outil de sécurisation dans tous les domaines. Cette fonction semble limitée aux liens familiaux.

---

<sup>1213</sup> Il s'agit de la « conception classique des éléments d'identité d'une personne » : « l'identité stable » (J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 48).

<sup>1214</sup> *Contra* D. Gutmann, *op. cit.*, n° 144, p. 139 : « Sous l'empire du Code Napoléon, elle [la stabilité de l'identité civile] était le moyen privilégié d'assurer l'ordre retrouvé, de sorte que l'immutabilité de l'état était une stabilité d'enfermement », de sorte que « la stabilité de l'état était dans ce contexte une stabilité de condition. » L'auteur estime que cette fonction a disparu : « La société restes certes intéressée à la stabilité de l'état, mais pour d'autres raisons. » (*Ibid.*, n° 145.)

<sup>1215</sup> A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247 et s., spéc. p. 253.

<sup>1216</sup> *Ibid.*, spéc. p. 253.

<sup>1217</sup> C. Labrusse-Riou, « La filiation en mal d'institution », in *Écrits de bioéthique*, C. Labrusse-Riou, M. Fabre-Magnan (éd.), Paris : Puf, 2007, p. 325 (citée par I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* : rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 193).

<sup>1218</sup> *Ibid.* : « Ni immuable ni intangible absolument, ce rapport inscrit l'individu dans une appartenance familiale et lignagère, et par là même dans un corps social puisque de la filiation découlent de nombreux effets qui intéressent directement le monde commun, qu'il s'agisse des obligations alimentaires et d'éducation, des successions, ou plus directement encore, du nom, identification de la personne dans la société, et de la nationalité, appartenance à la communauté fondatrice de l'État. »

<sup>1219</sup> C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. Putman, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 2015, n° 120, n° 123. Il faut toutefois relever que l'autrice critique la « stabilité illusoire » de l'AMP, son secret à l'état civil ne mettant pas à l'abri d'une action en contestation ou en établissement de la filiation (*ibid.*, n° 140, p. 131).

## B. Une fonction limitée aux liens familiaux

**313.** Le rôle de sécurisation occupé par le consentement est aujourd'hui propre à la sphère familiale. Il est ainsi désormais explicitement rejeté du droit médical malgré une conception initialement inverse. En droit français, le consentement en droit médical n'a en effet pas seulement permis, à ses débuts, de garantir l'intégrité du corps humain. Il semble aussi, à l'époque, occuper une fonction de sécurisation, notamment pour éviter des actions contentieuses. Par exemple, l'exigence du consentement pour l'assistance médicale à la procréation par les personnes qui les mettaient en œuvre paraît aussi avoir eu pour finalité de « se prémunir contre des attaques en justice en faisant signer des documents qui attestent de l'accord des couples receveurs [...] »<sup>1220</sup>.

Cet objectif a également été poursuivi dans le domaine de la recherche. Le Comité consultatif national d'éthique développe en 1984 les conditions de recueil du consentement de la personne participant à un essai clinique et s'interroge sur la seule présence du médecin<sup>1221</sup> : « On pourrait envisager la présence d'une autre personne, médecin traitant, infirmière, ou un "témoin" extérieur. [...] Le consentement peut être donné sous forme orale ou écrite. La seconde solution protège le médecin plus que le malade. Ici encore, il ne paraît pas possible d'édicter une règle générale. »<sup>1222</sup> De même, un rapport parlementaire lors de l'élaboration de la loi encadrant les recherches biomédicales assume que « le consentement, de manière générale, sera donné par écrit, ce qui protège le médecin, mais on peut envisager qu'il soit donné par oral devant témoins »<sup>1223</sup>.

**314.** L'aboutissement des législations étrangères sur les consentements s'est également réalisé en faisant du consentement du patient une protection à disposition des médecins pour éviter des actions judiciaires contre les médecins. Le consentement devient doublement sécurisant aux États-Unis : « En plus de la réalisation que les pratiques de recherche du consentement peuvent opérer comme un bouclier potentiel contre les poursuites pour faute

---

<sup>1220</sup> A. Martin, *La parenté d'après le don : une approche relationnelle du vécu des personnes conçues par don de sperme (France, Angleterre)*, dir. A. Martial, th. dactyl. EHESS, 12 juillet 2022, note de bas de page n° 19.

<sup>1221</sup> CCNE, *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme. Réflexions et propositions*, Avis n° 2, 9 oct. 1984, p. 14 : « Le consentement peut être demandé et recueilli par le médecin participant à l'essai ; l'intérêt est qu'il connait la question mieux que quiconque, mais l'inconvénient est qu'il peut être partial. »

<sup>1222</sup> *Ibid.*

<sup>1223</sup> C. Huriet, *Rapport n° 19, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur la proposition de loi n° 286 rect. bis, relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique*, Sénat, 11 oct. 1988, p. 33.

professionnelle en “minimisant la chance d’une incompréhension honnête”, la possibilité d’une responsabilité légale pour ne pas avoir obtenu le consentement est lentement apparue sur la médecine américaine. »<sup>1224</sup> De même, faute de loi, l’encadrement de l’assistance médicale à la procréation avec tiers donneur en Angleterre semble avoir été construit au départ par les professionnels au sein de leur établissement. Ils « élaborent des règles déontologiques rendant la pratique acceptable et les protégeant au niveau judiciaire [...] » et, en particulier, « les couples et les donneurs signent des consentements censés protéger les médecins contre toute action en justice »<sup>1225</sup>.

**315.** Les lois bioéthiques unifient l’ensemble des règles applicables sous des principes communs. La fonction de sécurisation poursuivie par le consentement est explicitement écartée du droit français dès les travaux préparatoires des lois de 1994. Le Garde des Sceaux affirme ainsi qu’« il est clair également que l’exigence du consentement ne doit, en aucun cas, conduire à déresponsabiliser les médecins. À cet égard, le rapport de confiance sur lequel s’établissent les relations entre les praticiens et leurs patients doit demeurer inchangé »<sup>1226</sup>.

Douze ans plus tard, lors de l’examen de la loi Kouchner, un député propose d’exiger que le consentement du malade soit écrit. Selon lui, une telle règle permettrait de « constituer la preuve que le patient accepte le traitement », car « il est essentiel de rassurer les médecins, qui craignent la judiciarisation de notre système de santé »<sup>1227</sup>. Le rapporteur comme le ministre délégué à la santé s’y opposent avec des arguments témoignant de l’évolution de la conception de la relation médicale. Le premier souligne que « les patients ont exprimé le souhait de devenir de véritables acteurs de leur propre santé » et « décideront conjointement avec leur médecin de prendre ou non le traitement »<sup>1228</sup>. Le second affirme que « ce serait un recul par rapport au principe du

---

<sup>1224</sup> R. R. Faden, T. L. Beauchamp, N. M. P. King, *A history and theory of informed consent*, New York : Oxford University Press, 1986, p. 82. (“*In addition to the realization that consent-seeking practices can operate as a potential shield against malpractice suits by "minimizing the chance of honest misunderstanding," the possibility of legal liability for failure to obtain consent itself slowly dawned on American medicine.*”)

<sup>1225</sup> A. Martin, *op. cit.*, p. 41. Cette règle était proposée dans un guide de la *Medical Defence Union* et datant de 1944.

<sup>1226</sup> JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, p. 5826 (intervention de Michel Vauzelle lors de l’examen, en première lecture, des lois bioéthiques).

<sup>1227</sup> JOAN n° 54, 2<sup>e</sup> séance du 3 oct. 2001, p. 5448 (intervention de Jean-Michel Dubernard). Selon le député : « Nous jouons à fond le jeu de cette loi pour que la relation de confiance ne se transforme pas en relation de défiance. À cet égard, le consentement écrit, que, c’est vrai, nous emprunterions au système anglo-saxon, a du sens. »

<sup>1228</sup> *Ibid.* (intervention de Jean-Jacques Denis, rapporteur) : « Il s’avère que, aux états généraux de la santé, les patients ont exprimé le souhait de devenir de véritables acteurs de leur propre santé. Ils seront appelés à suivre les prescriptions et, à la lumière des informations requises, ils décideront conjointement avec leur médecin de prendre ou non le traitement. »

consentement »<sup>1229</sup>. Le principe d'une action en justice contre le médecin ne devrait pas être écarté par la loi selon un autre parlementaire. Le contentieux serait en effet inévitable en cas de rupture de la relation de confiance qui unit le médecin au patient : « une loi ne peut empêcher quiconque d'engager une action s'il s'estime victime » et il faut surtout « maintenir la confiance »<sup>1230</sup>. Contrairement à la crainte du contentieux qui innerve le droit de la filiation et qui pousse à ce que le consentement soit utilisé pour sceller les volontés à l'œuvre, le contentieux n'est conçu dans le domaine médical que comme la conséquence de la défaillance de la relation entre le médecin et son patient, la confiance qui doit les unir devant être protégée avant tout. Ce constat se retrouve en pratique. Dans une étude sur le consentement et l'information dans la recherche biomédicale, les chercheurs insistent notamment sur « le clivage écrit/oral » de l'information<sup>1231</sup>. Les pratiques des investigateurs interrogés montrent que « la “vraie” information est orale » et que « l'écrit est vu comme une modalité d'information inefficace ou inappropriée, obligeant à trop de précision et enfonçant un coin dans le pacte de confiance médical »<sup>1232</sup>.

**316.** Ce rejet d'un rôle de sécurisation du consentement dans le domaine médical se retrouve dans les prises de position récentes du Comité consultatif national d'éthique. Dans son avis sur le consentement en matière gynécologique, il rejette l'idée d'un consentement écrit ou donné devant témoin<sup>1233</sup>. Le Comité estime en particulier que « recueillir le consentement à l'examen en demandant aux patient(e)s de signer un formulaire ne protégerait ni les patient(e)s d'actes

<sup>1229</sup> *Ibid.* (intervention du ministre délégué à la santé). Le ministre estime que « le médecin propose de m'opérer, mais c'est moi, en tant que malade, qui prend la décision d'aller à l'hôpital ».

<sup>1230</sup> *Ibid.*, p. 5449 (intervention de Claude Evin) : « La crainte de la judiciarisation existe [...] Mais il faut garder en tête que nous vivons dans un État de droit. On l'a dit, une loi ne peut empêcher quiconque d'engager une action s'il s'estime victime. Ce que nous devons faire, et nous l'appelons tous de nos vœux, c'est maintenir la confiance. [...] On aura beau écrire tout ce qu'on voudra à propos de l'information ou du consentement, cela n'empêchera pas, en cas de rupture de confiance, qu'un contentieux soit engagé. Je connais l'inquiétude qui règne en dehors de cet hémicycle. Certains estiment qu'il suffirait de tout mettre par écrit pour régler le problème. Malheureusement, cela ne fonctionne pas ainsi. Nous sommes là pour faire la loi, pour fixer des cadres, pour définir des droits. Mais il est des sujets qui sont de l'ordre de la relation humaine et sur lesquels on ne peut légiférer. Fixons des garanties, certes, mais ne croyons pas qu'il suffirait d'avoir tout codifié pour empêcher un citoyen d'engager une action en responsabilité. » Claude Evin estime ainsi que « le texte proposé est [...] à prendre dans sa globalité. Ce n'est pas en donnant des garanties sur l'écriture de tel ou tel document que nous résoudrions le problème. En revanche, la solution réside notamment dans la procédure d'indemnisation des accidents médicaux, que nous examinerons au titre III. »

<sup>1231</sup> A. Fagot-Largeault, P. Amiel, *Enquête sur les pratiques et conceptions de l'information et du recueil du consentement dans l'expérimentation sur l'être humain*, Mission recherche, Collège de France, 2000, p. 5, 7, 57 et p. 95 et s.

<sup>1232</sup> *Ibid.*, p. 7 et p. 95 et s.

<sup>1233</sup> CCNE, *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité*, Avis n° 142, 16 févr. 2023, p. 6 : « contrairement à ce qui peut se passer dans certains pays, le CCNE ne considère pas qu'il soit pertinent de recueillir le consentement de manière écrite, ni de demander qu'un tiers soit systématiquement présent pendant l'examen ».

qu'ils ou elles ne souhaiteraient pas subir, ni les soignant(e)s de poursuites judiciaires a posteriori »<sup>1234</sup>. Il justifie cette position par sa conception du consentement développée en 2021<sup>1235</sup>. Le Comité consultatif national d'éthique adopte en effet une approche du consentement comme un processus relationnel et psychique<sup>1236</sup>, loin de son aspect plus matériel qui lui conférerait un rôle de sécurisation. La fonction de sécurisation est ainsi explicitement exclue du consentement médical. Le rapport à l'oralité le confirme : un consentement écrit sert et est perçu comme un consentement sécurisant, alors qu'un consentement oral serait davantage qualitatif.

Le consentement ne permet pas seulement de sécuriser l'existence du lien de filiation. Il constitue aussi un appui aux pouvoirs publics pour promouvoir certains modèles familiaux.

## **§2. Un outil de promotion de certains modèles familiaux**

**317.** Le consentement sert alors d'appui pour promouvoir certains modèles familiaux. Deux exemples viennent au soutien de cette affirmation. En premier lieu, le consentement à l'adoption a été un moyen de favoriser les adoptions internationales plénières (A). En second lieu, le consentement au mariage est utilisé par les pouvoirs publics pour contrôler l'immigration et l'accès à la nationalité (B).

### A. L'utilisation du consentement pour favoriser les adoptions internationales plénières

**318.** Le consentement a pu servir à favoriser les adoptions internationales plénières et cette utilisation n'a pas tout à fait disparu. Dans le domaine des adoptions internationales<sup>1237</sup>, le consentement à l'adoption se trouve en effet au cœur de la distinction entre une adoption plénière, qui « confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine »<sup>1238</sup>, et

---

<sup>1234</sup> *Ibid.*, p. 26 : « Ainsi que le soulignait l'Avis 136 du CCNE, le consentement est un processus dynamique, évolutif, rétractable à tout moment. Un recueil oral du consentement paraît ainsi préférable accompagné d'une traçabilité précise dans le dossier du patient. »

<sup>1235</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>1236</sup> CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avril 2021, p. 30 : « *In fine*, le consentement ne se donne pas, il s'élabore : il est moins un acte qu'un processus. » Au soutien de son propos, le CCNE s'appuie sur des travaux scientifiques selon lesquels « le médecin doit discerner la procédure de consentement du processus de formation du consentement. Le consentement libre et éclairé n'est pas forcément le consentement formel (formulaire de consentement signé). »

<sup>1237</sup> Pour une histoire de l'adoption internationale, v. Y. Denéchère, *Des enfants venus de loin : histoire de l'adoption internationale en France*, Paris : Armand Colin, 2011.

<sup>1238</sup> C. civ., art. 356.



une adoption simple, qui « confère à l'adopté une filiation qui s'ajoute à sa filiation d'origine »<sup>1239</sup>. L'article 370-5 du Code civil, issu de la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, dispose en effet que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ». Cette disposition doit être mise en relation avec l'article 348-3 du même code, qui prévoit que « le consentement à l'adoption doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ». Ces dispositions ont été originellement introduites par la loi de 2001 sur les adoptions internationales<sup>1240</sup> et correspondent à l'article 27 de la Convention de La Haye de 1993<sup>1241</sup>.

**319.** La nature de l'adoption, c'est-à-dire simple ou plénière, est donc déterminée par le consentement et, plus précisément, par la connaissance qu'avait le parent des conséquences de son consentement, c'est-à-dire la rupture ou non des liens de filiation établis. La solution n'allait pas d'elle-même et fait suite à une succession d'arrêts de la Cour de cassation. Il en ressort que le consentement des parents d'origine, selon l'interprétation des textes, peut rendre possible des adoptions qui ne sont pourtant pas prévues par leur loi nationale.

La distinction entre une adoption internationale plénière ou simple, essentielle dans ses conséquences vis-à-vis de l'enfant et des deux familles, dépend notamment du consentement des parents d'origine. L'évaluation de sa portée se situe au cœur d'un conflit de lois qui semble avoir favorisé l'adoption internationale plénière.

---

<sup>1239</sup> C. civ., art. 360 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1240</sup> L'art. 348-3 résulte d'une modification suite à la loi du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption. Les critères relatifs au consentement figuraient autrefois à l'article 370-3 du Code civil posant une règle matérielle relative au consentement dans le cas de conflit de lois. Ils ne faisaient donc pas partie du régime des adoptions nationales.

<sup>1241</sup> Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, art. 27 : « 1. Lorsqu'une adoption faite dans l'État d'origine n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, elle peut, dans l'État d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la Convention, être convertie en une adoption produisant cet effet,

a) si le droit de l'État d'accueil le permet ; et

b) si les consentements visés à l'article 4, lettres c) et d), ont été ou sont donnés en vue d'une telle adoption.

2. L'article 23 s'applique à la décision de conversion. »

**320.** Dans son arrêt *Torlet* du 7 novembre 1984, la Cour de cassation affirme que « lorsque le consentement à l'adoption par un français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français »<sup>1242</sup>. Il en ressort qu'une adoption plénière peut être prononcée dans de très nombreuses hypothèses, sans s'attacher à la volonté réelle des parents d'origine. Cette position est modifiée quelques années plus tard dans l'arrêt *Pistre*, rendu le 31 janvier 1990 par la Cour de cassation. Elle y affirme que « le contenu même du consentement - savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière - doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti »<sup>1243</sup>. La qualité du consentement des parents joue cette fois un rôle pour distinguer les deux types d'adoption. Mais le consentement n'est pas évalué à l'aune de la loi nationale de l'adopté, qui est généralement de celle de ses parents d'origine. Le consentement des parents d'origine peut donc permettre un type d'adoption que leur propre droit national ne connaît pas.

Cette explication est claire dans l'arrêt *Fanthou* de la Cour de cassation du 10 mai 1995. Il en résulte que « deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine »<sup>1244</sup>. La solution est reprise deux ans plus tard par la Cour de cassation<sup>1245</sup>. Cette fois, « l'adoption doit

---

<sup>1242</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 1984, n° 83-12.897, publié, *Torlet* : « attendu, cependant, que les conditions comme les effets de l'adoption sont régis lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté ; que lorsque le consentement à l'adoption par un français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français ; que des lors en statuant comme elle l'a fait, au motif que, compte tenu des effets de l'adoption tels que prévus par la loi grecque, le consentement de la mère n'avait pu être donné à une adoption plénière, la juridiction du second degré a violé les textes susvisés ».

<sup>1243</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955, publié, *Pistre*.

<sup>1244</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1995, n° 93-17.634, publié.

<sup>1245</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 95-14.075, publié : « si deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle n'autorise pas cette institution, c'est à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant légal du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et les autorités de tutelle de son pays d'origine ».

être prononcée au vu du consentement éclairé du représentant légal de l'enfant [...], indépendamment de toute référence à la loi personnelle de ce dernier »<sup>1246</sup>.

**321.** Il a été souligné que les adoptants français dans des pays étrangers « aspirent à une adoption plénière »<sup>1247</sup>. Jusqu'en 2001<sup>1248</sup>, la préférence pour la loi nationale des adoptants dans le conflit de lois permet ainsi de recourir à une adoption plénière même lorsque le droit du pays d'origine de l'enfant ne prévoit que l'adoption simple ou pas d'adoption du tout. Ainsi, « sous le couvert d'une règle neutre se dissimulait en réalité une solution qui favorisait la réalisation des adoptions souhaitées »<sup>1249</sup>. Le consentement permettait donc, dans la jurisprudence antérieure à 2001, de favoriser les adoptions internationales plénières des parents français, même si la loi nationale de l'enfant et de la famille d'origine ne le permettait pas.

**322.** Or, si la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale<sup>1250</sup> semble revenir sur cette préférence, ce n'est pas tout à fait le cas. À cette occasion, le législateur prévoit certes un cadre légal clair en posant comme principe le respect de la loi personnelle de l'adopté. L'article 370-3 du Code civil issu de la loi prévoit que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France »<sup>1251</sup>. L'article 370-5 prévoit quant à lui que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant », qu'« à défaut, elle produit les effets de l'adoption simple » et que « [l'adoption simple] peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause »<sup>1252</sup>. Autrement dit, la loi semble beaucoup plus respectueuse de la loi nationale de l'adopté et de la qualité du consentement des parents d'origine : l'adoption ne peut être prononcée lorsque la loi nationale ne la connaît pas et, pour convertir une adoption simple prononcée à l'étranger en adoption plénière, le consentement du représentant légal doit être donné expressément en ce sens, sa volonté ne pouvant plus être simplement « présumée ». En

---

<sup>1246</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2006, p. 617.

<sup>1247</sup> *Ibid.*, p. 615.

<sup>1248</sup> En 1999, le garde des Sceaux produit une circulaire relative à l'adoption internationale (circulaire du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, NOR : JUS19980193C). Toutefois, il semble qu'elle n'ait pas fait obstacle à la jurisprudence de la Cour de cassation, v. B. Ancel, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 620, qui citent un arrêt en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2000, n° 98-22.784, publié.

<sup>1249</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 615-616.

<sup>1250</sup> L. n° 2001-111 du 6 fév. 2001 relative à l'adoption internationale.

<sup>1251</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, art. 2.

apparence, le consentement perd le rôle d'un outil technique permettant de favoriser les adoptions plénières au bénéfice des adoptants.

**323.** La réduction du rôle conféré au consentement ne peut toutefois pas masquer qu'il n'a pas totalement disparu<sup>1253</sup>. En droit positif, le consentement du représentant légal de l'enfant demeure en effet, depuis 2001, un outil favorisant l'adoption internationale plénière. Il peut en effet permettre de contourner une prohibition de l'adoption plénière dans la loi nationale de l'enfant. Autrement dit, la volonté du représentant légal de l'enfant permet de déroger à sa propre loi nationale, alors même que l'état des personnes est d'ordre public en droit français. Cette solution a certes été choisie pour remédier aux « adoptions “boiteuses” »<sup>1254</sup>. Mais elle permet également de donner suite à la volonté des parents adoptifs de procéder à une adoption plénière quand celle-ci n'est en principe pas possible selon la loi du pays d'origine.

**324.** Les débats à l'Assemblée nationale sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2001 montrent l'opposition de deux conceptions de l'adoption internationale qui expliquent ce cadre juridique. D'un côté, des députés et la Garde des Sceaux refusent de permettre les adoptions pour les pays qui les prohibent. Il est ainsi soutenu qu'« en l'état actuel des choses [...], il ne nous est pas possible - ce n'est même pas souhaitable - d'imposer notre législation à des pays qui feraient obstacle à la notion même d'adoption »<sup>1255</sup>. La Garde des Sceaux soutient une telle argumentation : « si nous voulons que ces pays évoluent, la meilleure façon de les aider c'est de ne pas donner l'impression de leur faire la leçon. C'est à eux d'avoir leur propre débat, et il a lieu d'ailleurs. Avec ces pays, notamment ceux du Maghreb, qui sont de droit coranique, nous avons des liens extrêmement étroits, et nous souhaitons bien entendu que les choses évoluent, mais je crois que la meilleure chose à faire est de leur dire que nous respectons totalement la façon dont ils ont envie de traiter cette question, en espérant bien sûr qu'avec le temps les choses pourront évoluer. [...] »<sup>1256</sup>. D'un autre côté, des députés comme Jean-François Mattéi et Yves Nicolin souhaitent favoriser dans tous les cas les adoptions internationales, en mettant en avant l'intérêt des enfants étrangers. Le premier estime ainsi qu'« on ne peut pas dire que nous ayons là une vision impérialiste de notre droit. Nous ne faisons que nous adosser soit aux

---

<sup>1253</sup> Les débats en séance publique lors de l'examen de la loi du 6 février 2001 s'intéressent d'ailleurs peu ou pas à cette question et davantage à la loi applicable aux conditions de l'adoption et au consentement à l'adoption, ainsi qu'au cas des pays prohibant l'institution de l'adoption.

<sup>1254</sup> V. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2023, p. 886, n° 1174.

<sup>1255</sup> JOAN n° 27, 1<sup>re</sup> séance du 28 mars 2000, p. 2642 (intervention de Gérard Gouzes).

<sup>1256</sup> Intervention s'adressant à Jean-François Mattéi.

imperfections, soit aux insuffisances de la loi de ces pays. Pour le reste, nous essayons de régler le problème des enfants qui sont sur le territoire français et que nous ne pouvons pas laisser sans statut et sans reconnaissance »<sup>1257</sup>.

**325.** Le débat juridique autour du conflit de lois interroge le bien-fondé des adoptions dans les pays qui la prohibent, autour de l'intérêt de l'enfant. Un échange entre Gérard Gouzes et Yves Nicolin est particulièrement éclairant. Il montre l'opposition de deux conceptions de l'adoption internationale et de l'intérêt de l'enfant adopté : la première est plus favorable à la loi de l'adopté tandis que la seconde est plus favorable aux adoptants. La portée du consentement à l'adoption s'inscrit dans ce débat-là.

Le premier député soutient que l'intérêt de l'enfant ne se trouve pas nécessairement dans son adoption : les pays interdisant l'adoption ont d'autres moyens de protéger l'enfant<sup>1258</sup> et « n'abandonnent pas les enfants »<sup>1259</sup>. En conséquence, l'intérêt de l'adoption internationale de ces enfants doit être interrogé parce qu'il questionne la position de la France vis-à-vis de l'intérêt des enfants étrangers : le bonheur « c'est d'être en harmonie avec son environnement. Un enfant qui vit au fond de la jungle est le plus pauvre par rapport à nos valeurs, mais tout est relatif, et le bonheur est aussi une notion relative ». De sorte « qu'il ne faut pas laisser entendre que notre civilisation est la seule à être magnifique et formidable »<sup>1260</sup>.

À l'inverse, le second<sup>1261</sup> présente une conception de l'adoption internationale à l'inverse de celle-ci. L'intérêt de l'enfant ne serait pas assuré par une seule réponse juridique à l'égard de son lien de filiation et l'adoption internationale constituerait une solution pour l'enfant. Ainsi, selon le député, « faut-il laisser des enfants dans une situation de détresse en leur assurant un lien juridique ou faire en sorte qu'ils aient des chances de s'épanouir dans un autre pays avec de vrais parents, avec peut-être un risque dans leur pays d'origine ? »<sup>1262</sup>. Répondant au premier

---

<sup>1257</sup> Il conclut : « Voilà pourquoi - à titre personnel, je le répète - j'aurais préféré que l'on ne mentionnât point ces pays-là [...] » (Désignant « les pays de droit coranique », qui ne prévoient pas l'adoption mais la kafala.)

<sup>1258</sup> JOAN n° 27, 1<sup>re</sup> séance du 28 mars 2000, p. 2643 : « Nous devons rester fidèles à un seul objectif, l'intérêt de l'enfant. Or l'intérêt de l'enfant est protégé dans ces pays [...] puisqu'ils disposent d'une institution protectrice de substitution à ce que nous appelons l'adoption, la Kafala, qui s'occupe des enfants abandonnés. »

<sup>1259</sup> *Ibid.*

<sup>1260</sup> *Ibid.*, p. 2644.

<sup>1261</sup> Notons qu'Yves Nicolin commençait d'ailleurs son intervention en discussion générale en annonçant être père de trois enfants adoptés à l'étranger.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, p. 2644.

député, il estime que le bonheur se trouve universellement dans la famille<sup>1263</sup> de sorte qu'il préfère « un bonheur avec un père et une mère qu'un bonheur dans un orphelinat »<sup>1264</sup>.

L'influence de la première conception de l'adoption internationale présentée dans ce débat, plus respectueuse de la loi du pays d'origine, est indéniable en 2001. L'impact du consentement sur le respect de la loi de l'adopté a en effet été fortement réduit. Toutefois, la persistance d'une possibilité de déroger à l'interdiction de l'adoption plénière dans le pays d'origine témoigne des traces de l'influence de la seconde conception de l'adoption.

Le consentement permet aussi aux pouvoirs publics de contrôler l'immigration et l'accès à la nationalité.

#### B. L'utilisation du consentement pour contrôler l'immigration et l'accès à la nationalité

**326.** Le consentement au mariage constitue aussi un outil pour contrôler l'immigration et l'accès à la nationalité. Il donne ainsi à voir un certain modèle de famille.

**327.** Dans un premier temps, ce contrôle a été élaboré de manière prétorienne à partir de l'article 146 du Code civil. Cette disposition prévoit la condition de l'existence du consentement au mariage et a été utilisée pour annuler des mariages conclus dans le but d'obtenir la nationalité, un titre de séjour ou un visa.

Pour rappel, dans l'arrêt *Appietto*, la Cour de cassation distingue le mariage qui n'est conclu « qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale », lequel « est nul, faute de consentement », et la situation dans laquelle « les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux ». Les juges prennent pour exemple la situation dans laquelle les époux « n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime », cas dans lequel le mariage « est au contraire valable »<sup>1265</sup>. Les mariages conclus uniquement dans le but d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour sont nuls pour la Cour de cassation en application de cette jurisprudence<sup>1266</sup>. Depuis 2014, cette solution vaut

---

<sup>1263</sup> *Ibid.* : « Effectivement [...] le bonheur est difficile à définir, mais il y a une source qui est commune à toutes les nations du monde, à tous les pays et à toutes les tribus, c'est la famille, le fait pour un enfant d'avoir un père et une mère pour s'occuper de lui pendant son enfance et lui permettre d'atteindre à l'âge adulte. »

<sup>1264</sup> *Ibid.*

<sup>1265</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 nov. 1963, publié.

<sup>1266</sup> V. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janv. 1999, n° 97-14.678 (« c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve et hors toute contradiction que la cour d'appel a estimé que [l'époux] ne s'était prêté à la cérémonie du mariage que dans le but d'obtenir un titre de séjour en France ») ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juill. 2000, n° 98-10.462 (« sans énoncer que le fait d'épouser une personne handicapée était en soi de nature à altérer la sincérité du

quelle que soit la loi applicable, puisque l'article 202-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit une règle matérielle régissant le consentement des époux<sup>1267</sup>.

**328.** Dans un second temps, ce mouvement prétorien a été complété au niveau législatif. La loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité<sup>1268</sup> ajoute un contrôle préalable du consentement à la charge de l'officier d'état civil. L'article 63 du Code civil est en effet complété et prévoit que « sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 170, l'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue au premier alinéa ni, en cas de dispense de publication, à la célébration du mariage, qu'après [...] l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146. L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, peut également demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux »<sup>1269</sup>. La rédaction de cet article a ensuite été modifiée par des lois aux objectifs variés : lois du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs<sup>1270</sup>, du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages<sup>1271</sup>, et du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République<sup>1272</sup>.

---

consentement au mariage, la cour d'appel a souverainement retenu, au vu de 27 attestations, qu'en l'espèce, le changement d'attitude de [l'époux] à l'égard de [l'épouse] dès l'obtention de son titre de séjour démontrait qu'elle n'avait manifestement pas eu l'intention de respecter les obligations nées de l'union conjugale au-delà de cette obtention et que le but par elle poursuivi était, de manière exclusive, étranger à la finalité du mariage » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2019, n° 18-17.574 (cassation pour violation de l'article 146 de l'arrêt qui, pour rejeter la demande en nullité du mariage, « retient qu'il n'est pas établi qu'à la date du mariage, [l'épouse] n'avait pas la volonté de se soumettre aux obligations en résultant, celle-ci souhaitant au contraire que son futur époux lui convienne et se projetant dans un avenir commun avec lui, peu important qu'elle ait ou non éprouvé des sentiments amoureux », et ce « alors qu'elle avait relevé qu'il était certain que [l'épouse] souhaitait rencontrer un homme français et vivre en France, ce dont il résultait qu'il n'existait pas d'intention matrimoniale spécifique à l'égard de [l'époux] »). Notons que la qualification de l'intention relève par ailleurs de l'appréciation souveraine des juges du fond (v. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2016, n° 15-22.344).

<sup>1267</sup> « Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. » (L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 55.) Auparavant, la loi applicable au consentement de l'époux étranger était sa loi nationale en application de l'article 3 du Code civil, l'article 146 du Code civil ne s'appliquant donc pas au consentement de l'époux étranger, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 2009, n° 08-10.387, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009, n° 08-13.293 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-71.992, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2012, n° 11-18.549 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013, n° 11-23.174 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013, n° 12-12.351 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2016, n° 15-14.365, publié.

<sup>1268</sup> L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

<sup>1269</sup> Une règle semblable existait déjà dans l'IGREC de 1993 (J. Rubellin-Devichi, « La justice et les mariages blancs », *RFDA*, 1993, p. 166).

<sup>1270</sup> L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

<sup>1271</sup> L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages.

<sup>1272</sup> L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

**329.** La référence à l'article 146 du Code civil pour la dispense d'audition fait porter, comme pour leur nullité, le contrôle des mariages dits « blancs » à la condition de consentement. En ce sens, le consentement est utilisé comme un outil de contrôle de l'accès à la nationalité française et de l'immigration. Le législateur comme les juges semblent avoir choisi de justifier juridiquement des mesures de contrôle migratoire et de la nationalité par le droit civil. La référence au consentement inscrit en effet ces politiques dans une rationalité juridique apparente<sup>1273</sup>. Elle prétend les intégrer tout naturellement dans un système de droit civil bien organisé et laisse entendre qu'elles sont ainsi tout à fait justifiées par le droit préexistant. Une telle interprétation des règles de droit n'est pourtant pas si évidente. On laisse entendre que la question des mariages « blancs » se rattache nécessairement à l'intention matrimoniale et donc au consentement.

**330.** Cette utilisation du consentement au mariage au soutien de politiques publiques de contrôle de l'accès à la nationalité et de l'immigration est renforcée par une confusion entretenue par les pouvoirs publics. Progressivement, différents gouvernements et parlementaires ont mêlé l'objectif du contrôle des personnes étrangères à un objectif de lutte contre les mariages forcés, qui tend presque à le masquer. Un tel enchevêtrement est rendu possible parce que le mariage forcé s'analyse juridiquement comme une atteinte au consentement des époux. En droit français, le mariage forcé constitue un vice du consentement, en application de l'article 180 du Code civil qui prévoit que le mariage est nul si le consentement n'est pas libre et en particulier en cas d'« exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant ». Le droit international lie également mariage forcé et consentement, comme dans la résolution 1468 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>1274</sup>. De même, les discussions

---

<sup>1273</sup> Sur ce recours aux arguments « logiques » dans le raisonnement juridique, v. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, p. 292 et s. En effet, « la logique est supposée offrir une certitude, une rectitude. “Dans un système formel”, en effet, dès lors que “l’on accepte la vérité des axiomes” et que “la démonstration est correcte”, le résultat est contraignant et indiscutable. » (*Ibid.*, p. 354, citant C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1990).

<sup>1274</sup> Résolution 1468 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, art. 4 : « L'Assemblée définit le mariage forcé comme étant l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas donné son libre et plein consentement au mariage. » V. aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 déc. 1948 (art. 16) ou la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, 10 déc. 1962.



parlementaires à l'occasion de la loi du 4 avril 2006, qui prend des dispositions de lutte contre le mariage forcé<sup>1275</sup>, proposent une analyse en ce sens<sup>1276</sup>.

La nature protectrice du consentement contre les mariages forcés est utilisée pour contrôler les mariages « blancs » comme cela est fait depuis longtemps. Introduite en 2003 par une loi portant sur l'immigration, l'audition préalable des futurs époux poursuit ainsi deux objectifs : la lutte contre les mariages dits « blancs », mais aussi la lutte contre les mariages forcés. Les communiqués de presse relatifs aux lois de 2003<sup>1277</sup> et 2006<sup>1278</sup> qui encadraient ce dispositif annoncent ainsi publiquement cette double finalité, tout en soulignant le lien particulier unissant mariages « blancs » et audition des futurs époux. Mais le ton change lors de la présentation de la loi dite « séparatisme » de 2021, où la seule lutte contre les mariages forcés est avancée au soutien du renforcement de l'audition préalable des époux<sup>1279</sup>. Pourtant, l'étude d'impact<sup>1280</sup> et l'avis du Conseil d'État<sup>1281</sup> soulignaient la volonté de lutter aussi contre les mariages de complaisance à travers la même disposition. Il semble donc que, désormais, la confusion de la lutte contre les mariages forcés et de complaisance soit masquée dans la communication politique.

---

<sup>1275</sup> L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

<sup>1276</sup> Pour la ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité, « comme le dit fort bien votre rapporteur, lutter contre les mariages forcés, c'est lutter contre l'une des pires - sinon la première - formes de violence conjugale. Je me réjouis donc que nous supprimions l'une des dernières discriminations fondées sur le sexe encore présentes dans le code civil, en harmonisant l'âge nubile à 18 ans et en renforçant le contrôle de la liberté d'expression du consentement matrimonial. C'est là un point clé de la lutte contre les mariages forcés. » (JOAN n° 107, 1<sup>re</sup> séance du 13 déc. 2005, p. 8226.) Pour Valérie Pécresse, « la frontière entre mariages arrangés et mariages forcés est ténue mais elle existe : c'est celle du libre consentement. Lorsqu'il y a violence psychologique ou physique, le mariage doit pouvoir être dénoncé car il devient, selon les termes mêmes des Nations unies, une forme d'esclavage moderne. » (*Ibid.*, p. 8235.)

<sup>1277</sup> Service de presse de la Présidence de la République, « Communiqué de presse du Conseil des ministres du 30 avril 2003 », *Archives du site du gouvernement de Jean-Pierre Raffarin*, 30 avr. 2003, en ligne : [http://archives.gouvernement.fr/raffarin\\_version1/fr/ie4/contenu/39347.htm#1](http://archives.gouvernement.fr/raffarin_version1/fr/ie4/contenu/39347.htm#1) (consulté le 27 juin 2023). (« Le projet propose en deuxième lieu des dispositions pour lutter contre les mariages “blancs” ou contraints et les reconnaissances de paternité de complaisance. »).

<sup>1278</sup> Gouvernement, « Communiqué de presse du Conseil des ministres du 1<sup>er</sup> février 2006 », *Archives du site du gouvernement de Dominique de Villepin*, 1<sup>er</sup> févr. 2006, en ligne : [http://archives.gouvernement.fr/villepin/acteurs/gouvernement/conseils\\_ministres\\_35/conseil\\_ministres\\_1er\\_fevrier\\_786/controle\\_validite\\_mariages\\_55244.html](http://archives.gouvernement.fr/villepin/acteurs/gouvernement/conseils_ministres_35/conseil_ministres_1er_fevrier_786/controle_validite_mariages_55244.html) (consulté le 27 juin 2023) (« ce projet de loi tire les conséquences de l'accroissement du nombre des mariages de complaisance et des mariages forcés et de l'insuffisance des moyens de l'État pour faire face à cette situation » et, plus loin, « par ailleurs, afin de mieux lutter contre les mariages forcés, le projet de loi prévoit que les futurs époux mineurs seront entendus seuls par l'officier de l'état civil »).

<sup>1279</sup> Gouvernement, « Dossier de presse : Projet de loi confortant le respect des principes de la République », 9 déc. 2020, p. 8, en ligne : <https://www.cipdr.gouv.fr/wp-content/uploads/2020/12/dossier-de-presse-projet-de-loi-confortant-les-principes-republicains.pdf> (consulté le 27 juin 2023) ; M. Schiappa, *Twitter*, 10 févr. 2021, en ligne : <https://twitter.com/MarleneSchiappa/status/1359542626073120776> (consulté le 27 juin 2023).

<sup>1280</sup> *Étude d'impact, Projet de loi confortant le respect des principes de la République*, 8 déc. 2020, p. 183 et s.

<sup>1281</sup> CE, *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, 2020.

**331. Conclusion de la Section 1.** Le consentement constitue une condition juridique qui peut être utilisée par les pouvoirs publics pour contrôler l'établissement des liens familiaux reconnus par le droit. Utilisé pour mener une politique publique déterminée, le consentement est donc loin de correspondre uniquement au libéralisme qu'on lui prête. Il permet d'assurer la stabilité des familles selon la vision qu'en ont les pouvoirs publics. Le consentement permet aussi de réguler non plus l'établissement mais aussi la conduite des rapports familiaux.

## **Section 2. Un contrôle public de la conduite des rapports familiaux**

**332.** Le consentement conditionne de nombreuses interactions au sein de la famille. Le consentement d'un époux, d'un parent ou d'un enfant est souvent nécessaire aux actions d'un autre membre de la famille. Le consentement occupe alors une place ambiguë. Il exprime la volonté de la personne et constitue l'expression d'un projet commun, matérialisé par la rencontre des volontés respectives. Dans le même temps, le consentement d'un membre de la famille limite l'action d'un autre. La réalisation d'un acte n'est en effet pas subordonnée au seul consentement d'un individu, mais à des consentements conjoints.

Le contrôle de la conduite des rapports familiaux s'exprime sur les consentements exprimés dans le cadre de deux types de relations familiales. En premier lieu, le consentement permet de réguler les relations entre les membres du couple. En second lieu, le consentement permet de réguler les relations entre un enfant et ses parents<sup>1282</sup>.

**333.** Le consentement assure une régulation ambiguë des liens entre les membres d'un couple (§1) ou entre un parent et son enfant (§2).

---

<sup>1282</sup> L'analyse visant à mettre en évidence les liens entre État et famille à travers le consentement, le régime de la tutelle et de la délégation d'autorité parentale, que ce soit à une personne privée ou au service départemental de l'ASE, ne sera pas entreprise. Cela ne signifie certainement pas que ces questions seraient d'une moindre importance. Fin 2021, 141 300 enfants étaient « confiés à l'ASE [...] par une décision judiciaire », « principalement à la suite d'un placement à l'ASE, mais aussi en raison d'un retrait partiel ou d'une délégation d'autorité parentale à l'ASE, ou encore d'une tutelle déferée à l'ASE » (« Le nombre de mesures d'aides sociales à l'enfance progresse de 1,9 % en 2021 - Jeux de données », *DREES*, 2021, en ligne : <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/jeux-de-donnees-communique-de-presse/le-nombre-de-mesures-daide-sociale-lenfance-progresse-de-19-en> (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2024)).

## §1. Une régulation ambiguë des rapports conjugaux

**334.** Le consentement assure une régulation des liens conjugaux dont la fonction se révèle ambiguë. Expression d'un projet de couple (A), il permet de développer une surveillance interne au couple (B).

### A. Le consentement comme expression d'un projet de couple

**335.** Les dispositions prévoyant qu'un membre du couple doive donner son consentement à une décision ou une action entreprise par l'autre membre du couple semblent justifiées par la promotion d'une décision commune et d'un projet de couple. Il en va ainsi du consentement donné à l'adoption d'un enfant par le partenaire ou le conjoint. Il matérialise, selon les cas, l'adhésion au projet d'adoption seul de l'autre membre du couple ou la création d'un lien de filiation avec son propre enfant dans le cadre d'un projet d'adoption intrafamiliale.

**336.** Dans le même ordre d'idées, jusqu'en 2021, le don de gamètes par une personne faisant partie d'un couple était subordonné au consentement de l'autre membre de ce couple. L'article L. 673-2 du Code de la santé publique résultant de la loi bioéthique de 1994 sur l'assistance médicale à la procréation prévoyait en effet que « le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur, qui peut être révoqué, avant toute intervention, par l'un ou l'autre des membres du couple »<sup>1283</sup>. La fonction du consentement était liée à la conception du don de gamètes : un don provenant d'un couple ayant déjà procréé et destiné à un couple ne le pouvant pas. C'était « le modèle retenu pour le don jusque-là, à savoir celui d'un couple, déjà parents, qui permet à un autre couple de le devenir (ce qui participait à justifier le consentement du conjoint) »<sup>1284</sup>, de sorte que « le maintien du consentement du conjoint constituerait [...] le dernier vestige du don de couple à couple »<sup>1285</sup>. Le consentement matérialisait ainsi le projet parental du don<sup>1286</sup>.

---

<sup>1283</sup> L. n° 94-654 du 29 juill. 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.

<sup>1284</sup> Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique, 23 juill. 2019, p. 91 et s.

<sup>1285</sup> P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.-L. Touraine, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, p. 103.

<sup>1286</sup> Sur le projet parental, notamment dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, v. M. Mesnil, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Bâle : Helbing Lichtenhahn ; Neuchâtel : Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2018, spéc. p. 7 et s., n° 8 et s.

337. Une telle perception du don imprègne encore certaines lectures du consentement du donneur, comme l'attestent les discussions lors de l'examen de la loi bioéthique de 2021. Il est par exemple soutenu à l'Assemblée nationale que « cette réalité [du don] est susceptible d'avoir un impact, ne serait-ce que symbolique, sur la vie de famille et la généalogie du couple du donneur. Il est donc souhaitable et judicieux que le consentement du partenaire soit recueilli afin de s'assurer que le don de gamètes ne se fasse pas en dissonance avec le projet familial du couple »<sup>1287</sup>. À l'inverse, en arrêtant d'exiger le consentement de l'autre membre du couple, le Gouvernement effectue un « choix [qui] réserve à la sphère privée du couple l'information, les échanges et la décision finale »<sup>1288</sup>. Cette formulation figurant dans l'étude d'impact est tout à fait révélatrice des dynamiques à l'œuvre. En exigeant le consentement des membres du couple dans la loi, on impose qu'un tiers s'immisce dans la cellule familiale pour vérifier l'accord de ses membres. Les règles juridiques prévoyant un consentement conjoint constituent donc une régulation de la famille, pour son bien et par les pouvoirs publics.

338. À la lecture des arguments en présence, le consentement du couple receveur matérialiserait leur projet parental. Le rapport Braibant faisait déjà référence à « la réunion de deux volontés fondatrices du projet parental »<sup>1289</sup>. Cette analyse est reprise sur le plan doctrinal. Victor Deschamps souligne ainsi que le consentement des parents à l'assistance médicale à la procréation correspondrait à un engendrement au même titre que l'engendrement charnel, et ainsi un fondement de la filiation<sup>1290</sup>. En effet, les assistances médicales à la procréation endogènes comme exogènes « font de l'engendrement un acte de volonté nécessitant l'intervention d'un ou plusieurs tiers »<sup>1291</sup>. Le consentement des parents correspondrait à cet engendrement : « parce que leur consentement se trouve au point de départ de l'enfant, il convient d'y voir un véritable engendrement : un “engendrement par la parole”<sup>1292</sup> »<sup>1293</sup>. Pour

<sup>1287</sup> Assemblée nationale, *Compte rendu de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 38, 11 sept. 2019, p. 25.

<sup>1288</sup> *Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juill. 2019, p. 91 et s.

<sup>1289</sup> G. Braibant, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d'État, Paris : La Documentation française, 1988, p. 58.

<sup>1290</sup> Cela permet à l'auteur d'affirmer *in fine* que « l'engendrement transcende la dichotomie de la biologie et de la volonté et permet de résoudre les multiples contradictions suscitées par leur opposition » (V. Deschamps, *Le fondement de la filiation : de la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préf. D. Fenouillet, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 339, n° 525).

<sup>1291</sup> *Ibid.*, p. 336, n° 517.

<sup>1292</sup> L'auteur cite J.-P. Pierron, « Le geste et la parole. Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. Fulchiron, J. Sosson (dir.), Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 223.

<sup>1293</sup> V. Deschamps, *op. cit.*, p. 337, n° 522.

autant, l'engendrement, plus que la volonté, constituerait un fondement de la filiation : « la volonté ne fonde pas la filiation. En s'exprimant dans le consentement à la réalisation de l'assistance, elle réalise un engendrement, seul véritable fondement du lien de filiation une fois établi »<sup>1294</sup> On peut conclure de cette analyse que le consentement des parents matérialise leur projet parental commun.

**339.** La même conception des consentements est au cœur du mariage. Elle se retrouve plus généralement dans la promotion progressive des accords entre époux, pour lesquels leur consentement est recherché. Il en va ainsi du divorce par consentement mutuel. L'article 232, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit que « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé ». De même, les conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants supposent le consentement des parties et l'article 373-2-7, alinéa 2 du Code civil dispose que « le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ». Dans ces hypothèses, le consentement des époux est explicitement recherché et matérialise leur accord dans une situation conflictuelle. Ces conventions visent à réduire, en tout cas en apparence, les conflits au sein de la famille. À nouveau, les pouvoirs publics s'appuient sur le consentement donné au sein de la famille pour réguler cette dernière. Le juge doit ainsi s'attacher à vérifier la réalité du consentement des époux ou des parents. Le consentement participe donc de la régulation de la sphère familiale en vérifiant et promouvant la cohésion de cette dernière.

**340.** Pourtant, le consentement ne remplit pas seulement une fonction de recherche de la cohésion et de la prise de décision commune du couple. Il permet également une surveillance mutuelle entre les membres du couple qui réduit la capacité de chacun de ses membres. Cette dualité est très bien exposée lors de l'examen de la loi de 1965 réformant le droit des régimes matrimoniaux<sup>1295</sup>. Le Garde des Sceaux<sup>1296</sup> expose les « deux préoccupations » qui doivent être prises en compte à cette occasion : « L'idée essentielle, c'est celle de l'égalité entre les époux par la promotion de la femme mariée, problème moins simple à résoudre qu'il ne semble au premier abord, car la consécration de l'indépendance totale de chacun des époux n'apporterait

---

<sup>1294</sup> *Ibid.*, p. 339, n° 525.

<sup>1295</sup> L. n° 65-570 du 13 juill. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>1296</sup> Jean Foyer.

qu'une solution apparente. Ce serait oublier qu'il s'agit de fixer un régime matrimonial, c'est-à-dire un régime des biens de personnes mariées l'une avec l'autre, vivant en commun et chargées, dans la majorité des cas, de l'éducation et de l'entretien d'enfants ; ce qui implique entre elles une association et une solidarité. »<sup>1297</sup> Si l'« association » et la « solidarité » matérialisent la vie de couple, elles limitent pourtant l'« indépendance totale de chacun des époux ».

## B. Le consentement comme moyen de surveillance interne au couple

**341.** Le consentement constitue l'expression d'une surveillance interne au couple. Cette conception du consentement apparaît particulièrement claire lorsque l'exigence légale du consentement d'un membre du couple est supprimée. La loi du 13 juillet 1965 met ainsi en avant l'absence de consentement du mari pour souligner la nouvelle indépendance de la femme<sup>1298</sup>. Désormais, « chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel »<sup>1299</sup> et « la femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari »<sup>1300</sup>. Il résulte de ces deux dispositions que le consentement du mari avait bien une fonction de surveillance et de contrainte sur les actions de son épouse. Le Code civil avait en effet « restauré l'autorité maritale » et le chapitre posant ce qui constitue aujourd'hui le régime primaire « recueill[ait] tout ce que la tradition avait pu forger au cours des siècles pour passer la femme mariée dans la dépendance de son mari »<sup>1301</sup>.

Une relecture actuelle des dispositions du régime primaire souligne que les consentements présentés comme l'expression de l'« association » et de la « solidarité » des époux par Jean

---

<sup>1297</sup> JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 26 juin 1965, p. 2585.

<sup>1298</sup> La loi de 1965 reste empreinte d'une conception genrée de la société. Pierre Marcilhacy, rapporteur, déclare ainsi au Sénat que « si, d'un coup, vous supprimiez cette notion du mari chef de famille, notion qui, peu ou prou respectée, est profondément entrée dans les mœurs en France, ce ne serait sans doute pas au profit de la femme car les bons ménages sont ceux dans lesquels le mari est, sur le papier, le chef de famille mais où, très souvent, la femme dirige le foyer et l'ensemble de la famille. Stipuler le contraire serait très grave car ce serait introduire à l'intérieur des foyers une notion anarchique qu'a justement voulu éviter, et il a eu cent fois raison, le code Napoléon. » (JO Sénat n° 8, séance du 6 mai 1965, p. 185, intervention de Pierre Marcilhacy, rapporteur.) À Louis Namy, sénateur du groupe communiste, qui affirme que « ma thèse, c'est l'égalité de l'homme et de la femme », le même rapporteur répond : « Allez donc dire cela aux médecins ! » (*Ibid.*)

<sup>1299</sup> C. civ., art. 221, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1300</sup> C. civ., art. 223, tel qu'issu de la loi de 1965.

<sup>1301</sup> A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : Puf, 1996, p. 196-197, n° 144 : « non contents de restaurer l'autorité parentale, qui est essentiellement celle du père (art. 148), les rédacteurs du Code civil ont également restauré l'autorité maritale. Les velléités d'égalité, formulées dans les premiers projets de code à propos du régime légal de communauté, vite écartées [...], ne sont plus de mise », de sorte que le chapitre posant ce qui constitue aujourd'hui le régime primaire « recueille tout ce que la tradition avait pu forger au cours des siècles pour passer la femme mariée dans la dépendance de son mari ».

Foyer<sup>1302</sup> correspondent eux-mêmes à des mesures de surveillance entre les époux, de manière à garantir leur protection mutuelle. Il en va ainsi du consentement du conjoint à l'acte de disposition des droits assurant le logement de la famille<sup>1303</sup> et pour rétablir la solidarité des époux<sup>1304</sup>. De même, le consentement d'un époux peut être imposé par le juge pour les actes de disposition effectués par son conjoint sur les biens propres ou communs lorsque ce dernier « manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille »<sup>1305</sup>. Dans ces trois hypothèses, l'époux est protégé par le consentement qu'il doit donner. Conditionnant les actions de son époux, il permet d'éviter qu'un acte grave effectué seul par celui-ci ait des conséquences sur le couple. Cette prérogative étant conjointe, elle manifeste davantage un contrôle mutuel qu'un contrôle autoritaire<sup>1306</sup>.

**342.** Le consentement au don de gamètes du concubin, partenaire ou conjoint peut être compris à la lumière de cette lecture. À l'occasion de la préparation de la loi bioéthique de 2021, la suppression du consentement du conjoint du donneur est décrite comme une mesure d'émancipation en faveur du donneur. Le Conseil d'État souligne ainsi que « la disposition [...] fait de ce don un choix strictement personnel »<sup>1307</sup>. Des députés avancent encore à l'Assemblée que « chacun est responsable de ses actes »<sup>1308</sup> et que « le don doit relever d'un choix personnel, fait en son âme et conscience par l'individu qui souhaite faire un geste altruiste »<sup>1309</sup>. En ce sens, la suppression du consentement favorise une gestion du couple qui échappe aux pouvoirs publics, ces derniers se refusant à la contrôler. Les auteurs de l'étude d'impact estiment en effet que « ce choix réserve à la sphère privée du couple l'information, les échanges et la décision finale ». De même, le rapporteur de cette partie du texte affirme qu'« un adulte éclairé, à qui on dit qu'il serait bénéfique d'informer son conjoint, peut le faire sans qu'on lui mette le couteau sous la gorge et l'oblige à faire signer un document »<sup>1310</sup>. Seul le consentement du donneur lui-même est contrôlé, comme cela est prévu par la loi et dans le cadre du contrôle général des atteintes à l'intégrité du corps humain. La gestion de sa décision au sein de sa sphère familiale

---

<sup>1302</sup> JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 26 juin 1965, p. 2585.

<sup>1303</sup> C. civ., art. 215, al. 3.

<sup>1304</sup> C. civ., art. 220, al. 3.

<sup>1305</sup> C. civ., art. 220-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1306</sup> On note que l'emploi du terme « autorisation » (du mari) était préféré à celui de « consentement » dans le Code civil de 1804.

<sup>1307</sup> CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 2019, p. 7.

<sup>1308</sup> Assemblée nationale, *Compte rendu de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 38, 11 sept. 2019, p. 25 (intervention de Jean-Louis Touraine, rapporteur).

<sup>1309</sup> JOAN n° 101, 2<sup>e</sup> séance du 27 sept. 2019, p. 8217.

<sup>1310</sup> Assemblée nationale, *Compte rendu de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 38, 11 sept. 2019, p. 25 (intervention de Jean-Louis Touraine, rapporteur).

lui est laissée. Cette mesure fait apparaître le consentement de l'autre membre du couple comme, à l'inverse, un instrument de surveillance des choix au sein du couple, qui permet de limiter une décision relative au propre corps du donneur.

**343.** Le consentement du conjoint ou du partenaire à l'adoption peut être également lu sous cet angle. Adrien Taquet affirmait ainsi lors de l'examen de la loi de 2022 que ce consentement « est uniquement destiné à garantir, dans l'intérêt de l'enfant, que la personne qui partage la vie de l'adoptant ne s'oppose pas à l'accueillir dans son foyer »<sup>1311</sup>.

Le consentement exigé au sein du couple témoigne ainsi d'une volonté de régulation étatique de la famille. La loi exige que des tiers recueillent des consentements conjoints des membres du couple. Cela permet aux pouvoirs publics d'assurer la régulation de la sphère familiale. La même dynamique duale caractérise les consentements donnés entre parents et enfants.

## **§2. Une régulation ambiguë des rapports parentaux**

**344.** Le consentement assure une régulation ambiguë des liens entre le ou les parents et leur enfant. Ces rapports parentaux sont encadrés en droit. Pour rappel, les parents exercent l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et à ses biens, c'est-à-dire sur les plans extrapatrimoniaux et patrimoniaux<sup>1312</sup>. Sur le plan extrapatrimonial, l'autorité parentale n'entraîne pas en elle-même une représentation de l'enfant, mais consiste en une décision prise par les parents dans l'intérêt de l'enfant. Il existe tout de même un système de représentation en matière extrapatrimoniale, issu de l'article 388-1-1 du Code civil, qui prévoit que « l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ». Ainsi, en matière de vie privée, « la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur [est] soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui »<sup>1313</sup>. Ces principes souffrent d'exception et de nuances. L'enfant est en principe impliqué par ses parents, qui l'« associent [...] aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »<sup>1314</sup>. Par ailleurs, le mineur peut être entendu

---

<sup>1311</sup> JOAN n° 144, 2<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, p. 10804, intervention d'Adrien Taquet, secrétaire d'État. V. aussi F. Eudier, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Adoption », oct. 2008, act. juin 2023, n° 96 : « La réussite de l'adoption nécessitant, en principe, l'accord du couple, la loi exige que le conjoint consente à l'adoption (C. civ., art. 343-1, al. 2). En effet, on conçoit mal que l'un des conjoints puisse imposer à l'autre la création, même unilatérale, d'un lien de parenté avec un enfant. »

<sup>1312</sup> Sur le plan patrimonial, qui ne fera pas l'objet d'une analyse, cet exercice se fait par l'administration légale (C. civ., art. 382 et s.) et la jouissance légale (C. civ., art. 386-1 et s.), ainsi que par la représentation de l'enfant.

<sup>1313</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1972, n° 70-13.377, publié.

<sup>1314</sup> C. civ., art. 371-1 al. 3.



par le juge ou une personne désignée par celui-ci dans toute procédure le concernant<sup>1315</sup>. Il peut aussi prendre lui-même des décisions, seul, ou donner son consentement dans certains cas, selon les règles spéciales prévues par ailleurs.

**345.** La construction élaborée par Laurence Francoz Terminal permet de mieux comprendre l'agencement de ces différentes règles dans le cas de la participation de l'enfant, c'est-à-dire en dehors des hypothèses où le parent ou une autre personne prend la décision seul juridiquement<sup>1316</sup>. Elle distingue le cas principal, « la collaboration de l'enfant à la décision parentale qui le concerne »<sup>1317</sup> et le cas secondaire, « la collaboration parentale à l'acte réalisé par l'enfant »<sup>1318</sup>.

Dans le premier, la collaboration de l'enfant peut d'abord désigner une « collaboration d'information »<sup>1319</sup>. Elle regroupe les cas de « recueil de l'avis de l'enfant »<sup>1320</sup>. Elle peut également se traduire par une « collaboration de participation », sous la forme d'un consentement de l'enfant. Il s'agit soit d'un « consentement d'adhésion auquel aucune force juridique n'est attachée », soit d'un « consentement à valeur d'autorisation auquel un droit de veto est attaché »<sup>1321</sup>.

Dans le second, « le mécanisme de la représentation légale est parfois écarté pour la réalisation de certains actes »<sup>1322</sup>. La démarche est alors inverse : « Les parents de l'enfant, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, seront associés à la réalisation d'actes qui ne pourront être accomplis que par l'enfant personnellement. »<sup>1323</sup> Cette participation se traduit soit par « une assistance de l'enfant dans ses démarches », soit par « une autorisation à agir donnée à l'enfant »<sup>1324</sup>.

Le consentement de l'enfant ou du parent permet donc de conditionner les actions de l'autre. Deux lectures en sont possibles. Le consentement des parents accompagnant celui de l'enfant ou l'association de l'enfant par son consentement peut se révéler comme une promotion de la

---

<sup>1315</sup> C. civ., art. 388-1 al. 1<sup>er</sup> : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. »

<sup>1316</sup> L. Francoz Terminal, *L'enfant, ses parents, les tiers. Droit de la famille et minorité, point d'étape et perspectives*, rapport HDR, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018, p. 6.

<sup>1317</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1318</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1320</sup> « Dénué de toute force juridique » mais « élément d'appréciation qui devra être pris en compte par le décisionnaire » (*ibid.*, p. 7).

<sup>1321</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1322</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1323</sup> *Ibid.*

<sup>1324</sup> « Ils [ces dispositifs] investissent tous deux le mineur d'une capacité d'exercice de nature spéciale. » (*Ibid.*)

« démocratie familiale » en favorisant un dialogue au sein de la famille. Pourtant, le consentement peut inversement servir à exercer un contrôle entre les membres de la famille.

**346.** Le consentement témoigne d'une régulation ambiguë des liens parentaux. Promoteur d'un dialogue éducatif (A), il peut être vecteur de contrôles respectifs (B).

A. Le consentement promoteur d'un dialogue éducatif

**347.** Les hypothèses où un parent consent seul à une décision relative à un enfant mineur d'un âge avancé deviennent rares en droit des personnes, mais elles sont à l'inverse répandues lorsque l'enfant est jeune. En donnant la possibilité à l'enfant de consentir alors que le parent est supposé en principe le faire seul, la loi s'inscrit dans la promotion d'une « démocratie familiale » : « cette expression [...] est parfois utilisée pour désigner la nécessité d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent. Cette association oblige à penser différemment les liens parents/enfants, non plus en termes d'autorité hiérarchique, mais en termes d'égalité. »<sup>1325</sup> Ces mesures sont aussi justifiées par la nécessité d'éduquer l'enfant à la prise de décision, de le protéger face à des actes dont la dangerosité échapperait à l'enfant et de renforcer les liens familiaux. Une telle argumentation n'est pas nouvelle et Portalis justifiait en 1804 la condition de consentement des pères au mariage de leur enfant par l'idée que leur consentement « si bien motivé par la considération touchante que la prudence paternelle, éclairée par les plus tendres sentiments, est au-dessus de toute autre prudence »<sup>1326</sup>.

**348.** La justification du consentement du parent dans l'activité numérique de son enfant en témoigne. Lors de l'examen de la loi de 2018 relative à la protection des données personnelles<sup>1327</sup>, une discussion s'engage sur la détermination du seuil d'âge à partir duquel le mineur peut consentir seul concernant « l'offre directe de services de la société de l'information »<sup>1328</sup>. Le consentement parental est notamment perçu comme une manière d'éduquer l'enfant dans ses pratiques numériques. La ministre de la Justice affirme en effet que « la mise en place d'une autorisation parentale, sans lourdeur procédurale excessive, doit être l'occasion de réinstaurer le dialogue au sein de la famille sur ces questions et permettre ainsi

---

<sup>1325</sup> A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, Paris : Puf, 2022, p. 837, n° 1072.

<sup>1326</sup> J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil, précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification de F. Portalis*, Caen : Presses universitaires de Caen, 2010.

<sup>1327</sup> L. n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

<sup>1328</sup> Une appréciation de chaque État membre était laissée par le RGPD (RGPD, art. 8. 1).

une meilleure connaissance par les parents des pratiques numériques de leurs enfants. Il s'agit également de prendre en considération la difficulté pour les adolescents de comprendre et de mesurer les conséquences de la diffusion de leurs données personnelles et les risques inhérents encourus, en termes de marchandisation des données personnelles à des tiers, de réputation en ligne »<sup>1329</sup>.

**349.** De même, le consentement des parents aux décisions médicales et reproductives de leur enfant est justifié par certains parlementaires et responsables politiques comme une manière de promouvoir les liens parentaux. Les parlementaires se positionnant contre la suppression de l'exigence de consentement des parents à l'interruption volontaire de grossesse de leur enfant mineure<sup>1330</sup> le motivent au regard des vertus du double consentement sur la vie familiale<sup>1331</sup>. Ainsi, « l'intérêt de la mineure, comme certainement celui de notre société, commande de tout faire pour renouer les liens entre les adolescents et leurs familles [...] »<sup>1332</sup> et, « ce n'est pas en remplaçant les parents sur un sujet aussi sensible que l'on aidera les jeunes en difficulté et que l'on favorisera le rôle de la famille, premier rempart contre l'exclusion »<sup>1333</sup>. La ministre de l'Emploi et de la Solidarité estime elle-même que le consentement des parents encourage les liens avec son enfant qui procède à une interruption volontaire de grossesse : « il faut chercher à obtenir l'accompagnement et le consentement des parents chaque fois que c'est possible et à maintenir le lien entre la mineure et ses parents »<sup>1334</sup>.

Le même argument est avancé en 1967 pour soutenir l'exigence de consentement parental à l'ordonnance de prescription d'une contraception à une personne mineure<sup>1335</sup>. Ou encore, Bernard Accoyer s'opposait en 2001 aux exceptions au double consentement dans le domaine médical car « l'autorité parentale représente un élément fondamental dans le rapport de confiance entre l'enfant et le médecin »<sup>1336</sup>.

---

<sup>1329</sup> P. Forteza, *Rapport n° 592, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 490 relatif à la protection des données personnelles*, Assemblée nationale, 25 janv. 2018, p. 35 (intervention de Nicole Belloubet, garde des Sceaux).

<sup>1330</sup> Ce qui permettrait à la mineure de procéder seule à une IVG.

<sup>1331</sup> Ces arguments peuvent par ailleurs être interprétés comme les paravents d'une position anti-IVG.

<sup>1332</sup> JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, p. 9603 (intervention de Marie-Thérèse Boisseau).

<sup>1333</sup> *Ibid.*, p. 9604 (intervention de Christine Boutin).

<sup>1334</sup> *Ibid.*, p. 9606 (intervention d'Elisabeth Guigou la ministre de l'Emploi et de la Solidarité).

<sup>1335</sup> Pour élever de 18 ans (proposition de loi) à 21 ans l'âge pour lequel ce consentement est nécessaire, Edouard Frédéric-Dupont soutient ainsi qu'« après avoir considéré la question en droit, je dirai qu'en fait mon amendement peut faciliter, voire imposer un dialogue entre le mineur et ses parents, ce qui ne peut être que souhaitable au point de vue général » (JOAN n° 60, 3<sup>e</sup> séance du 1<sup>er</sup> juill. 1967, p. 2581).

<sup>1336</sup> JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 4 oct. 2001, p. 5461 (intervention de Jean-Michel Dubernard).

**350.** Le consentement témoignerait de l'intervention « bienveillante » des parents. Il permettrait d'aider l'enfant à prendre une bonne décision et à ne pas se laisser dépasser par ses sentiments ou son ignorance. Le contexte d'adoption de ces mesures montre également une ouverture à la parole de l'enfant. Alors que son consentement n'était par principe pas requis, il y a une évolution en faveur de la prise en compte du consentement du mineur et l'abaissement progressif des seuils de consentement. Le sens de cette ouverture tend à la considérer comme un progrès dans un mouvement de promotion des différents intérêts au sein de la famille.

Pourtant, comme pour les relations au sein du couple, l'exigence d'un consentement conjoint du parent et de l'enfant dissimule une forme de régulation de la sphère intrafamiliale.

## B. Le consentement vecteur de contrôles respectifs

**351.** Comme pour le couple, la suppression de certains consentements parentaux a montré qu'ils limitaient auparavant l'action de l'enfant. Un tel constat peut être étendu aux consentements parentaux encore exigés en droit positif. Par exemple, la possibilité de consentir seul à partir de 15 ans à une inscription sur les réseaux sociaux met en relief la limitation autrefois imposée par le consentement parental<sup>1337</sup>.

**352.** Le consentement au mariage était ainsi autrefois conditionné au consentement des parents, même après la majorité des enfants. Ce consentement a bien pu changer au cours des siècles<sup>1338</sup> : « Le consentement familial peut être destiné à sauvegarder la puissance paternelle, ou le rang et la fortune de la famille, ou à protéger la jeunesse contre les entraînements. »<sup>1339</sup> La nature contraignante de ce consentement demeure. Elle est particulièrement soulignée par l'évolution de l'appréhension du consentement des époux. Le maintien du consentement des parents malgré l'importance croissante de celui des époux souligne la contrainte que le premier fait porter au second. Le choix dans la doctrine chrétienne d'une théorie consensualiste du mariage<sup>1340</sup> a en effet redonné son importance au consentement des époux et corrélativement

---

<sup>1337</sup> L. n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, art. 4.

<sup>1338</sup> J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 112, n° 95 : « une même institution - le consentement familial au mariage des mineurs -, tout en paraissant se maintenir de siècle en siècle, peut, par une succession de retouches en apparences mineures, changer complètement de nature et de but ».

<sup>1339</sup> *Ibid.*

<sup>1340</sup> Sur la théorie consensualiste, v. également V. Beaulande-Barraud, « Sexualité, mariage et procréation. Discours et pratiques dans l'Église médiévale (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles) » in *La Sainte Famille. Sexualité, filiation et parentalité dans l'Église catholique*, C. Vanderpelen-Diagre, C. Sägers (dir.), Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, 2019, p. 19, spéc. p. 20 ; C. N. L Brooke, *The Medieval Idea of Marriage*, Oxford : Clarendon Press, 1994, 2011, p. 119 et s. (« *From the ninth century at latest-and doubtless in many minds much*

réduit la place du consentement des parents<sup>1341</sup>. Le décret du Concile de Trente sur la réformation des mariages clandestins précise ainsi que ce consentement n'est pas nécessaire<sup>1342</sup>, mais cette doctrine reste cantonnée au droit canon et « c'est une des raisons de la non-réception en France du Concile de Trente »<sup>1343</sup>. La législation royale sanctionne ainsi pénalement l'absence de consentement des parents dans l'ordonnance de Blois de 1579<sup>1344</sup> puis en fait une condition jurisprudentielle de nullité du mariage<sup>1345</sup>, dans une évolution où « le mariage [...] pass[e] du contrôle de l'Église à celui de l'État »<sup>1346</sup>. Le consentement des parents au mariage de leur enfant majeur, exigé en 1804 aux côtés des « actes respectueux » et justifié « au nom de l'intérêt des familles »<sup>1347</sup>, disparaît ensuite progressivement dans le siècle qui suit<sup>1348</sup>. La suppression progressive du consentement parental révèle d'autant plus la contrainte qu'il faisait peser sur les enfants.

**353.** Dans le domaine de la santé également, la suppression des consentements parentaux ne fait que souligner son aspect contraignant. En droit positif, le consentement à une décision médicale doit en principe être donné par les parents titulaires de l'autorité parentale<sup>1349</sup>, même si le consentement du mineur « doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision »<sup>1350</sup>. Une exception permet toutefois de « se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale », quand la personne mineure « s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé »<sup>1351</sup>. Cette exception vise le médecin ou la sage-femme lorsque « l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure »<sup>1352</sup> et l'infirmier « lorsque l'action de prévention, le dépistage ou le traitement s'impose pour sauvegarder la

---

*earlier-consent in the eyes of leading churchmen came to mean consent by the partners themselves; and maritalis affectio, by slow and delicate stages, was given an aura of sentiment and feeling, even of romance, by the celibate canonists who modified the ancient doctrines of the married Roman jurists. »)*

<sup>1341</sup> A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : Puf, 1996, p. 135, n° 97.

<sup>1342</sup> J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 110, n° 95.

<sup>1343</sup> A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 170, n° 123.

<sup>1344</sup> *Ibid.*, p. 170-171, n° 124.

<sup>1345</sup> *Ibid.*, p. 172, n° 125.

<sup>1346</sup> *Ibid.*, p. 173, n° 125.

<sup>1347</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2012, n° 47.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, n° 143.

<sup>1349</sup> CSP, art. L. 1111-5 et L. 1111-5-1 *a contrario* ; CSP, art. L. 1111-4, al. 9 sur le refus de d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur.

<sup>1350</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 7.

<sup>1351</sup> CSP, art. L. 1111-5, al. 1<sup>er</sup> et CSP, art. L. 1111-5-1.

<sup>1352</sup> CSP, art. L. 1111-5, al. 1<sup>er</sup>.

santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure »<sup>1353</sup>. Dans tous les cas, le personnel de santé concerné « doit, dans un premier temps, s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation » et « dans le cas où le mineur maintient son opposition, l'infirmier peut mettre en œuvre l'action de prévention, le dépistage ou le traitement » et « le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix »<sup>1354</sup>.

**354.** Ces dispositions générales, introduites par la loi de 2002, permettent donc de se dispenser du consentement parental. Elles sont justifiées par des raisons de « santé publique », « notamment pour éviter la contagion », le ministre délégué à la santé visant la question du VIH<sup>1355</sup>. Cette modification législative est issue de recommandations faites en 2000 par le Conseil national du sida et des hépatites virales (CNS)<sup>1356</sup>. Il en résulte que la protection du mineur passe par la dispense de consentement des parents dont l'information, nécessaire pour obtenir son consentement, dissuaderait le mineur de procéder aux soins. Les recommandations proposent en effet une « exception législative au principe de l'autorité parentale »<sup>1357</sup>. Elle est subordonnée à l'hypothèse dans laquelle les « soins sont rendus nécessaires par un état ou une pathologie, consécutif à des pratiques relevant de leur intimité, et dont ils considèrent que la révélation aux détenteurs de l'autorité parentale serait de nature à jeter sur eux le discrédit et l'opprobre, et pourrait avoir pour conséquence un dommage pour leur santé psychique et leur intégrité corporelle »<sup>1358</sup>. Le CNS vise ainsi l'hypothèse d'un « problème de santé » qui « relève de l'ordre de l'intimité », c'est-à-dire « les traitements rendus nécessaires ou souhaitables par les conséquences de l'activité sexuelle », les « problèmes d'ordre psychique » et les « besoins de soins consécutifs à des pratiques addictives »<sup>1359</sup>.

**355.** Il n'est pas nouveau de considérer que le consentement des parents nuirait à la santé de leur enfant. En cela, le consentement parental est perçu comme un contrôle et une limitation de l'action de la personne mineure. Une telle solution existait déjà pour la contraception et l'IVG<sup>1360</sup>.

---

<sup>1353</sup> CSP, art. L. 1111-5-1.

<sup>1354</sup> CSP, art. L. 1111-5, al. 1<sup>er</sup> et CSP, art. L. 1111-5-1.

<sup>1355</sup> JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 4 oct. 2001, p. 5461 (intervention de Bernard Kouchner, ministre délégué à la santé).

<sup>1356</sup> CNS, *L'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins. Rapport suivi d'un avis et de recommandations*, 2000.

<sup>1357</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>1358</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>1359</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1360</sup> JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 4 oct. 2001, p. 5461 (intervention de Bernard Kouchner, ministre délégué à la santé) (« dérogation qui existe d'ailleurs déjà en matière de contraception et d'interruption volontaire de grossesse »).

En droit positif, l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique prévoit ainsi que le consentement parental n'est pas nécessaire dans le domaine contraceptif<sup>1361</sup>, où la confidentialité est de mise<sup>1362</sup>. Cette dispense de consentement n'existait pas lors de la loi de 1967, qui prévoyait à l'inverse l'exigence d'un consentement parental à la délivrance de contraceptifs<sup>1363</sup>. L'ouverture aux personnes mineures de la possibilité d'obtenir des contraceptifs, bien que motivée par des raisons pragmatiques de disponibilité des moyens de contraception, a pourtant été conditionnée au consentement de leurs parents<sup>1364</sup>. Mais ce sont des motifs identiques qui conduisent à supprimer cette règle en 1974<sup>1365</sup>. La loi se saisit des cas de personnes « qui se procurent des contraceptifs en fraude, la plupart du temps sans surveillance médicale, ou qui, pis encore, encourent sans précaution le risque d'une grossesse et forment le groupe des candidates à l'avortement dont la détresse est la plus grave »<sup>1366</sup>. La suppression du consentement parental vise « ces situations, ces cas minoritaires et dramatiques »<sup>1367</sup> et « ces enfants ayant échappé, en fait, à une autorité familiale normale que la loi doit protéger »<sup>1368</sup>. Le contrôle parental dissuaderait les enfants de se procurer une contraception et manquerait de les protéger au titre de la santé publique. Le législateur souhaite éviter « les drames qu'entraînent les maternités hors mariage, mal acceptées et peu souhaitables, même d'un point de vue médical »<sup>1369</sup>, les dangers de l'autoprescription par les mineures<sup>1370</sup> et

<sup>1361</sup> CSP, art. L. 5134, al. 3 : « Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs ni pour la délivrance de préservatifs internes et externes aux personnes mineures. »

<sup>1362</sup> CSP, art. L. 5134, al. 4 : « La délivrance de contraceptifs, la réalisation d'examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive, la prescription de ces examens ou d'un contraceptif, ainsi que leur prise en charge, sont protégées par le secret pour les personnes mineures. »

<sup>1363</sup> L. n° 67-1176 du 28 déc. 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, art. 3, al. 5 : « La vente ou la fourniture des contraceptifs aux mineurs de dix-huit ans non émancipés et des contraceptifs inscrits au tableau spécial aux mineurs de vingt et un ans non émancipés ne peut être effectuée que sur ordonnance médicale constatant le consentement écrit de l'un des parents ou du représentant légal. »

<sup>1364</sup> L. Neuwirth, *Rapport n° 328, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur les propositions de loi n° 34 et 231 tendant à modifier les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, Assemblée nationale, 15 juin 1967, p. 96 et s.

<sup>1365</sup> L. n° 74-1026 du 4 déc. 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1366</sup> R. Schwint, *Rapport n° 62, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 257, adopté par l'Assemblée nationale, modifiant la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances*, Sénat, 24 oct. 1974, p. 10

<sup>1367</sup> *Ibid.*, p. 10

<sup>1368</sup> *Ibid.*

<sup>1369</sup> JOAN n° 20, 2<sup>e</sup> séance du 28 juin 1974, p. 3178 (intervention de Simone Veil, ministre de la santé). La ministre fait référence à « de très jeunes mères qui devront être prises en charge, avec leur enfant, pendant une longue période ».

<sup>1370</sup> *Ibid.*, p. 3179 et s. (intervention de Lucien Neuwirth, rapporteur). Il faut éviter « à certaines mères de se laisser emprunter ou voler des pilules par leur jeune fille alors que l'emploi de ces pilules peut être médicalement contre-indiqué pour cette dernière ».

le développement d'un marché noir<sup>1371</sup>. La suppression du consentement parental n'a pas tant pour fonction la recherche de l'autonomie des mineures<sup>1372</sup>. Elle vise plutôt la protection de la santé publique, menacée par l'exigence de consentement des parents, contrôlante et dissuasive ; de même que la libéralisation de la contraception permet aussi, à cette époque, de protéger la famille<sup>1373</sup>.

**356.** L'exigence de consentement des parents est également appréhendée comme une manière de contrôler l'action de la personne mineure dans la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. Lors de l'examen de la loi Veil de 1975<sup>1374</sup>, le rapport sénatorial note qu'« il existe un troisième “verrou” qui risque de renvoyer la femme à la clandestinité : c'est celui de l'obligation du consentement parental pour la mineure »<sup>1375</sup>.

De même, le consentement parental est appréhendé en 1979 comme un risque de contrôle de l'interruption volontaire de grossesse souhaitée par la mineure, soit pour l'empêcher, soit pour l'encourager. Les députés communistes souhaitent que « l'accord parental soit recherché pour entourer la jeune fille », sans qu'il ne soit « obligatoirement requis »<sup>1376</sup>. En effet, l'absence de consentement parental permet de « respecter la liberté de la jeune fille qui veut interrompre sa grossesse, mais aussi celle de la jeune fille qui souhaite garder son enfant »<sup>1377</sup>. Elle pourrait se trouver menacée par « la pression parentale » qui « peut s'exercer dans les deux sens »<sup>1378</sup>. *In*

---

<sup>1371</sup> *Ibid.* (intervention de Lucien Neuwirth, rapporteur) : « Il [l'amendement proposé] supprimera le regrettable marché noir qui existe actuellement dans certains lycées et collèges. »

<sup>1372</sup> Il s'agit toutefois bien de « libéraliser la loi » (*ibid.*, p. 3179, intervention de Lucien Neuwirth, rapporteur), une « “normalisation” de la contraception » (*ibid.*, p. 3178, intervention de Simone Veil, ministre de la santé), de sorte que « de même que l'abaissement de l'âge de la majorité électorale et civile à dix-huit ans, la libéralisation du régime des moyens de contraception est une étape nouvelle vers une forme de société où les êtres humains, mieux informés et confrontés plus tôt que leurs aînés à toutes les réalités de l'existence, tendent à devenir plus solidaires et plus responsables » (*ibid.*, p. 3179, intervention de Simone Veil, ministre de la santé) et que « la conception que nous nous faisons de l'être humain a cessé de se limiter à la seule dimension de l'individu. Nous savons de plus en plus que son équilibre et sa santé, au sens large où l'on entend à présent ces termes, sont fonction d'une relation harmonieuse avec son environnement humain et avec le milieu physique dans lequel il vit » (*ibid.*)

<sup>1373</sup> « La vie dans le monde moderne, nous le savons tous, est trop souvent difficile, injuste et angoissante. La cellule familiale, qui demeure le fondement essentiel de notre société, se trouve soumise à rude épreuve. C'est bien pourquoi tout doit être mis en œuvre pour la protéger, notamment par la possibilité de recourir à des techniques de régulation des naissances permettant à la famille de trouver, au moment le plus opportun, la dimension la plus favorable à sa survie et à son épanouissement. » (*Ibid.*, p. 3179, intervention de Simone Veil, ministre de la santé.)

<sup>1374</sup> L. n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, dite loi Veil.

<sup>1375</sup> J. Mézard, *Rapport n° 120, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 114, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'interruption volontaire de grossesse*, Sénat, 6 déc. 1974, p. 19.

<sup>1376</sup> JOAN n° 114, 2<sup>e</sup> séance du 29 nov. 1979, p. 10937 et s. (intervention de Jacqueline Chonavel, membre du groupe communiste).

<sup>1377</sup> *Ibid.*

<sup>1378</sup> *Ibid.* Ainsi, « il ne faudrait pas que le soutien moral légitimement recherché pour une mineure qui veut interrompre sa grossesse se retourne contre celle qui veut garder son enfant ».



*fine*, le consentement parental est maintenu mais le consentement de la mineure, qui n'était pas requis jusqu'alors, est ajouté.

La mineure peut finalement se passer, par exception, de l'exigence de consentement parental à partir la loi du 4 juillet 2001<sup>1379</sup>. Les travaux parlementaires soulignent encore que le consentement des parents limiterait l'action de la personne mineure. Émettant des doutes face à cette suppression, un député estime qu'elle « ouvre[...] une liberté nouvelle à un certain nombre de jeunes sans qu'aucune garantie soit apportée sur son usage »<sup>1380</sup>. De même, la rapporteure évoque le « conflit entre ces deux consentements », l'hypothèse où « la jeune ne peut pas obtenir ou pense qu'elle n'obtiendra pas le consentement de l'un des deux parents ». Elle se demande ainsi si c'est « le meilleur choix, quand on est parent, que d'obliger sa fille mineure à poursuivre sa grossesse si elle-même ne le désire pas »<sup>1381</sup>.

**357.** À l'inverse, le consentement de l'enfant permet de limiter l'action de son parent allant à l'encontre de ce qui lui serait souhaitable selon les pouvoirs publics. L'introduction du consentement de la femme mineure à l'interruption volontaire de grossesse en 1979 avait été conçue de la sorte. Alors que les amendements des groupes socialistes et apparentés<sup>1382</sup> et communiste<sup>1383</sup> souhaitaient supprimer le consentement parental, un amendement<sup>1384</sup> du rapporteur<sup>1385</sup> et d'un député<sup>1386</sup> voulait ajouter l'exigence de consentement de la « mineure célibataire » pour des raisons bien différentes. Selon eux, « il est en effet apparu que des mineures se font avorter sous la pression de leur milieu familial, malgré leurs protestations. Or il est inadmissible d'interdire à une future mère, si jeune soit-elle, de garder son enfant »<sup>1387</sup>. Le consentement de la mineure a donc été pensé comme une manière de la protéger face à la volonté de ses parents qui l'auraient poussée à une interruption volontaire de grossesse.

**358.** De même, les dispositions relatives au consentement parental dans le domaine numérique permettent de lutter notamment contre le *sharenting*<sup>1388</sup>. La loi du 19 octobre 2020

---

<sup>1379</sup> L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, art. 7.

<sup>1380</sup> JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, p. 9603 et s. (intervention de Bernard Perrut).

<sup>1381</sup> *Ibid.* (intervention de Martine Lignières-Cassou, rapporteure).

<sup>1382</sup> Amendement n° 95.

<sup>1383</sup> Amendement n° 19.

<sup>1384</sup> Amendement n° 47.

<sup>1385</sup> Jean Delaneau, du groupe Union pour la démocratie française.

<sup>1386</sup> Alexandre Bolo, du groupe Rassemblement pour la République.

<sup>1387</sup> JOAN n° 114, 2<sup>e</sup> séance du 29 nov. 1979, p. 10937 et s.

<sup>1388</sup> « Le “sharenting” » (mot-valise anglais composé de *share*, partager, et *parenting*, parentalité) est une pratique qui consiste, pour les parents, à publier des photos ou des vidéos de leurs enfants sur les réseaux sociaux. » (CNIL, « Sharenting », cnil.fr, en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/definition/sharenting> (consulté le 11 janv. 2023)). Pour une analyse juridique sur le sujet, v. G. Kessler, « La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur

visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne prévoit ainsi que « le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas requis pour la mise en œuvre, par une personne mineure, du droit à l'effacement des données à caractère personnel prévu à l'article 51 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »<sup>1389</sup>. Cette mesure vise notamment à permettre à l'enfant de se protéger lui-même, contre ses parents qui auraient utilisé son image<sup>1390</sup>.

**359. Conclusion de la Section 2.** En exigeant le consentement des époux, des parents ou d'un enfant, la loi conditionne les actions de certains membres de la famille à l'approbation des autres. La loi vise ainsi à réguler les relations familiales pour assurer le bon ordre de la société. Le consentement ne sert donc pas seulement à protéger le conjoint ou l'enfant, ni à caractériser le projet de couple ou la relation parentale. Mais il permet aussi d'instaurer un contrôle interpersonnel des membres de la famille et ainsi de participer à l'objectif de stabilité des familles.

**360. Conclusion du Chapitre 2.** Le consentement constitue un outil juridique utilisé par les pouvoirs publics pour assurer tout à la fois la stabilité de l'établissement des liens familiaux et la régulation des rapports familiaux. Il assure ainsi cette fonction dans le temps long comme dans le quotidien des relations familiales. Ce besoin de stabilité permet, par répercussion, de garantir la stabilité de l'ordre social tout entier. Loin de constituer une politique uniquement libérale, le consentement permet aux pouvoirs publics d'exercer un contrôle sur les familles.

---

les réseaux sociaux : quel encadrement pour la pratique du sharenting ? », *AJ fam.*, 2021, p. 292 ; S. Binet, « Respecter le droit à l'image des enfants », *AJ fam.*, 2023, p. 129.

<sup>1389</sup> L. n° 2020-1266 du 19 oct. 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, art. 6.

<sup>1390</sup> Car « ce droit [à l'oubli] ne peut être exercé directement par le mineur, et doit être activé par ses représentants légaux, la plupart du temps, ses parents. Or ces derniers peuvent avoir un intérêt objectif à la poursuite de l'exploitation de l'image de leur enfant, qui peut s'avérer être une source de revenus. » (J.-R. Hugonet, *Rapport n° 532, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, sur la proposition de loi n° 317, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Sénat, 17 juin 2020, p. 26.) V. aussi B. Studer, *Rapport n° 3380, fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi n° 3133, modifiée par le Sénat, visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Assemblée nationale, 29 sept. 2020, p. 23, intervention de Delphine Bagarry : « Autre disposition essentielle de ce texte : la garantie du droit à l'oubli pour les mineurs figurant sur des vidéos mises en ligne sur ces plateformes, et ce, sans le consentement de leurs représentants légaux, bien souvent leurs parents, dont on sait qu'ils sont parfois à l'initiative de l'activité. » Mais le texte vise également à protéger les mineurs qui auraient fait des vidéos seuls (v. de manière générale B. Studer, *Rapport n° 2651, fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi n° 2519 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Assemblée nationale, 5 févr. 2020).

**361. Conclusion du Titre 2.** Le consentement de la personne constitue bien une norme fonctionnelle. Il est en effet utilisé par les pouvoirs publics pour assurer la stabilité de l'ordre social. De cette manière, une politique de contrôle est assurée par le biais de la volonté de l'individu. Une telle analyse n'exclut pas l'intérêt pour les personnes de pouvoir donner leur consentement, mais elle en souligne les limites. Elle empêche en effet de saisir la dimension de contrôle permise par le consentement, norme juridique support de politiques publiques visant à assurer le bon ordre de la société.

**362. Conclusion de la Partie 1.** Le consentement est une norme qui constitue indéniablement un phénomène politique. Loin des appréciations tranchées, il ne peut être saisi comme tel qu'à travers ses ambivalences. Norme idéologique, il véhicule dans le droit des valeurs moins évidentes qu'il n'y paraît. Bien qu'ayant tous les atours du libéralisme, il se révèle le produit d'une lente construction législative sous le sceau d'une pensée humaniste. Norme fonctionnelle, il permet aux pouvoirs publics de se reposer sur l'expression des volontés individuelles en droit des personnes pour assurer le maintien de l'ordre social. Sur le seul plan normatif, le consentement ne correspond donc pas seulement à l'autonomie ou à la liberté de la personne. Il trouve son unité dans la possibilité de contrôle qu'il permet à partir de la volonté : contrôle permis par l'État sur les corps et les esprits, contrôle exercé par l'État pour assurer l'ordre social.

Le consentement ne peut pour autant être pensé comme un seul phénomène normatif et politique. Il correspond à une réalité sociale concrète. Les consentements à l'acte médical, à l'adoption, au traitement de données personnelles, aux relations sexuelles, correspondent à autant de faits vécus par les individus et régulés par le droit. Révéler le phénomène politique auquel correspond la norme de consentement ne doit pas empêcher l'analyse de l'appréhension par le droit des consentements dans toute leur existence tangible.

## **PARTIE 2**

### **LE CONSENTEMENT COMME RÉALITÉ SOCIALE**

**363.** La manière la plus classique et peut-être la plus aisée de concevoir les consentements serait de tenter d'élaborer une théorie générale. L'intérêt serait alors, comme pour toute théorie générale, de déterminer un ensemble de règles applicables à tous les consentements. Une première voie consiste donc à emprunter certaines théories du consentement existant par ailleurs en droit des contrats ou en matière d'acte juridique. La démarche conduit cependant rapidement à une impasse en raison de la spécificité irréductible de la diversité des consentements en droit des personnes. De surcroît, la théorie civiliste présente l'indéniable défaut d'ignorer le problème social fondamental attaché au consentement : le sentiment d'injustice.

Il faut donc changer de position épistémologique. Une autre voie consiste alors à s'intéresser à la réalité concrète des consentements. Il s'agit en effet de comprendre que le consentement n'est pas tant un concept abstrait qu'une donnée concrète. La personne qui consent est en effet prise dans un réseau d'influences qui va déterminer l'expression de sa volonté. Il nous faut donc trouver une voie qui permette de saisir les consentements comme réalités sociales. À ce titre, le choix a été fait de se saisir des analyses de justice sociale qui permettent d'identifier les facteurs influençant les consentements. Ainsi, certaines approches en termes de justice sociale se sont attachées à mettre en lumière le fait que les consentements étaient aux prises avec un certain nombre d'inégalités sociales semblant irréductibles. C'est alors une autre forme de proposition qui peut être effectuée : celle de s'attacher à libérer le consentement des inégalités qui l'affectent.

**364.** Face à l'impasse des théories générales (**Titre 1**), les analyses de justice sociale, qui tiennent compte de la réalité concrète des consentements, offrent des pistes de solution qu'il convient d'explorer (**Titre 2**).

# Titre 1

## L'impasse des théories générales

**365.** Une première approche pourrait être de se saisir des théories générales élaborées en droit civil à propos du consentement. D'une manière générale, la doctrine civiliste<sup>1391</sup> est assez friande de cette approche qualifiable de formaliste<sup>1392</sup>. De prime abord, en effet, la construction d'une théorie générale<sup>1393</sup> constituerait un cadre séduisant pour tenter de conceptualiser les consentements en droit des personnes, l'idée étant de trouver un régime juridique commun en découlant. Ceci étant dit, si la recherche permet *a priori* de trouver quelques règles communes, cette unité est d'apparence trompeuse car elle échappe manifestement devant la diversité des réalités sociales propres à chaque consentement. L'approche en termes de théorie générale constitue donc une impasse parce qu'elle ignore les réalités de fait.

**366.** Les théories générales proposées par la doctrine civiliste présentent un intérêt apparent (**Chapitre 1**) qui s'efface toutefois rapidement devant la diversité des consentements en droit des personnes (**Chapitre 2**).

---

<sup>1391</sup> P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, p. 230 et s. : « On chercherait vainement dans la doctrine française un texte en forme de manifeste proclamant et développant l'idée que celle-ci a pour mission de dégager des principes et *in fine* d'édicter des "théories générales". Mais de nombreux auteurs [...] ont trouvé l'occasion d'exprimer incidemment cette conviction. » (*Ibid.*, p. 230.)

<sup>1392</sup> V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, p. 85 et s. et p. 117 et s.

<sup>1393</sup> La doctrine édifie ainsi des principes (P. Jestaz et C. Jamin, *op. cit.*, p. 228) dans une « double démarche idéalement ordonnatrice de notre droit : d'abord inductive (on remonte de la solution concrète au principe abstrait), puis déductive (on descend du principe vers d'autres solutions) » (*ibid.*, p. 229). À partir de ces principes, la doctrine élabore une vision rationalisée et ordonnancée de ce droit. Si une loi ou une décision perturbe cet ordonnancement, « la doctrine résorbe les contradictions grâce à une très grande subtilité d'analyse et *in fine* assure une présentation cohérente du droit positif » (*ibid.*). Les théories juridiques innervent ainsi la science du droit aujourd'hui et « la connaissance du droit passe par celle de nombreuses constructions qui s'efforcent à la cohérence » (C. Atias, *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris : Puf, 1987, p. 18).

## Chapitre 1

### L'attrait trompeur des théories civilistes

**367.** La théorie générale constitue un outil bien connu de l'analyse doctrinale civiliste : elle permet de former un système autonome de règles. Quel que soit son domaine d'application - consentement médical, consentement au traitement de données personnelles, consentement à l'adoption - le consentement recouvrirait une qualification juridique commune à laquelle seraient associés des régimes propres. À tout le moins, il pourrait exister une catégorie générale de consentements, à laquelle on pourrait rattacher des règles de droit spécifiques. Cette approche permettrait de résoudre les complexités qui entourent le recours au terme de consentement. Chaque problématique trouverait sa réponse au sein de cette théorie générale. Il est vrai que les consentements en droit des personnes ont déjà en commun une unité linguistique et participent d'un phénomène politique original.

À cet égard, la doctrine civiliste a tenté de développer à partir du contrat ou de l'acte juridique une certaine théorie générale des consentements. Une double interrogation émerge devant cette position épistémologique. Il s'agit d'abord de comprendre quel est l'intérêt d'une théorie générale et d'explorer celles proposées par la doctrine civiliste. Leur attrait peut ensuite être expliqué par l'appréhension du consentement en droit des personnes comme une notion civiliste.

**368.** L'intérêt apparent d'une théorie générale du consentement en droit des personnes (**Section 1**) s'explique parce que le consentement est compris comme une notion civiliste contractuelle (**Section 2**).

#### **Section 1. L'intérêt apparent d'une théorie générale**

**369.** Une théorie générale du consentement constituerait un cadre séduisant pour conceptualiser le consentement en droit des personnes. Les consentements seraient ainsi inscrits dans « un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures »<sup>1394</sup>. Cela permettrait d'atteindre un objectif de cohérence.

---

<sup>1394</sup> « Un ensemble de définitions *et de principes* ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures » (P. Jestaz et C. Jamin, *op. cit.*, p. 231). Plus généralement, sur les « formes et fonctions descriptives des métadiscours juridiques », v. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 271 et s.)

**370.** Encouragées par les éléments communs aux consentements (§1), des théorisations contractuelles du consentement ont été développées par la doctrine (§2).

## **§1. Des éléments communs**

**371.** Des éléments communs aux consentements en droit des personnes pourraient justifier de construire une théorie générale du consentement. Un système de règles applicables au consentement en droit des personnes pourrait ainsi être établi. En ce sens, on pourrait dénombrer trois éléments communs aux consentements en droit des personnes : les consentements seraient des manifestations de volonté (A) qui constitueraient des conditions légales (B) et seraient dotées de caractéristiques essentielles (C).

### **A. Des manifestations de volonté**

**372.** Les deux seules définitions du consentement en droit positif sont posées à l'article 4. 11 du RGPD, auquel renvoie l'article 5. 1 de la Loi Informatique et Libertés, et à l'article 2. 21 du règlement européen relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain. Il y est présenté comme une manifestation de volonté<sup>1395</sup>. Dans la loi, les autres consentements ne font pas l'objet d'une définition expresse, même en dehors du droit des personnes<sup>1396</sup>. Mais le critère de la manifestation de volonté se retrouve indirectement dans les textes relatifs aux consentements<sup>1397</sup>.

---

<sup>1395</sup> RGPD, art. 4. 11 : « Aux fins du présent règlement, on entend par : [...] “consentement” de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » ; Règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE, art. 2. 21 : « aux fins du présent règlement, les définitions suivantes sont également applicables : [...] “consentement éclairé”, l'expression, par un participant, de son plein gré et en toute liberté, de sa volonté de participer à un essai particulier, après avoir pris connaissance de tous les éléments de l'essai clinique qui lui permettent de prendre sa décision ou, dans le cas des mineurs et des personnes incapables, une autorisation ou un accord de leur représentant désigné légalement de les faire participer à l'essai clinique ».

<sup>1396</sup> Ainsi, les codes des assurances, de la consommation et du travail, s'ils contiennent plusieurs occurrences du mot « consentement », ne le définissent pas.

<sup>1397</sup> Le lien qui unit consentement et manifestation de volonté se retrouve aussi dans d'autres branches du droit. Ainsi, le consentement n'est pas défini en droit des contrats, mais il constitue une manifestation de volonté. L'article 1101 du Code civil définit en effet le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » qui, selon l'article 1113 du même code, « est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ». L'assise de cette caractéristique commune aux consentements en ressort affirmée.



**373.** Il en va ainsi des règles relatives au consentement dans le Code de la santé publique, la même disposition prévoyant que « le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne [...] », puis qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne » et que « ce consentement peut être retiré à tout moment »<sup>1398</sup>. La condition d'obtention du consentement du patient est ainsi liée au respect de sa volonté. Il en va de même pour l'interruption volontaire de grossesse, dont l'intitulé contient le terme de « volonté ». En miroir, la réglementation de l'IVG exige le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal de la mineure non émancipée<sup>1399</sup> et sanctionne « l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée »<sup>1400</sup>. Le caractère volontaire de l'interruption de grossesse est aussi assuré par le respect du consentement du patient<sup>1401</sup>. La proximité entre consentement et volonté se trouve encore dans la réglementation du divorce par consentement mutuel judiciaire où « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé »<sup>1402</sup>. Volonté et consentement se trouvent à nouveau rapprochés dans les textes.

**374.** Ce lien entre consentement et volonté est confirmé par l'analyse des empêchements en droit des personnes. De manière constante, le recueil du consentement est légalement exclu lorsque la personne n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. La manifestation de la volonté constitue ainsi le noyau dur du consentement.

En droit de la santé, « le consentement, mentionné au quatrième alinéa du mineur, le cas échéant sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision »<sup>1403</sup> et « le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation

<sup>1398</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3 et 4.

<sup>1399</sup> CSP, art. L. 2212-7 et CSP, art. L. 2213-2.

<sup>1400</sup> CPP, art. 223-10 ; CSP, art. 2222-1.

<sup>1401</sup> Les textes opèrent une lecture genrée, mentionnant seulement la femme qui procède à une IVG. Pourtant, des hommes trans peuvent être enceints et vouloir procéder à une interruption de grossesse. V. par ex. Le Planning Familial, « L'ivg dans la constitution, une victoire pour la société toute entière ! Vers un vote historique ? », Communiqué de presse, 2 févr. 2023, en ligne : <https://www.planning-familial.org/fr/avortement/ivg-dans-la-constitution-le-senat-vote-pour> (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2024) ; L. Cohen, « Suivi gynécologique des personnes trans », Question écrite n° 24310, 15<sup>e</sup> législature, JO Sénat 9 sept. 2021, p. 5220. La constitutionnalisation du droit à l'IVG pourrait ainsi y inclure « toute personne » (par ex. S. Hennette-Vaucher, D. Roman, S. Slama, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 7 juill. 2022 : « La modification pourrait ainsi prendre la forme suivante : “La loi garantit le respect de l'autonomie personnelle, les droits procréatifs et l'accès aux soins et services de santé. Toute personne a droit à une contraception adaptée et gratuite ainsi que de recourir librement et gratuitement à l'interruption volontaire de grossesse, dans un délai garanti par la loi d'au moins quatorze semaines de grossesse” »).

<sup>1402</sup> C. civ., art. 232.

<sup>1403</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 6.

relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection »<sup>1404</sup>. Le lien entre consentement et capacité à exprimer sa volonté se retrouve en matière de recueil, de prélèvement et de conservation de gamètes<sup>1405</sup> et de stérilisation à visée contraceptive<sup>1406</sup>. La même analyse vaut encore en matière de recherche impliquant la personne humaine, où l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique prévoit les règles applicables aux « majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique »<sup>1407</sup>.

**375.** Pour le mariage des enfants mineurs, le principe du consentement des parents<sup>1408</sup> est accompagné d'exceptions « si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté »<sup>1409</sup>, « si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté »<sup>1410</sup> ou « s'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté »<sup>1411</sup>. Dans toutes ces hypothèses, la possibilité de manifester sa volonté constitue une condition nécessaire du consentement, qui suppose *a minima* l'expression d'une volonté. Des règles similaires sont prévues en matière d'adoption. Le consentement du conjoint de l'adoptant est requis « à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté »<sup>1412</sup> et le consentement du parent n'est pas requis notamment lorsqu'il « est [...] dans l'impossibilité de manifester sa volonté »<sup>1413</sup>. L'impossibilité de manifester sa volonté fait ainsi obstacle à l'exigence de recueil du consentement et en constitue un prérequis. De même, les règles applicables à la nationalité prévoient que la déclaration de nationalité de l'enfant mineur nécessite son consentement « sauf s'il est empêché d'exprimer sa volonté par une altération de ses facultés mentales ou corporelles »<sup>1414</sup>.

Tous ces exemples font référence au critère d'ouverture d'une protection juridique des majeurs, centré sur la capacité à exprimer sa volonté. La mesure de protection concerne « toute

---

<sup>1404</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 7.

<sup>1405</sup> CSP, art. L. 2141-11, al. 4.

<sup>1406</sup> CSP, art. L. 2123-2.

<sup>1407</sup> CSP, art. L. 1122-1, al. 1<sup>er</sup> et al. 13.

<sup>1408</sup> Ce principe est prévu par l'article 148 du Code civil, selon lequel « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ».

<sup>1409</sup> Dans ce cas, « le consentement de l'autre suffit » (C. civ., art. 149).

<sup>1410</sup> Dans ce cas, « les aïeuls et aïeules les remplacent » (C. civ., art. 150).

<sup>1411</sup> Dans ce cas, « les mineurs de dix-huit ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille » (C. civ., art. 159).

<sup>1412</sup> C. civ., art. 343-1, al. 2.

<sup>1413</sup> C. civ., art. 348, al. 2 pour le cas d'un seul parent (« le consentement de l'autre suffit ») et C. civ., art 348-2 pour le cas des deux parents (« le consentement est donné par le conseil de famille »).

<sup>1414</sup> C. civ., art. 22-11, al. 2.

personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »<sup>1415</sup>. La possibilité d'exprimer sa volonté correspond au critère de mise en œuvre des mesures de protection juridique, telles la tutelle, la curatelle, la sauvegarde de justice et l'habilitation familiale. Si l'article 425 du Code civil ne fait pas expressément de lien entre capacité et consentement, la question faisant d'ailleurs l'objet de nombreux débats<sup>1416</sup>, il reste que son critère est très proche du consentement dans de nombreux textes de droit des personnes.

**376.** Certains textes font davantage référence aux modalités d'expression de la volonté, comme son extériorisation ou sa réception. Ils marquent toujours l'importance de la manifestation de volonté. De nombreuses dispositions mentionnent ainsi un consentement « exprimé », comme en matière de prélèvement ou de collecte sur une personne vivante majeure<sup>1417</sup>. La loi prévoit encore que le consentement doit être « donné », comme pour le consentement à l'assistance médicale à la procréation<sup>1418</sup>, le consentement de la famille de l'adopté ou du conseil de famille à l'adoption<sup>1419</sup>, le consentement aux conventions parentales<sup>1420</sup>, ou le consentement au dispositif mobile anti-rapprochement prévu par le juge aux affaires familiales<sup>1421</sup>. « Exprimé » ou « donné », le consentement constitue l'expression d'une volonté.

**377.** La même idée résulte de textes prévoyant la réception du consentement par un tiers. Le consentement de la personne doit ainsi être « recueilli » en matière d'atteintes à l'intégrité du corps humain<sup>1422</sup>, d'examen des caractéristiques génétiques de la personne<sup>1423</sup>, d'identification

---

<sup>1415</sup> C. civ., art. 425, al. 1<sup>er</sup>, v. A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LDGJ, 2023, p. 559-560, n° 1357 ; F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Majeur protégé », févr. 2020, act. mai 2022, n° 67 et s. ; I. Maria, « Chapitre 334 - Majeur vulnérable : protections judiciaire et conventionnelle : dispositions générales », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 334.101 et s. ; A. Batteur, *JCl. Civil Code*, Art. 415-432 fasc. 10, 2022, n° 106 et s. ; T. Verheyde, « Capacité ou non du majeur à protéger à exprimer sa volonté : des incohérences », *AJ fam.*, 2016, p. 236.

<sup>1416</sup> L. Attuel-Mendes, *Consentement et actes juridiques*, préf. É. Loquin, Paris : Litec, 2008, p. 211 et s. ; M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotive-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 426 et s. ; A.-M. Leroyer, « L'insanité d'esprit : retour sur la distinction du consentement et de la capacité », *RTD civ.*, 2020, p. 348.

<sup>1417</sup> C. pén., art. 511-5.

<sup>1418</sup> C. civ., art. 311-20, al. 1<sup>er</sup> et CSP, art. L. 2141-10.

<sup>1419</sup> C. civ., art. 348-1, 348-2, 348-3, 349 et 370-5.

<sup>1420</sup> C. civ., art. 373-2-7.

<sup>1421</sup> CPC, art. 1136-16.

<sup>1422</sup> C. civ., art. 16-3.

<sup>1423</sup> C. civ., art. 16-10 et C. pén., 226-25.

d'une personne par ses empreintes génétiques<sup>1424</sup>, d'emploi des techniques d'imagerie cérébrale<sup>1425</sup>, de recherche impliquant la personne humaine<sup>1426</sup>, de prélèvement d'organes sur une personne vivante majeure<sup>1427</sup>, d'adjonction du nom de l'adoptant à celui de l'adopté de plus de treize ans<sup>1428</sup>, de recueil par le notaire du consentement à la procréation médicalement assistée<sup>1429</sup> ou de communication des informations non identifiantes d'un tiers donneur soumis au régime antérieur à la loi bioéthique de 2021<sup>1430</sup>. L'exigence d'un consentement « reçu » suit la même logique. C'est le cas de la réception par une autorité publique du consentement de l'enfant majeur en cas de changement de nom consécutif à un changement de filiation<sup>1431</sup> ou de la réception du consentement du futur époux en cas de guerre ou d'opérations militaires extérieures, qui date les effets du mariage<sup>1432</sup>. D'autres textes prévoient encore que le consentement doit être « obtenu ». C'est le cas du consentement de l'enfant mineur à la consultation des titulaires de l'autorité parentale lorsque l'enfant mineur s'y oppose<sup>1433</sup>, du consentement à des recherches sur l'embryon humain<sup>1434</sup>, du consentement de la famille au mariage d'un enfant mineur<sup>1435</sup>. L'obtention du consentement suppose ici encore son expression.

Les consentements ont donc en commun la qualification de manifestation de volonté. Cette dernière constitue toujours en droit des personnes une condition légale.

## B. Des conditions légales

**378.** Les différents consentements constituent tous des conditions légales. Autrement dit, le consentement constitue « chacune des modalités imposées par une autorité [...] pour qu'un acte s'accomplisse ou ne s'accomplisse pas »<sup>1436</sup>, l'« élément d'un tout qu'il aide à constituer de

<sup>1424</sup> C. civ., art. 16-11 et C. pén., 226-27.

<sup>1425</sup> C. civ., art. 16-14.

<sup>1426</sup> CSP, art. L. 1122-1-1, L. 1122-1-3, L. 1122-1-4 et C. pén., art. 223-8.

<sup>1427</sup> CSP, art. L. 1231-1-1, III.

<sup>1428</sup> C. civ., art. 363.

<sup>1429</sup> CPC, art. 1157-2, al. 2 et 1157-3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1430</sup> CSP, art. L. 2143-6 (« solliciter et recueillir leur consentement »).

<sup>1431</sup> CPC, art. 1149-1.

<sup>1432</sup> C. civ., art. 96-2.

<sup>1433</sup> CSP, art. L. 1111-5, al. 1<sup>er</sup> (« lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure ») et L. 1111-5-1 (« lorsque l'action de prévention, le dépistage ou le traitement s'impose pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure »).

<sup>1434</sup> C. pén., art. 511-19.

<sup>1435</sup> C. civ., art. 154 et 174, 1<sup>o</sup>.

<sup>1436</sup> Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>, v<sup>o</sup> « Consentement ».

manière essentielle »<sup>1437</sup>. De nombreux actes sont ainsi conditionnés à l'obtention préalable du consentement ou sont sanctionnés si le consentement n'a pas été obtenu.

**379.** Rappelons toutefois que dans des hypothèses certes minoritaires en droit des personnes, le consentement peut ne pas être une condition nécessaire d'un acte, mais seulement une condition alternative. L'acte peut aussi être réalisé sans le consentement de la personne alors qu'elle pourrait le donner. Le droit de la protection des données personnelles en offre le meilleur exemple. Le consentement constitue une condition alternative du traitement des données dans de nombreuses hypothèses. Si le traitement est licite en présence d'un consentement, il n'est pas nécessairement illicite en son absence, si une autre base de traitement est prévue<sup>1438</sup>.

Le consentement des parents n'est pas non plus une condition systématique de l'adoption et n'est pas requis lorsqu'ils n'ont plus leurs droits d'autorité parentale<sup>1439</sup>. L'identité des père et mère de naissance peut être communiquée par le Conseil national d'accès aux origines personnelles dans d'autres hypothèses que le recueil de leur consentement exprès<sup>1440</sup>, même si elles demeurent liées à l'expression de leur volonté<sup>1441</sup> et ne font donc pas du consentement une réelle condition alternative. Hors des quelques cas de ce type, les consentements représentent une condition nécessaire prévue par la loi.

**380.** L'existence d'un consentement peut expressément constituer une condition d'application de la loi. Il en va ainsi des atteintes à l'intégrité corporelle, interdites par principe, sauf lorsque deux conditions sont remplies : premièrement, la « nécessité médicale pour la personne » ou « l'intérêt thérapeutique d'autrui »<sup>1442</sup> et deuxièmement, sauf exception, « le consentement de l'intéressé [...] recueilli préalablement »<sup>1443</sup>. Les articles 16-10, 16-11 et 16-

---

<sup>1437</sup> ATILF - CNRS & Université de Lorraine, TLFi : *Trésor de la langue Française informatisé*, en ligne : <http://www.atilf.fr/tlfi>, v° « Consentement ».

<sup>1438</sup> L'exemple topique est celui du consentement au traitement des données personnelles. Il résulte en effet de l'article 5.1 de la loi Informatique et Libertés (RGPD, art. 6. 1. a) et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8) que le consentement n'est qu'une base légale de traitement parmi d'autres et que le traitement de données personnelles peut ainsi être licite sans le consentement de la personne concernée. L'article 6. 2 de la LIL, qui renvoie à l'article 9.2 du RGPD, répond par exemple à la même logique.

<sup>1439</sup> C. civ., art. 348 et 348-2.

<sup>1440</sup> CASF, art. L. 147-6.

<sup>1441</sup> En application de l'article L. 147-6 du CASF, l'identité du parent est communiquée dans trois autres hypothèses : si le CNAOP « dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité », « s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté » et si le parent est décédé, « sous réserve qu'[il ou elle] n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du conseil ou une personne mandatée par lui prévient la famille [du parent] de naissance et lui propose un accompagnement ».

<sup>1442</sup> C. civ., art. 16-3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1443</sup> C. civ., 16-3, al. 2.

14 du Code civil, également relatifs à la protection du corps humain, recourent à la même formulation.

**381.** Le champ lexical de la conditionnalité se retrouve dans la rédaction des règles relatives au consentement. Le mariage en cas de guerre ou d'opération militaire extérieure est ainsi possible « à la condition que le consentement ait été constaté »<sup>1444</sup>. De même, le consentement au changement de nom de l'enfant de plus de 13 ans hors filiation<sup>1445</sup>, ou le consentement en cas de changement de filiation<sup>1446</sup>, ou encore le consentement du conjoint de l'adoptant<sup>1447</sup> sont « nécessaires ». Certaines dispositions prévoient la possibilité d'un acte « sous réserve » du consentement, comme le changement de nom des enfants majeurs consécutif à l'établissement ou la modification du lien de filiation<sup>1448</sup>. D'autres actes « sont subordonnés au consentement », à l'instar de la conservation des gamètes et tissus germinaux d'une personne en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation<sup>1449</sup>. La nécessité du consentement peut enfin être signalée par l'emploi de la conjonction de coordination « si », comme dans le cas de la recherche sur des gamètes ou embryons<sup>1450</sup>, l'accueil d'une personne âgée<sup>1451</sup> ou la communication par le Conseil national d'accès aux origines personnelles de l'identité de la mère de naissance<sup>1452</sup>.

**382.** Le consentement est aussi introduit par le champ lexical de l'obligation. Le consentement est ainsi « requis » pour le consentement du mineur à la déclaration de nationalité<sup>1453</sup>, du mineur de plus de 13 ans à son changement de prénom<sup>1454</sup>, les règles matérielles de droit international privé sur le consentement au mariage<sup>1455</sup> et sur le consentement à l'adoption<sup>1456</sup> ou encore la conversion de l'adoption simple en adoption plénière<sup>1457</sup>. C'est encore le verbe « devoir » qui est largement utilisé en combinaison d'un verbe d'action relatif au consentement : l'adopté de plus de 13 ans « doit consentir » à son

---

<sup>1444</sup> C. civ., art. 96-1.

<sup>1445</sup> C. civ., art. 61-3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1446</sup> C. civ., art. 311-23, al. 4.

<sup>1447</sup> C. civ., art. 343-1.

<sup>1448</sup> C. civ., art. 61-3, al. 2.

<sup>1449</sup> CSP, art. L. 2141-11, al. 1<sup>er</sup> et L. 2141-12, al. 2.

<sup>1450</sup> CSP, art. L. 2141-3-1.

<sup>1451</sup> CASF, art. L. 231-4.

<sup>1452</sup> CASF, art. L. 147-6.

<sup>1453</sup> C. civ., 22-11.

<sup>1454</sup> C. civ., art. 60, al. 2.

<sup>1455</sup> C. civ., art. 202-1.

<sup>1456</sup> C. civ., art. 370-3, al. 3.

<sup>1457</sup> C. civ., art. 370-5.

adoption plénière<sup>1458</sup> et à son adoption simple<sup>1459</sup>. La même formulation est utilisée pour le consentement au changement de nom consécutif à l'adoption du majeur<sup>1460</sup>, le consentement des parents de l'adopté à son adoption<sup>1461</sup> et le consentement à l'assistance médicale à la procréation<sup>1462</sup>. Dans l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, les bénéficiaires « doivent préalablement donner [...] leur consentement »<sup>1463</sup>. Lors de la remise d'un enfant à l'ASE, ses parents « doivent être invités à consentir à son adoption »<sup>1464</sup> et l'adoptant « doit recueillir » le consentement de l'adopté de plus de 13 ans à son changement de nom<sup>1465</sup>.

**383.** De nombreux textes prévoient l'exigence de consentement au présent de l'indicatif, une formulation qui renvoie à l'impérativité de la règle<sup>1466</sup>. Les bénéficiaires « consentent » à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur<sup>1467</sup> et au devenir de leurs embryons<sup>1468</sup> ; la personne mineure « consent » à la conservation de ses gamètes et tissus germinaux<sup>1469</sup> ; on « fait état » de son consentement lors du changement de la mention du sexe à l'état civil<sup>1470</sup>. L'expression « (qu') avec le consentement » de l'individu est ainsi souvent utilisée : pour porter en marge de l'état civil des conjoints et enfants les modifications du prénom consécutives à une modification du sexe à l'état civil<sup>1471</sup>, ou encore pour une des procédures de changement de nom quand le mineur a plus de 13 ans<sup>1472</sup>.

**384.** Le consentement est également une condition pour le divorce par consentement mutuel<sup>1473</sup>. De même, il est une condition pour porter en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants la modification des prénoms du conjoint ou parent corrélative à son changement de sexe<sup>1474</sup>. Il en va de même quand les bénéficiaires d'une assistance médicale à

---

<sup>1458</sup> C. civ., art. 345, al. 3.

<sup>1459</sup> C. civ., art. 360, al. 4.

<sup>1460</sup> C. civ., art. 363, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1461</sup> C. civ., art. 348.

<sup>1462</sup> CSP, art. L2141-2, al. 3.

<sup>1463</sup> C. civ., art. 311-20 et CSP, art., L. 2141-6, al. 2 et L. 2141-10, al. 16.

<sup>1464</sup> CASF, art. L. 224- 5.

<sup>1465</sup> C. civ., art. 363, al. 3 et 4.

<sup>1466</sup> En droit, l'usage de l'indicatif marque généralement l'impératif, c'est-à-dire qu'il impose une action - mais cette affirmation est controversée, et l'indicatif peut ainsi être facultatif. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, n° 429.

<sup>1467</sup> CPC, art. 1157-2.

<sup>1468</sup> CSP, art. L. 2141- 4, II.

<sup>1469</sup> CSP, art. L. 2141-11, III.

<sup>1470</sup> C. civ., art. 61-6.

<sup>1471</sup> C. civ., art. 61-7, al. 2.

<sup>1472</sup> C. civ., art. 61-3-1.

<sup>1473</sup> C. civ., art. 229.

<sup>1474</sup> CPC, art. 1055-9.

la procréation « peuvent consentir » à une recherche sur leurs embryons<sup>1475</sup> ou à l'accueil par un autre couple des embryons conservés<sup>1476</sup> - ce qui exclut une telle possibilité en l'absence de consentement.

**385.** Les consentements peuvent aussi constituer des conditions légales indirectes : aucune disposition légale ne prévoit que le consentement conditionne un acte, mais on le déduit des textes. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que le pacte civil de solidarité étant un contrat aux termes de l'article 515-1 du Code civil, il fallait lui appliquer les règles du droit commun des contrats dont celles sur le consentement<sup>1477</sup>. Le consentement, en tant que condition légale du contrat et de l'acte juridique, est ainsi une condition du PACS. De même, le juge homologue une convention parentale « sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement »<sup>1478</sup>. Cela suppose donc que le consentement soit une condition de formation de la convention. Enfin, les règles applicables aux majeurs protégés dévoilent des conditions de consentement. En prévoyant que la nature de certains actes « implique un consentement strictement personnel » et en donnant une liste d'actes « réputés strictement personnels », l'article 458 du Code civil nous apprend que « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant » constituent autant des consentements qui conditionnent donc les actes auxquels ils se rattachent.

**386.** La condition de consentement ressort aussi de l'interdiction de procéder à un acte en l'absence du consentement de l'individu. En matière d'actes médicaux, la nature de condition se déduit d'une interdiction de principe de l'acte médical effectué « sans le consentement » de la personne<sup>1479</sup>. La même formulation se retrouve concernant le « prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits »<sup>1480</sup> ou les recherches impliquant la personne

---

<sup>1475</sup> CSP, art. L. 2141- 3.

<sup>1476</sup> CSP, art. L. 2141- 5.

<sup>1477</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021*, cons. 28 : « les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi » et « en particulier, les articles 1109 et suivants du code civil, relatifs au consentement, sont applicables au pacte civil de solidarité ».

<sup>1478</sup> C. civ., art. 373-2-7, al 2.

<sup>1479</sup> CSP, art. L. 1111- 4.

<sup>1480</sup> CSP, art. L. 1211- 2.



humaine<sup>1481</sup>. En droit de la famille, il en va de même pour le consentement des père et mère<sup>1482</sup> et du conseil de famille<sup>1483</sup> au mariage de leur enfant mineur. Ou encore, « en l'absence de consentement » de la personne, « il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux »<sup>1484</sup>. La condition de consentement au mariage est posée avec une formulation similaire, l'article 146 du Code civil disposant qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». La même logique s'impose en matière d'injonction de soins, mais la formulation employée interroge, puisque la loi prévoit que le consentement est une condition seulement par le biais d'une obligation d'information du magistrat : « le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement [...] »<sup>1485</sup>. La même formulation est utilisée pour le régime du consentement au bracelet anti-rapprochement<sup>1486</sup> et au placement sous surveillance électronique mobile<sup>1487</sup>. Le résultat est le même : l'acte ne peut être effectué sans le consentement de la personne.

**387.** La répression pénale d'actes effectués « sans le consentement de la personne » montre à la fois la nature de condition légale du consentement et la recherche de l'effectivité de cette règle par sa sanction. Certaines dispositions assurent sur le plan pénal le respect des dispositions qui prévoient une condition de consentement. Il en va ainsi de l'article 226-27 du Code pénal, qui assure la sanction de l'article 16-11 du Code civil, des articles 511-5, 511-6 et 511-7 du Code pénal qui encadrent « le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits », de l'article 511-19 du Code pénal en matière d'étude et de recherche sur l'embryon ou encore de l'article 223-8 du même code dans le domaine des recherches biomédicales<sup>1488</sup>. De même, la mise ou conservation en mémoire informatisée de certaines données sensibles<sup>1489</sup> et le traitement de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé<sup>1490</sup> sont sanctionnés s'ils sont entrepris en l'absence du consentement de la personne alors qu'il était nécessaire. Enfin, les articles 156 et 159 du Code civil sanctionnent les officiers

---

<sup>1481</sup> CSP, art. L. 1122-1-1.

<sup>1482</sup> C. civ., art. 148.

<sup>1483</sup> C. civ., art. 159.

<sup>1484</sup> CSP, art. L. 2141-11, IV ; v. aussi CSP, art. L. 2141-12, al. 13 et 14.

<sup>1485</sup> C. pén., art. 131-36-4.

<sup>1486</sup> C. pén., art. 132-45-1, al. 4.

<sup>1487</sup> C. pén., art. 131-36-12.

<sup>1488</sup> Qui sanctionne « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit [...] ».

<sup>1489</sup> C. pén., art. 226-19 ; v. également LIL, art. 6. 2, qui renvoie à l'article 9. 2 du RGPD.

<sup>1490</sup> C. pén., art. 226-19-1 : « En cas de traitement de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait de procéder à un traitement : [...] 2<sup>o</sup> [...] lorsqu'il est prévu par la loi, en l'absence du consentement éclairé et exprès de la personne [...] ».

d'état civil qui auraient célébré un mariage de personnes mineures sans les consentements requis. Certaines sanctions civiles sont également prévues, comme la nullité du mariage des enfants mineurs en l'absence des consentements requis<sup>1491</sup>.

**388.** D'autres infractions sanctionnent un acte commis sans le consentement de la personne alors que la condition de consentement n'était pas prévue par la loi. Par exemple, si la loi prévoit en général une obligation de consentement en matière médicale, ce dernier ne figure pas comme condition spéciale de l'interruption volontaire de grossesse. Mais, en sanctionnant « l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée », l'article 223-10 du Code pénal en fait une condition de cet acte. La même logique se retrouve en matière de protection de la vie privée, l'absence de consentement permettant de qualifier les délits d'atteinte à la vie privée<sup>1492</sup>, de voyeurisme<sup>1493</sup> et d'atteinte à la représentation<sup>1494</sup>, où le consentement, s'il peut être envisagé par la jurisprudence relative à l'article 9 du Code civil<sup>1495</sup>, n'est pourtant pas requis légalement.

**389.** Manifestations de volonté et conditions légales, les consentements sont également supposés comporter des caractéristiques essentielles similaires. Ce troisième élément commun pourrait à nouveau plaider pour une approche dogmatique unitaire du consentement.

### C. Des caractéristiques essentielles similaires

**390.** Les consentements en droit des personnes comportent un troisième élément commun qui assure la recherche d'une forme d'intégrité du consentement. Cet élément s'exprime différemment dans les textes : en exigeant un consentement libre et éclairé **(1)**, en subordonnant le consentement à l'information de l'individu qui le donnera **(2)** et en sanctionnant *a posteriori* les vices du consentement **(3)**.

#### 1) *Le consentement libre et éclairé*

**391.** L'expression de consentement libre et éclairé occupe une place centrale et systématique en droit biomédical. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne l'affirme sans détour « toute personne a droit à son intégrité physique et mentale. Dans le cadre de la médecine

---

<sup>1491</sup> C. civ., art. 182.

<sup>1492</sup> C. pén., art. 226-1.

<sup>1493</sup> C. pén., art. 226-3-1.

<sup>1494</sup> C. pén., art. 226-8.

<sup>1495</sup> V. par ex. A. Lepage, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023.

et de la biologie, doivent notamment être respectés : [...] le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi [...] »<sup>1496</sup>. Si l'article 16-3 du Code civil, clé de voute de la protection de l'intégrité de la personne physique en droit français, ne reprend pas les mêmes termes, le relais en est pris par toutes les dispositions de droit médical. Ainsi, « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »<sup>1497</sup> et aucune recherche interventionnelle comportant un acte sur la personne non justifié par sa prise en charge habituelle « ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé »<sup>1498</sup>, de même qu'aucune recherche interventionnelle ne comportant que des risques et des contraintes minimales « ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre, éclairé et exprès »<sup>1499</sup>. En matière sociale, toute prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux doit respecter le « consentement éclairé » de la personne<sup>1500</sup>.

L'expression de « consentement libre et éclairé » est d'ailleurs constante dans les textes internationaux relatifs au droit biomédical. Dans le « Code de Nuremberg », l'exigence de consentement, premier principe énoncé, se double de précisions quant à sa liberté et son information<sup>1501</sup> et la première version, adoptée en 1964, de la déclaration d'Helsinki se réfère également au consentement libre et éclairé<sup>1502</sup>. La convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, prévoit qu'« une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé »<sup>1503</sup>. Le consentement libre et éclairé constitue ainsi une expression incontournable en matière biomédicale.

**392.** L'expression est employée dans d'autres domaines. En matière de protection des données personnelles, le consentement est défini comme une « manifestation de volonté, libre,

<sup>1496</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 3.

<sup>1497</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 4.

<sup>1498</sup> CSP, art. L. 1122-1-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1499</sup> CSP, art. L. 1122-1-1, al. 2.

<sup>1500</sup> CASF, art. L. 111-3.

<sup>1501</sup> « *The voluntary consent of the human subject is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, overreaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision.* » (Tribunal militaire international, *Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949*, United States Government Printing Office, 1953, 1949, vol. 2, p. 181-182).

<sup>1502</sup> P. Amiel, « Déclarations d'Helsinki », in *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Belles Lettres, 2011, appendice électronique.

<sup>1503</sup> Convention 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, 4 avr. 1997, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> avr. 2012, art. 5

spécifique, éclairée et univoque »<sup>1504</sup>. Le changement de la mention relative au sexe à l'état civil suppose un « consentement libre et éclairé à la modification »<sup>1505</sup>. Lors du divorce par consentement mutuel judiciaire, « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé »<sup>1506</sup>. L'expression se retrouve aussi dans la réglementation relative au dispositif mobile anti-rapprochement prévu par le juge aux affaires familiales<sup>1507</sup>. En matière d'adoption, l'exigence d'un consentement libre et éclairé, autrefois limitée aux adoptions internationales, a été étendue à l'ensemble des adoptions nécessitant le consentement des parents<sup>1508</sup> : « Le consentement à l'adoption doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, et sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. »<sup>1509</sup>

L'expression de consentement libre et éclairé en vient presque à se substituer à celle de consentement. Au moins en matière biomédicale, il ne s'agit pas simplement de l'adjonction de certains caractères au consentement mais d'un usage constant de l'expression. Elle rejoint en ce sens l'expression anglophone d'« *informed consent* »<sup>1510</sup>, utilisée à part entière.

## 2) *Le consentement subordonné à l'information de la personne*

**393.** L'intégrité du consentement est garantie par un autre moyen commun à de nombreux consentements : une obligation ou un devoir légal de préalablement informer celui qui exprime son consentement.

<sup>1504</sup> RGPD, art. 4. 11.

<sup>1505</sup> C. civ., art. 61-6.

<sup>1506</sup> C. civ., art. 232 et CPC, art. 1099.

<sup>1507</sup> CPC, art. 1136-16.

<sup>1508</sup> C'est le résultat d'une loi du 21 février 2022, qui introduit un nouvel alinéa 1<sup>er</sup> à l'article 348-3 du Code civil. Cette modification est présente dans le texte de la proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale, mais a été plusieurs fois révisée (par exemple, amendement AN CL 198 rectifié, M. Limon, amendement AN 512, M. Limon). On a reproché l'improvisation juridique autour de cette disposition et de l'articulation entre droit interne et droit international privé, v. JOAN n° 144, 5 déc. 2020, p. 10829 et s. et notamment J. Houssier, « Réforme de l'adoption : vote définitif de la loi par l'Assemblée nationale », *Dalloz actualité*, 15 février 2022 ; J. Houssier, « Proposition de loi visant à réformer l'adoption : coup de rabot ou coup d'épée dans l'eau des Sénateurs ? », *Dalloz actualité*, 9 nov. 2021 ; J. Houssier, « Proposition de loi visant à réformer l'adoption : la première lecture est achevée », *Dalloz actualité*, 22 déc. 2020.

<sup>1509</sup> C. civ., art. 348-3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1510</sup> V. notamment T.-L. Beauchamp, « Informed Consent : Its History, Meaning, and Present Challenges », *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 20, n° 4, 2011.

**394.** En matière biomédicale, l'information du patient préalablement à son consentement est centrale, en témoigne le titre du chapitre 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique<sup>1511</sup>. Cette information, prévue de manière générale par les articles L. 1111-2 et suivants du Code de la santé publique, est renforcée par le respect de la volonté de ne pas être informé de son état de santé<sup>1512</sup>. Certains actes médicaux se doublent d'une obligation d'information spécifique. Il en va ainsi de la stérilisation à visée contraceptive<sup>1513</sup>, de l'interruption volontaire de grossesse avant la fin de la douzième semaine de grossesse<sup>1514</sup> ou encore de la conservation des gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation<sup>1515</sup>. L'information préalable au consentement se retrouve aussi en matière de recherche biomédicale<sup>1516</sup>. Les articles 16 et suivants du Code civil, introduits par les lois bioéthiques de 1994, prévoient également l'obligation d'informer la personne sur les actes qui portent atteinte à son intégrité. Ainsi, le consentement à l'examen des caractéristiques génétiques de la personne est « recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité »<sup>1517</sup> ; il en va de même pour l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique<sup>1518</sup> et pour les techniques d'imagerie cérébrales<sup>1519</sup>. En matière sociale, la conclusion du contrat de séjour dans un établissement ou dans un service social ou médico-social est doublée d'une information sur les droits de la personne<sup>1520</sup>. Le droit de la protection des données personnelles prévoit également une information détaillée de la personne concernée<sup>1521</sup>.

**395.** Moins évidente, il pourrait aussi exister une information des époux préalablement au mariage. Lors de la célébration, l'officier d'état civil doit lire aux époux certains articles du Code civil<sup>1522</sup>, ce qui se rapproche d'une information sur les conséquences du consentement au mariage. D'ailleurs, en mars 2012, la secrétaire d'État à la famille, en collaboration avec l'Association des Maires de France, avait mis en place un « livret de préparation au mariage

---

<sup>1511</sup> « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

<sup>1512</sup> CSP, art. L. 1111-2, al. 4.

<sup>1513</sup> CSP, art. L. 2123-1 et s.

<sup>1514</sup> CSP, art. L. 2212-3.

<sup>1515</sup> CSP, art. L. 2141-12, al. 2.

<sup>1516</sup> CSP, art. L. 1122-1 du prévoit que « préalablement à la réalisation d'une recherche impliquant la personne humaine, une information est délivrée à la personne qui y participe par l'investigateur ou par un médecin qui le représente » et détaille précisément le contenu de l'information.

<sup>1517</sup> C. civ., art. 16-10, al. 2.

<sup>1518</sup> C. civ., art. 16-11, al. 3.

<sup>1519</sup> C. civ., art. 16-14.

<sup>1520</sup> CASF, art. L. 311-4.

<sup>1521</sup> LIL, art. 48 ; RGPD, art. 12 à 14 ; v. aussi, par ex., C. pén., art. 226-19-1, 1<sup>o</sup>.

<sup>1522</sup> C. civ., art. 175.

civil » à destination des époux, les informant notamment sur les conséquences de leur union<sup>1523</sup>. L'information se retrouve aussi lors de l'audience de divorce par consentement mutuel judiciaire, où le juge, « appelle leur attention [des époux] sur l'importance des engagements pris par eux, notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale »<sup>1524</sup>, forme d'information préalable au jugement de divorce par consentement mutuel. Par ailleurs, une circulaire prévoit que le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats serait soumis au régime des actes juridiques, lui-même répondant partiellement au régime des contrats<sup>1525</sup>. Rien ne semble s'opposer ainsi à ce que l'article 1112-1 du Code civil prévoyant un devoir d'information entre les parties au contrat s'y applique. Plus généralement, la présence des avocats s'accompagne d'un devoir d'éclairer le choix de leurs clients<sup>1526</sup>.

**396.** Certaines dispositions prévoient aussi la délivrance d'une information lors de l'établissement d'un lien de filiation. En matière d'assistance médicale à la procréation, deux types d'information sont prévus par la loi. D'une part, toutes les procédures d'AMP, exogènes comme endogènes, sont précédées d'entretiens entre les bénéficiaires et des professionnels<sup>1527</sup>, suivis d'un délai de réflexion d'un mois nécessaire avant de confirmer le consentement<sup>1528</sup>. D'autre part, les procréations médicalement assistées avec tiers donneur sont doublées d'une information délivrée par le notaire qui recueille le consentement du couple ou de la femme seule, sur les « conséquences de leur acte au regard de la filiation »<sup>1529</sup>. En matière d'adoption, le consentement des parents de l'enfant adopté doit être « éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, et sur le caractère

---

<sup>1523</sup> « Parution du livret de préparation au mariage », *RJPF*, 2012, n° 5 ; Maire info, « Mariage civil : un guide pratique à l'usage des maires et un livret de préparation », 4 mai 2012, en ligne : <https://www.maire-info.com/%C3%89tat-civil/mariage-civil-un-guide-pratique-%C3%A0-l%27usage-des-maires-et-un-livret-de-preparation-article-14863> (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2024).

<sup>1524</sup> CPC, art. 1099.

<sup>1525</sup> Ministre de la justice, Circulaire du 26 janv. 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, p. 9 : « Ce caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel rend applicable à celui-ci le sous-titre Ier du titre III du Livre III du code civil relatif au contrat. Toutefois, s'il emprunte au droit des contrats, il s'en détache en raison de son caractère familial. »

<sup>1526</sup> C. Lienhard, « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ fam.*, 2017, p. 40 ; S. David, « Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd.

<sup>1527</sup> CSP, art. L. 2141- 10.

<sup>1528</sup> CSP, art. L. 2141- 10, al. 13.

<sup>1529</sup> C. civ., art. 311-20 et pour le détail des informations à donner, CPC, art. 1157-3.

complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant »<sup>1530</sup>. Les parents doivent être informés sur la rétractation de leur consentement<sup>1531</sup>.

### 3) *La sanction des vices du consentement*

**397.** L'intégrité du consentement est aussi assurée par la sanction des vices qui auraient pu affecter le consentement. Une action en nullité est ainsi possible en cas de défaut d'intégrité du consentement au mariage, s'il a existé une contrainte physique ou morale, dont une crainte révérencielle<sup>1532</sup>, ou une erreur dans la personne ou sur ses qualités essentielles<sup>1533</sup>. La protection de l'intégrité du consentement par la sanction de ses vices pourrait également résulter de l'application directe du régime des actes juridiques à des actes de droit des personnes, comme pour le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats. Une circulaire ministérielle prévoit qu'« en raison du caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel », « l'article 1128 du Code civil est applicable au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. La convention de divorce peut donc être attaquée en cas de vice du consentement [...] »<sup>1534</sup>. Une autre circulaire prévoit d'appliquer le régime contractuel des vices du consentement au don d'éléments ou produits du corps humain<sup>1535</sup>. Des parlementaires ont affirmé l'application de ce régime au consentement aux atteintes à la vie privée<sup>1536</sup> ou à l'adoption<sup>1537</sup>.

---

<sup>1530</sup> C. civ., art. 348-3, v. aussi CASF, art. L. 224- 5, al. 8.

<sup>1531</sup> CPC, art. 1165, al 1<sup>er</sup>.

<sup>1532</sup> C. civ., art. 184, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1533</sup> C. civ., art. 184, al. 2.

<sup>1534</sup> Ministre de la justice, Circulaire du 26 janv. 2017 précitée, p. 9. La même analyse a été proposée par la doctrine pour la reconnaissance d'enfant, v. R. Le Guidec, G. Chabot, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », janv. 2009, p. 103.

<sup>1535</sup> Circulaire de la DACS n° 2007-02 du 4 avr. 2007 relative aux conditions d'intervention de l'autorité judiciaire préalablement à la mise en œuvre de prélèvements, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, d'organes ou de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse sur des donneurs, personnes vivantes : « L'appréciation de l'intégrité du consentement du donneur à laquelle conduisent les prescriptions des articles L. 1231-1 et L. 1241-1 peut être effectuée au regard des critères civils habituels, reposant sur l'absence d'un des vices du consentement constitué par l'erreur, le dol ou la violence. En effet, le consentement du donneur doit répondre à la double exigence d'être éclairé, grâce à l'existence d'une information préalable (absence d'erreur), et d'être libre, c'est à dire d'avoir été donné dans des conditions excluant que le donneur ait fait l'objet de contraintes. » Le principe énoncé dans la circulaire est repris dans le rapport du Conseil d'État sur la loi bioéthique (CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 108-109).

<sup>1536</sup> À propos du consentement à la géolocalisation en matière de vie privée, la rapporteure d'une proposition de loi sur les violences conjugales estime qu'« aux termes de l'article 1130 du code civil, "l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement". Il ne peut donc exister qu'un consentement libre et éclairé, sinon il n'y a pas de consentement du tout » (B. Couillard, *Rapport n° 2587, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 2478, après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales*, Assemblée nationale, 15 janv. 2020, p. 125).

<sup>1537</sup> Un rapport parlementaire sur l'adoption estime que le consentement à l'adoption « doit être donné de manière libre et éclairée et qu'« en particulier, il ne doit pas avoir été donné sous l'empire de la violence et celui qui l'a donné ne doit pas avoir commis d'erreur sur un élément substantiel de son engagement », citant deux arrêts de la

**398.** D'autres consentements voient leur intégrité protégée par une sanction. Il en va du consentement à l'assistance médicale à la procréation lorsque les conditions qui ont conduit à son expression ne sont plus remplies. L'action en établissement de la filiation malgré l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est ainsi ouverte « lorsque l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation »<sup>1538</sup>. Cette action est également possible lorsque « le consentement a été privé d'effet », c'est-à-dire, si un membre du couple décède, si le couple se sépare ou si le consentement est révoqué<sup>1539</sup>. Ces cas sont repris pour faire obstacle sur le plan médical et non plus civil aux procédures d'assistance médicale à la procréation, y compris exogène<sup>1540</sup>. Ces dispositions montrent une forme de protection de l'authenticité du consentement au regard du but dans lequel il a été donné.

**399.** Certains consentements ne font pas spécifiquement l'objet d'une protection de leur intégrité. Dans certaines hypothèses, cette protection est assurée par une norme générale, comme en matière biomédicale : consentements relatifs à la protection de l'intégrité du corps humain<sup>1541</sup>, consentement à l'injonction de soins, au don des éléments et produits du corps humain ou à l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical<sup>1542</sup>. Il en va de même pour les règles applicables aux consentements des majeurs protégés, la protection de l'intégrité du consentement étant prévue par les dispositions propres à chaque consentement. Subsistent ainsi quelques cas résiduels où aucune caractéristique essentielle du consentement relative à son intégrité n'est prévue, comme la modification des mentions de l'état civil autres que le sexe, le consentement du conjoint de l'adoptant ou les consentements dans le domaine de la vie privée hors de la protection des données personnelles.

Il n'en demeure pas moins que l'étude des occurrences du terme consentement dans la loi révèle que les consentements en droit des personnes comportent indéniablement des éléments communs - que l'on retrouve d'ailleurs au-delà du droit des personnes, comme en droit des contrats. Tous constituent des manifestations de volonté qui conditionnent des actes et comportent des caractéristiques essentielles communes.

---

cour d'appel de Paris du 25 janvier 2007 et du 31 janvier 2008 (M. Limon, *Rapport n° 3590, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3161 visant à réformer l'adoption*, Assemblée nationale, 23 nov. 2020, p. 35).

<sup>1538</sup> C. civ., 342-10, al. 2.

<sup>1539</sup> CSP, art. L. 342-10, al. 3.

<sup>1540</sup> CSP, art. L. 2141-2.

<sup>1541</sup> C. civ., 16-3 et 16-11.

<sup>1542</sup> CSP, L. 2213-1 et s.



L'existence de ces éléments communs a pu conduire la doctrine à tenter de construire une théorie générale fondée sur le contrat et l'acte juridique.

## §2. Des théorisations contractuelles doctrinales

**400.** La doctrine a pu tenter de construire une ou plusieurs théories générales des consentements en droit des personnes<sup>1543</sup> pour tenter de donner une certaine unité à la notion<sup>1544</sup> et la doter d'un régime juridique. Ainsi, confrontés au critère préexistant du consentement, nombre d'auteurs vont le rattacher à deux figures bien connues : le contrat et l'acte juridique.

**401.** La doctrine a pu intégrer le consentement à la théorie générale du contrat (A) ou de l'acte juridique (B).

### A. Consentement et contrat sur la personne

**402.** Des auteurs ont d'abord choisi d'appliquer, totalement ou partiellement, la qualification contractuelle aux actes volontaires en droit des personnes, en particulier en présence d'un consentement.

**403.** Autour du corps, Stéphane Prieur<sup>1545</sup> a étudié la question de la disposition de son corps, en opérant une distinction entre la disposition de son propre corps et le droit de disposer de son propre corps, qui constitue un droit subjectif. La disposition de son propre corps constituerait soit une aliénation, soit une autorisation en tant qu'acte juridique unilatéral - qualification qu'il retient, en raison de l'existence d'une volonté et des effets de droit qu'elle déclenche. Cet acte juridique pourrait selon lui parfois être plus précisément qualifié de contrat unilatéral. En résumé, l'auteur élabore une systématisation des actes de disposition, avec une qualification

---

<sup>1543</sup> Signalons que quand nous nous référons à l'expression de « consentement », la plupart des discours doctrinaux peuvent viser des manifestations de volonté en général.

<sup>1544</sup> *Contra* M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotive-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 874 : « Ce faisant, la doctrine vient inscrire elle-même dans son raisonnement cette sectorisation du concept, appelé à recevoir un sens et un régime chaque fois différents suivant le domaine considéré. Il n'y a donc pas, de ce point de vue, d'homogénéité conceptuelle ni même nécessairement de régime commun. » V. également X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, Paris : LGDJ, 2002, p. 17 : « le droit civil offre au consentement un grand nombre de qualifications, qui correspondent à autant de régimes différents ». Toutefois, Xavier Pin estime immédiatement après que le consentement pourrait être étudié sous forme de la théorie générale de l'acte juridique : « l'inconvénient est que, faute d'une théorie générale sur l'acte juridique, le consentement est principalement étudié à l'occasion de l'analyse du contrat, ce qui entraîne souvent des confusions sur son sens. »

<sup>1545</sup> S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Bordeaux : Les Études hospitalières, 1999.

minimale d'acte juridique, qui peut parfois se préciser vers le contrat<sup>1546</sup>. En particulier sur le consentement médical, l'auteur considère qu'il en existerait plusieurs types mais, lorsqu'il ne s'agit pas d'un consentement contractuel, préfère la qualification d'acte unilatéral. Or, il reprend cette qualification du consentement comme manifestation d'un acte unilatéral pour son étude du consentement dans le droit de disposition de son propre corps. Ainsi, Stéphane Prieur, qui propose par ailleurs des thèses novatrices, inscrit cependant le consentement dans le schéma de l'acte juridique ou du contrat.

**404.** Cela rejoint la thèse de Mustapha Mekki, sur *L'intérêt général et le contrat*<sup>1547</sup>. Il s'appuie notamment, dans ses analyses sur les consentements corporels, sur la thèse de Stéphane Prieur. Mustapha Mekki admet la possibilité de contrats sur le corps humain<sup>1548</sup>, qui ne seraient pas illicites dès lors qu'ils ne seraient pas contraires à la dignité humaine, composante de l'ordre public « au-dessus des volontés individuelles »<sup>1549</sup>. Le corps humain pourrait donc faire l'objet de contrats et, en raison des spécificités de son objet, va avoir une influence réciproque sur lui<sup>1550</sup>. Cette influence se concrétise à deux stades : celui du consentement et celui de la cause, qui constituerait un consentement finalisé, avec un contrôle social de la dignité humaine<sup>1551</sup>. Ces contrats sur le corps humain seraient ainsi vecteurs d'une « emprise plus grande de l'ordre public » qui ne leur est pas spécifique, si bien qu'ils ne bouleversent pas la « structure générale » du contrat, de sorte que la qualification de statut doit être rejetée<sup>1552</sup>. L'auteur, en étudiant une des conséquences de l'ouverture du contrat au corps humain, le consentement, se demande quelle est la nature juridique de ce dernier en matière bioéthique. Il n'ouvre alors qu'une alternative : le consentement bioéthique serait contractuel ou relèverait d'un acte juridique unilatéral<sup>1553</sup>. À cette interrogation, l'auteur, après avoir relevé les propositions à l'encontre de la qualification contractuelle formulées par d'autres auteurs, les conteste et trouve une solution médiane. Selon lui, « l'existence d'un consentement contractuel doit être admise », mais il conviendrait alors de distinguer trois types de consentements bioéthiques, qui formeraient un « consentement à triple détente »<sup>1554</sup>. En résumé, l'auteur

---

<sup>1546</sup> *Ibid.*, p. 163 et s.

<sup>1547</sup> M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 2004.

<sup>1548</sup> *Ibid.* p. 284 et s.

<sup>1549</sup> *Ibid.*, p. 300, n° 490.

<sup>1550</sup> *Ibid.*, p. 301, n° 492.

<sup>1551</sup> *Ibid.*, p. 301 et s.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, p. 301, n° 492.

<sup>1553</sup> *Ibid.*, p. 303, n° 497.

<sup>1554</sup> *Ibid.*, p. 304 et s., n° 498 et 499. V. *infra*, n° 514 et s.

développe donc une approche contractualiste du consentement bioéthique, empreinte d'un ordre public important mais qui n'est pas spécifique à la matière corporelle. Surtout, le consentement est nécessairement envisagé comme un élément soit d'un acte juridique soit d'un contrat.

**405.** Florence Bellivier et Christine Noiville, dans leur ouvrage *Contrats et vivant*<sup>1555</sup>, commencent par inscrire le vivant dans le phénomène de « contractualisation »<sup>1556</sup>. Elles soulignent que le choix de l'acceptation du contrat aura un rôle important pour déterminer sa place. En discutant les « limites de la contractualisation »<sup>1557</sup> en matière de recherche biomédicale, elles estiment que la notion de contrat aura un impact sur l'appréhension du phénomène. Autrement dit, « si l'on privilégie dans la notion de contrat l'échange des consentements, il faut indéniablement y voir un contrat, de type spécial en ce qu'il porte sur la personne, mais un contrat quand même »<sup>1558</sup> ; mais « à l'inverse, si l'on met l'accent sur l'idée que le contrat est avant tout générateur d'obligations, nombreux sont ceux qui pensent alors qu'il ne peut y avoir de lien contractuel envers des personnes qui ne sont tenues à aucune obligation »<sup>1559</sup>. Les autrices proposent de dépasser le débat en optant « pour une conception large du contrat, qui n'exclut pas par principe des décisions unilatérales imposées dès lors qu'il s'agit de préserver des droits fondamentaux que le contrat ne saurait enfreindre »<sup>1560</sup>.

Sur le plan de la technique juridique, le vivant humain serait progressivement entré dans le commerce juridique<sup>1561</sup>. Une telle évolution aurait permis le passage au contrat<sup>1562</sup>. Pourtant, les autrices rappellent les difficultés doctrinales de cette qualification. Elles le font en reprenant la distinction entre contrat et statut, dépendante de la source légale de nombreuses règles applicables au vivant<sup>1563</sup>, et la place indiscutable de la volonté « puisque par hypothèse, on veut protéger la personne, on ne peut se passer de son consentement »<sup>1564</sup>. Elles en déduisent que, dès lors, les deux qualifications « sont théoriquement concevables »<sup>1565</sup>. Seulement, « le

---

<sup>1555</sup> F. Bellivier, C. Noiville, *Contrats et vivant : le droit de la circulation des ressources biologiques*, préf. C. Labrusse-Riou, Paris : LGDJ, 2006.

<sup>1556</sup> *Ibid.*, p. 24 et s., n° 13 et s. et p. 33 s., n° 28 et s.

<sup>1557</sup> *Ibid.*, p. 25 et s., n° 16 et s.

<sup>1558</sup> *Ibid.*, p. 26, n° 17.

<sup>1559</sup> *Ibid.*

<sup>1560</sup> *Ibid.*, p. 25 et s., n° 16 et s.

<sup>1561</sup> *Ibid.*, p. 71 et s., n° 73 et s.

<sup>1562</sup> *Ibid.*, p. 82, n° 85 : « C'est pourtant bien l'essentiel de la chaîne du vivant [...] se trouve désormais irriguée aussi bien par le critère de tout contrat, à savoir la présence d'une ou plusieurs volontés, que par la fonction d'échange, à travers la création d'obligations, qu'assume encore fondamentalement cet instrument. »

<sup>1563</sup> *Ibid.*, p. 85 et s., n° 90 et s.

<sup>1564</sup> *Ibid.*, p. 89, n° 94.

<sup>1565</sup> *Ibid.*

pragmatisme oblige désormais à dépasser cette alternative qui ne rend pas forcément compte de la réalité des échanges en la matière »<sup>1566</sup>. D'abord parce qu'« une opposition tranchée entre contrat et statut s'avère aujourd'hui largement artificielle sur le plan technique »<sup>1567</sup>, en raison des imprégnations réciproques des deux domaines entre eux. Surtout, la doctrine se focaliserait sur « le premier maillon de la chaîne d'exploitation du vivant (prélèvement/don), en faisant ressortir la dimension unilatérale voire statutaire d'actes très réglementés »<sup>1568</sup>. Or, selon elles, ce raisonnement empêche de comprendre la « part croissante de volonté individuelle, souvent matérialisée dans de véritables contrats, lesquels ponctuent une chaîne d'exploitation du vivant modifiée de fond en comble [...] et dont il est devenu impossible d'occulter les nombreux maillons »<sup>1569</sup>. Au sein de cette chaîne « hétérogène », les différents maillons donneront plus ou moins d'importance à la volonté individuelle<sup>1570</sup> mais le contrat en constituerait « l'élément le plus emblématique mais aussi, sans doute, le plus déterminant »<sup>1571</sup>.

**406.** En résumé, Florence Bellivier et Christine Noiville présentent le vivant comme pris dans un étau doctrinal entre contrat ou acte juridique d'un côté, et statut de l'autre. Seulement, elles estiment que la question du contrat s'impose parce qu'il permet de restituer l'évolution et l'originalité de l'opération d'ensemble sur le vivant, bien plus large que le seul consentement initial. Avec cette approche analytique originale, les autrices s'extraient de l'opposition entre contrat et statut au stade de la qualification. Cela dit, il demeure qu'elles la consacrent et que, par ailleurs, elles inscrivent leur analyse dans le contexte de la contractualisation. Sans céder à la construction autour d'une « théorie générale », les autrices adoptent tout de même les mêmes termes restreints (contrat, acte juridique ou statut) que les autres juristes.

**407.** À quinze ans d'intervalle, Muriel Bourgeois et Aloïse Quesne ont produit des thèses sur la personne, du moins son corps, comme objet d'un contrat. Leurs travaux se focalisent surtout sur l'objet du contrat et non le consentement. Mais, en les lisant, force est de constater que le consentement est naturellement conçu au sein d'un contrat ou d'un acte juridique.

Muriel Bourgeois, dans sa thèse sur *La personne objet de contrat*<sup>1572</sup>, souhaite établir une théorie de l'inclusion de la personne dans l'objet du contrat. En principe, la personne serait

---

<sup>1566</sup> *Ibid.*, p. 90, n° 95.

<sup>1567</sup> *Ibid.*

<sup>1568</sup> *Ibid.*, p. 91, n° 95.

<sup>1569</sup> *Ibid.*

<sup>1570</sup> *Ibid.*, p. 91 et s., n° 96 et s.

<sup>1571</sup> *Ibid.*, p. 96, n° 99.

<sup>1572</sup> M. Bourgeois, *La personne objet de contrat*, Orléans : Paradigme, 2005.

évincée de l'objet du contrat, qu'il s'agisse de son corps ou de l'état des personnes. Il en résulterait une indisponibilité de la personne, mais qui ne s'appliquerait que dans la mesure où un intérêt protégé l'exige. Si bien qu'il faille voir, en fonction de cet intérêt, quels sont les contrats licites ou non. Or, quand il s'agit de chercher la qualification contractuelle, elle peut se fonder sur le consentement. Un tel raisonnement souligne l'association du consentement à la figure civiliste du contrat. C'est par exemple le cas à propos du consentement de l'enfant à son changement de nom où l'autrice, après avoir rejeté son rattachement à un contrat, le qualifie d'acte unilatéral<sup>1573</sup>. Le consentement se trouve ainsi à nouveau associé au contrat ou à l'acte juridique.

Aloïse Quesne développe une « théorie générale des contrats portant sur le corps humain »<sup>1574</sup> dans sa thèse sur *Le contrat portant sur le corps humain*. La thèse ne porte certes pas à titre principal sur le consentement, puisqu'elle se concentre avant tout sur l'objet du contrat<sup>1575</sup>. Cela n'empêche pas la juriste de développer des analyses contractuelles du consentement, pensées comme telles. Premièrement, parce que la qualification contractuelle est refusée aux « prestations médicales non consenties », c'est-à-dire les soins urgents et les soins psychiatriques sans consentement car « le caractère imposé de ces prestations médicales fissure l'édifice contractuel, lequel repose classiquement sur le dogme de l'accord de volontés »<sup>1576</sup>. Deuxièmement, parce que dans le cadre du développement des spécificités de la catégorie du contrat portant sur le corps humain, l'objet de la thèse, l'autrice estime que « le genre contractuel spécifique que constitue le contrat portant sur le corps humain est démontré à travers l'existence de règles qui tendent à protéger le consentement éclairé et révocable de la personne contractante »<sup>1577</sup>. Le rattachement au contrat du consentement en droit des personnes est donc tout à fait explicite et justifié.

**408.** La thèse d'Aurore-Angélique Hyde adopte un point de vue similaire, dans le sens où elle choisit d'élaborer une théorie contractuelle qui inclurait la personne dans des champs inexplorés. Elle se concentre de son côté sur *Les atteintes aux libertés individuelles par*

---

<sup>1573</sup> *Ibid.*, p. 250, n° 144.

<sup>1574</sup> A. Quesne, *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. Raoul-Cormeil, J.-R. Binet, Le Kremlin-Bicêtre : Mare & Martin, 2021, p. 43, n° 17.

<sup>1575</sup> Il existerait deux critères d'identification de la catégorie du contrat portant sur le corps humain : « l'obligation de *prestaere* sur le corps humain » (*ibid.*, p. 347 et s.) et « le pouvoir matériel exercé sur le corps humain » (*ibid.*, p. 427 et s.).

<sup>1576</sup> *Ibid.*, p. 111, n° 123.

<sup>1577</sup> *Ibid.*, p. 470, n° 672.

*contrat*<sup>1578</sup>. La chercheuse conçoit le consentement à l'obligation contractuelle comme une renonciation à une liberté individuelle. Les différents consentements relatifs à la liberté individuelle sont envisagés sous l'angle du contrat, de manière très large. Dans la première partie consacrée au consentement à l'atteinte, de très nombreux consentements sont inclus. La juriste s'appuie ainsi sur les exemples des consentements médicaux lorsqu'elle étudie la pertinence des délais de réflexion<sup>1579</sup> et des facultés de rétractation<sup>1580</sup>, elle envisage également le consentement en droit pénal, lorsqu'il est permis, sous l'angle du contrat<sup>1581</sup>, par exemple en matière de viol<sup>1582</sup> ou de vie privée<sup>1583</sup>. L'autrice exclut seulement un certain nombre d'actes en droit des personnes en vertu de l'« ordre public des personnes »<sup>1584</sup>, « invariant du contrôle de licéité de l'objet du contrat, et ce quel que soit l'ordre juridique contractuel concerné »<sup>1585</sup>, car « la protection de la dignité humaine est toujours une valeur cardinale ce qui justifie la reconnaissance d'un ordre public supérieur, à savoir l'ordre public des personnes »<sup>1586</sup>. Il reste qu'ici encore de très nombreux consentements en droit des personnes sont inclus dans une théorie du contrat.

**409.** Dans un autre cadre spécifique, celui d'une analyse centrée sur le traitement des données personnelles, Suzanne Vergnolle adopte elle aussi une approche contractuelle du consentement. Après avoir montré les enjeux de la qualification contractuelle ou non du consentement prévu par le RGPD, la chercheuse rejette la qualification d'acte juridique unilatéral au profit d'une qualification contractuelle, apte à transcrire la réalité d'un accord de volontés<sup>1587</sup>. Le consentement au traitement des données personnelles formerait un contrat spécial, dont les conditions d'existence et de validité sont vérifiées, tout comme son inscription dans la jurisprudence de la CJUE. Ce contrat spécial, ainsi que d'autres règles du RGPD qui l'accompagnent, « ont des effets positifs sur la protection des personnes et leur offrent une

<sup>1578</sup> A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris : IRJS Éditions, 2015.

<sup>1579</sup> *Ibid.*, p. 239 et s., n° 348 et s.

<sup>1580</sup> *Ibid.*, p. 242 et s., n° 354 et s.

<sup>1581</sup> *Ibid.*, p. 262 et s., n° 382 et s.

<sup>1582</sup> *Ibid.*, p. 263-264, n° 383 : « [...] par l'incrimination du viol, c'est l'aspect négatif de la liberté sexuelle que la loi pénale entend protéger, c'est-à-dire la faculté de pouvoir refuser une relation sexuelle. Se pose alors inmanquablement la question de savoir ce que vaut, au moment de l'exécution de l'obligation, le consentement originellement donné par le débiteur à l'atteinte à l'exercice de sa liberté sexuelle. En effet, si l'on admet qu'une obligation puisse valablement avoir pour objet la liberté sexuelle d'une partie, il faut alors s'interroger sur la portée dans le temps du consentement donné à cette obligation ».

<sup>1583</sup> *Ibid.*, p. 268, n° 387.

<sup>1584</sup> *Ibid.*, p. 405 et s., n° 586 et s.

<sup>1585</sup> *Ibid.*, p. 395, n° 568.

<sup>1586</sup> *Ibid.*, p. 417, n° 596.

<sup>1587</sup> S. Vergnolle, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, avant-propos M.-L. Denis, Bruxelles : Bruylant, 2022, p. 281 et s., n° 338 et s.

meilleure maîtrise de leurs informations. Un tel pouvoir de contrôle des personnes est important pour assurer une meilleure effectivité de la protection des personnes »<sup>1588</sup>. La qualification contractuelle a donc un intérêt téléologique pratique, en ce qu'elle assurerait mieux certains objectifs propres à la régulation du traitement des données personnelles.

**410.** Nombreuses sont ainsi les analyses qui qualifient le consentement à l'atteinte à la personne dans le cadre contractuel ou du moins de l'acte juridique<sup>1589</sup>. Isabelle Tossi explique que « ce mode de raisonnement est lié à tort à la théorie des droits de la personnalité »<sup>1590</sup>. Elle aurait conduit à « raisonner exclusivement en termes d'atteintes à un droit (à l'image, au nom, à l'honneur..., ou aujourd'hui à la protection des données personnelles), ce qui a conduit à considérer que le consentement, qui exclut l'illicéité, est un acte juridique relatif à ce droit, acte par lequel la victime dispense l'auteur de l'atteinte d'agir conformément au droit qui en impose le respect »<sup>1591</sup>. Si cette position est rarement explicitée, elle est « omniprésente en doctrine »<sup>1592</sup>. Plus précisément sur les droits de la personnalité eux-mêmes, on retrouve une analyse contractuelle explicite chez des auteurs. Par exemple, Pierre Kayser opère une distinction : la personne peut consentir lorsque sa vie privée est en jeu, par opposition aux « activités publiques »<sup>1593</sup>. L'expression de la volonté de la personne « peut s'exprimer de deux manières » dans ce cas<sup>1594</sup>. Soit par une « autorisation », qui a pu être qualifiée de fait juridique mais qu'il qualifie lui d'acte juridique<sup>1595</sup>, soit par un contrat<sup>1596</sup>. Le consentement est donc conçu dans tous les cas comme un contrat ou un acte juridique. La même distinction entre autorisation et acte juridique est reprise par Jean-Christophe Saint-Pau<sup>1597</sup>.

---

<sup>1588</sup> *Ibid.*, p. 314-315, n° 376.

<sup>1589</sup> I. Tosi-Dupriet, « Le consentement aux atteintes aux droits de la personnalité, un fait juridique : la doctrine Ancel », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, P. Deumier, O. Gout, D. Hiez, I. Maria, A. Prüm (dir.), Bruxelles : Larcier, 2021, p. 587, spéc. p. 591 : « La doctrine est portée, traditionnellement, à faire dépendre la licéité de l'atteinte consentie de la validité d'un contrat car elle regarde ce consentement comme étant l'élément d'un contrat relatif aux droits de la victime. »

<sup>1590</sup> *Ibid.*, p. 591.

<sup>1591</sup> *Ibid.*, p. 591-592.

<sup>1592</sup> *Ibid.*, p. 592.

<sup>1593</sup> P. Kayser, *La protection de la vie privée*, 2<sup>e</sup> éd., préf. H. Mazeaud, Aix-en-Provence : PUAM ; Paris : Economica, 1990, p. 163, n° 136 : « Si une personne ne peut s'opposer aux investigations et aux divulgations relatives à ses activités publiques, elle peut valablement consentir aux investigations et aux divulgations qui ont trait à sa vie privée. Elle peut de même consentir à la réalisation et à la publication de son image la représentant dans sa vie privée. »

<sup>1594</sup> *Ibid.*, p. 164, n° 136.

<sup>1595</sup> *Ibid.*, p. 164, n° 136 : « Cette autorisation a été analysée en un simple fait juridique qui a pour conséquence de rendre licites les faits dont il est l'objet. Mais puisqu'elle est donnée à cette fin, il paraît plus exact de la considérer comme un acte juridique consistant dans une manifestation unilatérale de volonté. »

<sup>1596</sup> *Ibid.*, p. 164, n° 136 : « Le consentement de la personne intéressée peut aussi rencontrer le consentement d'une autre personne en vue de faire naître entre elles une ou plusieurs obligations, c'est-à-dire un contrat. »

<sup>1597</sup> J.-C. Saint-Pau, *JCL. Civil Code*, Art. 9, fasc. 15, mars 2017, n° 6 : « Lorsque le titulaire du droit au respect de la vie privée accepte une atteinte, c'est-à-dire soit une entrave à sa liberté d'action personnelle, soit une violation

**411.** Le consentement est rattaché au contrat, mais il peut aussi l'être à un acte juridique. Une partie de la doctrine semblait déjà hésitante sur ce point. Certains auteurs rattachent explicitement le consentement à l'acte juridique, bien souvent dans le cadre de la construction d'une théorie générale de l'acte juridique.

B. Consentement et acte juridique sur la personne

**412.** Des juristes ont pris le parti, non de partir de l'inclusion de la personne dans le contrat, mais de contourner l'analyse contractuelle en construisant une autre théorie générale, celle de l'acte juridique. Alors que l'acte juridique a un régime peu développé en droit positif, rattaché au contrat<sup>1598</sup>, les auteurs cherchent justement à construire une notion et un régime d'acte juridique autonomes. Ce choix part des limites du contrat, en particulier de la place des dispositions statutaires en droit des personnes. Dans les différentes systématisations proposées, la quasi-totalité des consentements en droit des personnes y est ainsi attrait.

**413.** Laure Attuel-Mendès consacre précisément sa thèse au consentement dans les actes juridiques<sup>1599</sup>, dans le sens où, sauf exception, « un principe d'exigence du consentement préside à la formation de l'acte juridique »<sup>1600</sup>. Elle pose ainsi son objectif : élaborer « une théorie du consentement »<sup>1601</sup>, en établissant un droit commun applicable à l'ensemble des consentements émis en droit privé dans le cadre d'actes juridiques, à travers des règles générales et spéciales. Le champ d'études est délimité : en se focalisant sur les actes juridiques, les consentements donnés dans le cadre de faits juridiques ou dans des matières particulières telles que la procédure civile, le droit international privé et le droit pénal, qui s'organisent autour de logiques propres, sont exclus. De très nombreux consentements en droit des personnes sont pourtant inclus dans l'étude, sans que les actes qui entourent ces consentements soient pour autant qualifiés préalablement d'actes juridiques. Font ainsi partie de l'étude le consentement médical, le consentement aux analyses génétiques, le consentement à la procréation

---

du secret de la vie privée par une investigation ou une divulgation d'informations personnelles [...], il exerce son droit de la personnalité [...]. Mais cette manifestation de volonté peut être analysée comme une simple autorisation [...] ou comme un acte juridique - un consentement source d'un contrat [...]. »

<sup>1598</sup> C. civ., art. 1100-1 : les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

<sup>1599</sup> L. Attuel-Mendes, *Consentement et actes juridiques*, préf. É. Loquin, Paris : Litec, 2008.

<sup>1600</sup> *Ibid.*, p. 15, n° 17.

<sup>1601</sup> *Ibid.*, p. 11, n° 13 et p. 14, n° 16.



médicalement assistée. Les consentements en droit des personnes se retrouvent aspirés par une étude générale, sans que soit émise l'hypothèse de leur diversité.

**414.** Dans une analyse à mi-chemin entre le particulier et le général, Cécile Lazarus<sup>1602</sup> propose une théorie des actes juridiques extrapatrimoniaux, où elle n'adopte pas le critère de la volonté mais celui du lien entre « l'intention de réaliser les effets de droit » et « la production de ces effets »<sup>1603</sup>. Elle s'éloigne d'autant plus du consentement en adoptant un critère de la catégorie de l'acte juridique extrapatrimonial centré sur l'objet et l'effet extrapatrimonial<sup>1604</sup>. Mais la recherche d'une perception unique du consentement se retrouve en réalité dans les développements. D'abord, il existerait deux types d'actes juridiques extrapatrimoniaux, le contrat et le statut. Ce faisant, le statut est rattaché à la catégorie de l'acte juridique, ce qui renforce une vision unitaire des dispositions en droit des personnes. Surtout, des développements sont consacrés au consentement dans le cadre du contrat, ce qui est prévisible<sup>1605</sup>, mais aussi au consentement dans le statut en droit positif. Il occuperait une place de choix dans la qualification de statut, elle-même incluse dans celle d'acte juridique<sup>1606</sup>. Le consentement, même dans une perspective statutaire, est encore associé à l'acte juridique quand il ne l'est pas au contrat.

**415.** La théorie générale de l'acte juridique en droit des personnes et de la famille de Bertrand Maumont y intègre les consentements<sup>1607</sup>. Partant des limites du contrat et de la place du statut en droit des personnes et de la famille<sup>1608</sup> ainsi que des limites de la « théorie classique de l'acte juridique », fondée sur le contrat et l'autonomie de la volonté<sup>1609</sup>, l'auteur propose de « renouveler » la théorie de l'acte juridique<sup>1610</sup> et le redéfinit<sup>1611</sup>. Sa démarche est claire :

---

<sup>1602</sup> C. Lazarus, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. Laszlo-Fenouillet, Aix-en-Provence : PUAM, 2009.

<sup>1603</sup> *Ibid.*, p. 36, n° 23.

<sup>1604</sup> *Ibid.*, p. 119 et s., n° 98 et s. et p. 126-127, n° 103.

<sup>1605</sup> *Ibid.*, p. 401 et s., n° 421 et s.

<sup>1606</sup> *Ibid.*, p. 323, n° 318 : « La liberté de s'engager en matière statutaire est dictée par la finalité de l'institution. La volonté apparaît à ce titre comme l'âme, la sève de cette dernière. Le consentement est l'unique moyen d'obtenir l'engagement, parfois seul capable de donner le sens à l'institution. Ainsi s'explique l'inhérence du consentement en matière familiale. »

<sup>1607</sup> B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, dir. J. Hauser, th. dactyl., Université de Bordeaux, 2015.

<sup>1608</sup> *Ibid.*, p. 10 et s., n° 2 et s.

<sup>1609</sup> *Ibid.*, p. 43 et s., n° 44 et s.

<sup>1610</sup> Pour construire une « théorie générale mieux armée pour rendre compte du particularisme des actes juridiques relevant du droit des personnes et de la famille » (*ibid.*, p. 50, n° 52).

<sup>1611</sup> *Ibid.*, p. 64, n° 66 : « l'acte juridique désigne un but individuel ou collectif, protégé et encadré par l'ordre juridique en assurant la reconnaissance et la réalisation qui traduit le choix d'un sujet de droit ou de plusieurs de mobiliser le droit pour créer une situation juridique nouvelle ».

l'analyse de la théorie générale de l'acte juridique en droit des personnes et de la famille permettrait ainsi de rattacher ces actes juridiques à une théorie générale plus large<sup>1612</sup>, tout en étudiant les « techniques spécifiques » de l'acte juridique en droit des personnes et de la famille<sup>1613</sup>. Parmi elles, figure une question primordiale en droit des personnes et de la famille : « articuler volonté et ordre public »<sup>1614</sup>. Or, alors qu'il n'est pas directement indiqué quels actes sont qualifiés d'actes juridiques, nombreux sont les consentements en droit des personnes inclus dans l'étude. On comprend ainsi que tous ces consentements sont intégrés dans le champ des actes juridiques. Il en va ainsi du consentement médical, à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, au don d'organes ou au mariage<sup>1615</sup>, du consentement au divorce<sup>1616</sup> ou encore du consentement à l'adoption<sup>1617</sup>, à l'assistance médicale à la procréation<sup>1618</sup> ou des actes relatifs aux droits de la personnalité<sup>1619</sup>. L'auteur se positionne donc clairement en faveur d'une théorie générale de l'acte juridique, avec une application en droit des personnes et de la famille, dans laquelle il inclut explicitement le consentement<sup>1620</sup>.

**416.** En dehors du droit des personnes, Benjamin Moron-Puech, établissant les limites de la qualification contractuelle à partir de l'exemple de l'acte médical, propose de construire la notion d'acte juridique en droit français. Selon lui, « l'outil susceptible de se substituer au

<sup>1612</sup> *Ibid.*, p. 69 et s., n° 75 et s.

<sup>1613</sup> *Ibid.*, p. 76 et s., n° 84 et s.

<sup>1614</sup> *Ibid.*, p. 79 et s., n° 87 et s. L'auteur, dans une démarche dialectique, montre ainsi « l'adaptation des actes juridiques à l'ordre public de protection en droit des personnes et de la famille », première partie de sa thèse dans laquelle il étudie notamment les particularités du consentement, puis « l'adaptation des actes juridiques à l'ordre public de direction en droit des personnes et de la famille », deuxième partie de sa thèse, dans laquelle il étudie notamment les formes d'expression de la volonté.

<sup>1615</sup> *Ibid.*, p. 126-127, n° 164 sur le formalisme informatif.

<sup>1616</sup> *Ibid.*, p. 127, n° 165 sur le formalisme de contrôle, *ibid.*, p. 256 et s., n° 335 sur le renforcement de l'ordre public de protection et *ibid.*, n° 350 sur l'irrévocabilité.

<sup>1617</sup> *Ibid.*, p. 256 et s., n° 335 sur le renforcement de l'ordre public de protection et *ibid.*, p. 270 et s., n° 348 sur l'irrévocabilité, même s'il était indiqué plus tôt qu'« en tant qu'acte hybride, l'adoption repose certes sur des consentements de natures variées » (*ibid.*, p. 148, n° 192).

<sup>1618</sup> *Ibid.*, p. 270 et s., n° 348 sur l'irrévocabilité.

<sup>1619</sup> *Ibid.*, p. 346, n° 464.

<sup>1620</sup> L'introduction précise la position épistémologique adoptée : « Dans d'autres hypothèses, plus nombreuses, le législateur reste silencieux. Il est fait référence à un consentement, à une décision, à un accord, à un pacte ou encore à des déclarations, mais non à un "acte juridique" ou à un "contrat" en particulier. Des difficultés apparaissent alors, soit pour qualifier l'opération d'acte juridique, soit pour rattacher l'acte à une catégorie connue. Or, la classification est souvent difficile en raison de la spécificité des actes en question, voire de l'autonomie prêtée à la matière, au point qu'il peut être tentant de conclure au caractère sui generis et donc au fait qu'ils ne correspondent pas à une catégorie technique existante. Mais ces réticences ne se justifient sans doute pas dans le cadre de la théorie de l'acte juridique que nous défendons. En effet, envisager l'acte juridique comme une réalité technique, non comme une création de la loi, permet d'aborder comme tel toute opération qui présente les caractères généraux de l'acte juridique puis les caractères particuliers de telle ou telle catégorie. Si ces singularités se rencontrent c'est qu'elles sont utiles à la réalisation du but poursuivi ; la symbolique, comme la symbolique contractuelle, importe peu car il est fait référence à des cadres d'analyse fondamentalement neutres. » (*Ibid.*, p. 73-74, n° 80)

contrat, lorsque ce dernier est pris en défaut, est l'acte juridique », qui « ne rencontre pas à première vue les mêmes limites techniques ou psychosociales que le contrat »<sup>1621</sup>. L'auteur va ainsi établir une définition de l'acte juridique et préciser ses propriétés, développant un concept général d'acte juridique. À nouveau, cette théorisation attrait nombre de figures du droit des personnes et de la famille et leur condition de consentement. Certes, dans sa construction doctrinale, le terme de consentement est exclu des éléments de définition de l'acte juridique au profit de la volonté. Le consentement serait en effet mal adapté aux situations individuelles et par ailleurs davantage lié à l'intégrité de l'acte, qui relève de son régime juridique, qu'à son existence, qui relève de sa qualification<sup>1622</sup>. Mais, dans l'acte juridique, sont inclus de nombreux éléments contenant des consentements en droit des personnes. Il en va ainsi de l'acte médical<sup>1623</sup>, mais aussi, à l'occasion de la vérification des critères de validité établis pour l'acte juridique, du mariage<sup>1624</sup> ou du consentement de la victime en matière pénale<sup>1625</sup>. Des consentements très variés intègrent ainsi la construction de l'acte juridique, dans une analyse doctrinale ayant vocation à offrir un concept général.

**417.** De nombreuses théorisations doctrinales incluent le consentement dans la théorie du contrat ou de l'acte juridique et l'appréhendent ainsi au sein d'une théorie générale. Ce type d'analyse est rendu possible par l'appréhension civiliste du consentement en droit des personnes.

## **Section 2. L'appréhension civiliste du consentement en droit des personnes**

**418.** L'analyse civiliste par la théorie générale s'inscrit dans le contexte d'une appréhension civiliste du consentement en droit des personnes. Le droit des personnes est en effet conçu comme une discipline civiliste (§1) et le consentement est conçu comme une notion civiliste contractuelle (§2).

---

<sup>1621</sup> B. Moron-Puech, *L'acte juridique : une réponse à la crise du contrat*, préf. D.Fenouillet, postface J. Combacau, Paris La Défense : LGDJ, 2020, p. 119, n° 145.

<sup>1622</sup> *Ibid.*, p. 219, n° 256.

<sup>1623</sup> *Ibid.*, p. 120, n° 146. La qualification de l'acte médical constitue le point de départ de la thèse de Benjamin Moron-Puech.

<sup>1624</sup> *Ibid.*, p. 498 et s., n° 538 et s.

<sup>1625</sup> *Ibid.*, p. 510 et s., n° 553 et s.

## §1. Le droit des personnes comme discipline civiliste

419. Le Code civil « même s'il donne beaucoup d'importance à la propriété, a [...] conçu le droit au service et à partir de la personne »<sup>1626</sup>. Le droit des personnes est ainsi pensé comme une catégorie du droit civil et la personne envisagée comme le citoyen, destinataire du droit. Il s'agit d'un héritage du droit romain. Les règles qui définissent la personne constituent en effet la première catégorie de la *summa divisio* romaine, aux côtés des choses et des actions, dans les *Institutes* de Gaius puis de Justinien. Les *Institutes* justiniennes justifient cette place première, à l'orée du Titre III « *de jure personarum* » : « le droit que nous suivons se rapporte tout entier ou aux personnes, ou aux choses, ou aux actions. Parlons d'abord des personnes ; car c'est peu connaître le droit, si l'on ne connaît aussi les personnes pour qui le droit est établi »<sup>1627</sup>. Dans ces premières classifications, la catégorie du droit des personnes recouvre un domaine large car elle a pour ambition de traiter les trois statuts de la personne en droit romain : *status libertatis*, *status civitatis* et *status familiae*<sup>1628</sup>. Ils forment un ensemble cohérent qui détermine l'état de la personne et ainsi sa capacité de jouissance<sup>1629</sup>. La classification du droit romain en personnes, choses et actions a navigué au travers des siècles, jusque dans le Code civil<sup>1630</sup>. On la retrouve ainsi dans diverses classifications, le contenu de chaque catégorie variant notamment au gré des ajouts étrangers au droit romain<sup>1631</sup>. La catégorie *personae* regroupe dans ce cadre les règles sur l'état des personnes et la famille<sup>1632</sup>.

<sup>1626</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 9.

<sup>1627</sup> « *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Et prius de personis videamus : nam parum est jus nosse, si personae quarum causa constitutum est, ignorentur* » (A.-M. du Caurroy de la Croix, *Institutes de Justinien traduites et expliquées par A. M. Du Caurroy*, ..., t. 1<sup>er</sup>, 7<sup>e</sup> éd., G. Thorel ; Toussaint, 1846, p. 16-17 [respectivement textes latin et français].)

<sup>1628</sup> V. A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : Puf, 1996, p. 61 ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 229 ; v. aussi A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247.

<sup>1629</sup> J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 229 ; v. également X. Labbé, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort : contribution à l'étude des droits de la personnalité*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, p. 189. C'est d'ailleurs pourquoi la perte d'un seul de ces statuts suffisait à rendre la personne sujette de *capitis deminutio* (v. A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 61 et p. 81), c'est-à-dire « tout changement de statut [...], surtout en pire, qui peut atteindre un individu. L'expression, contrairement aux apparences, ne signifie pas diminution de capacité mais destruction d'une personnalité juridique » (J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 52, note de bas de page n° 1).

<sup>1630</sup> M. Hauriou, « Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1887, p. 373 ; V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : étude sur les codes civils français et allemand*, préf. M. Pédamon, Paris : LGDJ, 2002, p. 108 et s.

<sup>1631</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>1632</sup> *Ibid.*, p. 374.

**420.** Le Code civil de 1804 s'inscrit dans cette logique en réservant une place centrale à la personne - du moins à son statut<sup>1633</sup>. Cette conception se trouve consacrée en 1789 par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui reconnaît, en son article 1<sup>er</sup>, le statut universel, libre et égalitaire de personne à tous les hommes. Ce mouvement résulte de l'apport, au cours des derniers siècles, des mouvements religieux (les textes chrétiens et leurs interprétations), juridiques et philosophiques (l'école du droit naturel) et des faits (structures religieuses et politiques)<sup>1634</sup>. Le Code civil se veut ainsi celui « des Français ». Les personnes font l'objet du Livre I<sup>er</sup> du code, après le Titre préliminaire qui régit la publication, les effets et l'application de la loi en général. Cette place particulière dans l'organisation de l'ouvrage montre la primauté des personnes dans le Code et la nécessité d'expliquer leur droit avant les autres questions civiles<sup>1635</sup>. Jean-Étienne-Marie Portalis explique d'ailleurs cette idée fondamentale par une phrase très similaire à celle précitée des *Institutes*, en déclarant que « les personnes sont le principe et la fin du droit ; car les choses ne seraient rien pour le législateur, sans l'utilité qu'en retirent les personnes »<sup>1636</sup>. L'empreinte du droit romain trouve sa trace jusque dans l'organisation du Livre premier, qui règle la question des droits civils et de l'état civil, pour ensuite traiter de la famille (mariage, filiation, minorité), puis de la majorité. On retrouve ainsi les statuts civils et familiaux, c'est-à-dire l'état de la personne au sens large, incluant la capacité ; seul l'ancien *status libertatis* n'y figure pas, « liberté oblige »<sup>1637</sup>.

**421.** Si la personne du Code civil peut être théoriquement appréhendée comme un sujet de droit, il n'en demeure pas moins que les textes ne considèrent que la seule personne humaine, la personne morale étant ignorée du Livre premier. Quant aux personnes physiques, ce n'est cependant que la personne physique citoyenne qui est envisagée par le Code civil en 1804 et notamment son statut. Le Code civil devient ainsi la « constitution » de la France<sup>1638</sup>. Le corps de la personne ou sa vie privée ne sont alors pas protégés en tant que tels et seulement abordés

<sup>1633</sup> V. A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1634</sup> V. *ibid.*, p. 41 et s.

<sup>1635</sup> V. *contra* à propos du *Codice civile* italien : « La matière du code était donc organisée suivant un heureux jeu de symétrie indiquant un choix culturel et politique bien précis. La propriété occupait le livre central, le premier et le dernier livre n'étaient rien d'autre que des "explications" de la même idée. » (U. Mattei, A. di Robilant, « Les longs adieux : la codification italienne et le Code Napoléon dans le déclin du positivisme étatique », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, p. 855).

<sup>1636</sup> J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil, précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification de F. Portalis*, Caen : Presses universitaires de Caen, 2010, p. 158.

<sup>1637</sup> A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1638</sup> J. Carbonnier, « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire. I, La République, la Nation*, P. Nora (dir.), Paris : Gallimard, 1997, p. 1345.

incidemment, comme en matière de filiation<sup>1639</sup>. Cette conception de la personne comme citoyenne révèle l'aspect politique de l'état des personnes comme objet de contrôle des individus par l'État<sup>1640</sup>. C'est donc une vision restreinte de la personne qui est envisagée par le Code en 1804, essentiellement sous le prisme politique.

**422.** Cette vision de la personne n'a pas évolué au cours des deux siècles qui ont suivi la promulgation du Code civil. Au niveau légistique, les nouvelles règles relatives aux personnes auraient pourtant pu être codifiées en dehors du Code civil : d'abord en 1970, lors de l'introduction d'un droit au respect de la vie privée<sup>1641</sup>, puis lors des premières lois bioéthiques, qui portaient justement sur le corps humain<sup>1642</sup>. Il n'en a rien été. En matière bioéthique, le rapport de la commission spéciale chargée de la loi relative au corps humain en fait un choix explicite. Les nouvelles dispositions introduites dans le Code civil « constituent un véritable statut juridique du corps humain », statut nouveau et original du corps<sup>1643</sup>. Cette explication révèle la permanence de la conception civiliste de la personne et du droit civil comme droit commun des personnes. La force de cette conception du droit des personnes se trouve illustrée

---

<sup>1639</sup> La filiation de l'enfant né durant le mariage est par exemple déterminée au regard de considérations relatives à la conception de l'enfant (C. civ., art. 312 et s. anc.).

<sup>1640</sup> V. sur ce point notamment A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247 ; G. Noiriel, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, n° 13, 1993, p. 3. Anne-Marie Leroyer souligne d'ailleurs la similitude sémantique entre « état des personnes » et « État », puisque ces deux termes proviennent de la même racine romaine *stare*, la stabilité (A.-M. Leroyer, *loc. cit.*, p. 250). Cette approche étatique du statut des personnes s'opposerait à « une seconde conception, individualiste, [qui] considère à l'inverse l'état comme une affaire privée » (*ibid.*, p. 254).

<sup>1641</sup> L. n° 70-643 du 17 juill. 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

<sup>1642</sup> L. n° 94-548 du 1<sup>er</sup> juill. 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain et L. n° 94-654 du 29 juill. 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.

<sup>1643</sup> B. Bioulac, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 1, p. 106-107 : « Si les auteurs du projet de loi ont profité de l'existence d'un chapitre devenu sans objet dans le titre premier du livre premier du Code civil pour y intégrer les dispositions relatives au corps humain, cette démarche ne se justifie pas seulement par sa seule commodité. Elle répond aussi à une véritable logique de présentation, ces dispositions ayant naturellement vocation à figurer dans le livre premier relatif aux personnes qui, juste après énonciation des droits civils, consacre le respect du corps humain, principe fondamental, s'il en est. Intitulé "Du respect du corps humain", le chapitre II du titre premier du livre premier du Code civil comprend les articles 17 à 24 du Code civil. Ces articles constituent un véritable statut juridique du corps humain en définissant les principes et les règles garantissant le respect des droits de la personne. Leur introduction dans le Code civil leur donne la double qualité de principes généraux et d'interprétation ce qui leur a conféré une dimension tant juridique qu'éthique. Il est à noter, que pour la première fois, des dispositions du Code civil viseront spécifiquement le corps humain que le juge n'a pu appréhender jusqu'à présent qu'en lui transposant des dispositions relevant soit du droit des personnes, soit de celui des choses. »

dans les récentes propositions doctrinales de recodification du Code civil. Aucun auteur ne suggère d'en extraire le droit des personnes et les débats se limitent à la distinction entre le droit des personnes et de la famille<sup>1644</sup>.

**423.** Cette conception du droit des personnes se reflète dans l'enseignement du droit en France. Ce constat a un certain poids lorsqu'on sait que « l'idée selon laquelle le droit se forme (se constitue) aussi par son enseignement n'est ni originale ni vraiment nouvelle »<sup>1645</sup>. Les cours de droit des personnes, encore très présents en licence, sont conçus, jusque dans leurs intitulés, comme des cours de droit civil, sinon de droit privé<sup>1646</sup>. Les masters spécialisés en droit des personnes sont des masters mention « droit privé » ou « droit civil », dirigés par des professeurs et maîtres de conférences en droit privé et sciences criminelles<sup>1647</sup>. Les ouvrages didactiques s'inscrivent dans la même logique : les traités de droit civil commençaient leur étude, après une

---

<sup>1644</sup> V. J. Hauser, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez*, M. Dupuis (dir.), Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, p. 163 ; B. Beignier, « Pour un nouveau Code civil », *D.*, 2019, p. 713 ; T. Revet, « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau Code civil" », *D.*, 2019, p. 1011.

<sup>1645</sup> S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 417.

<sup>1646</sup> Pour les universités dont on pouvait voir le détail des cours, au-delà de leurs intitulés généraux : à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, un cours de « droit civil (personnes) » en L1 (<https://formations.panthonsorbonne.fr/fr/catalogue-des-formations/licence-L/licence-droit-KBT8CDAC/licence-droit-KBT8MN4X.html>), à l'Université Panthéon-Assas, un cours de « droit civil » consacré au droit des personnes et droit des biens en L1 (<https://www.u-paris2.fr/fr/droit-civil-1381>), à l'Université de Lille, un cours de « droit des personnes et de la famille » en L1 ([https://droit.univ-lille.fr/filedroit/user\\_upload/Droit.pdf](https://droit.univ-lille.fr/filedroit/user_upload/Droit.pdf)), à l'Université de Strasbourg, un cours de « droit privé et théorie générale du droit » qui comprend « la distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, sur le droit au respect de la vie privée ou le droit au respect de son corps, sur la preuve, ainsi que des précisions sur les titulaires des droits subjectifs que sont les personnes physiques et morales » en L1 (<https://droit.unistra.fr/formation/diplomes-dEtat/licence/licence-droit/rof/ME74/FRUAI0673021VCOEN5923/>), Toulouse un cours de « droit civil (personnes et famille) » en L1 (<https://www.ut-capitole.fr/accueil/formations/nos-diplomes/licences/licence-l1-l2-l3-mention-droit>).

<sup>1647</sup> Par exemple, pour le Master Droit des personnes et des familles de l'Université de Bordeaux (<https://droit.u-bordeaux.fr/Formations/Offre-de-formation/Masters/Mention-Droit-prive/Master-Droit-des-personnes-et-des-familles>), le Master Droit privé parcours droit des personnes et des familles de l'Université Panthéon-Assas (<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/master-droit-prive-parcours-droit-des-personnes-et-des-familles>), le Master Droit des personnes et de la famille de l'Université de Montpellier (<https://formations.umontpellier.fr/fr/formations/master-XB/mention-droit-civil-KIOD4KRZ/master-droit-des-personnes-et-de-la-famille-KIOD5OFR.html>), le Master Droit privé parcours Personne et famille de l'Université Panthéon-Sorbonne (<https://formations.panthonsorbonne.fr/fr/catalogue-des-formations/master-M/master-droit-prive-KBUN3LWX/master-parcours-personne-et-famille-KBUN5IL8.html>), le Master Droit privé parcours Droit des personnes et de la famille de l'Université Grenoble Alpes (<https://formations.univ-grenoble-alpes.fr/fr/catalogue-2021/master-XB/master-droit-prive-IDIUUAFFX/parcours-droit-des-personnes-et-de-la-famille-IK41U15Y.html>), le Master Droit privé parcours Droit privé des personnes et des patrimoines de l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (<https://www.u-pec.fr/fr/formation/master-droit-prive-parcours-droit-prive-des-personnes-et-des-patrimoines>).

partie générale, par le droit des personnes<sup>1648</sup> et, aujourd'hui, les manuels de droit des personnes sont écrits par des professeurs et maîtres de conférences en droit privé<sup>1649</sup>.

Le droit des personnes étant appréhendé comme une branche du droit civil, le consentement en droit des personnes est dans cette même ligne saisi par une analyse civiliste contractuelle.

## **§2. Le consentement comme notion civiliste contractuelle**

**424.** Le consentement a pu ainsi être associé au contrat (A) et à un mouvement de contractualisation du droit (B).

### **A. Le consentement associé au contrat**

**425.** Le consentement est très fréquemment associé au contrat. Or, ce lien influence la qualification des actes qui requièrent un consentement en droit des personnes.

**426.** Le consentement constitue en effet une condition d'existence du contrat dans la loi comme pour la doctrine. L'article 1128 du Code civil<sup>1650</sup> fait du consentement une condition de validité du contrat. Il existe donc une facilité d'association entre consentement et contrat, attestée par la doctrine : « le consentement est premier parmi les éléments de vérité qui composent la théorie générale du contrat »<sup>1651</sup> et « les principaux mécanismes d'appréciation

---

<sup>1648</sup> V. par ex. C. Aubry, C. F. Rau, A. Ponsard, *Droit civil français. Tome premier, État civil, nationalité, incapacités*, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Librairies techniques, 1964 ; J. Carbonnier, *Droit civil. Volume I, [Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple]*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2017 ; G. Cornu, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2005 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome I, Les personnes : état et capacité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

<sup>1649</sup> V. par ex. A. Marais, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021 ; F. Jault-Seseke, P. Courbe, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022 ; F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023 ; J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2022 ; A. Bateur, L. Mauger-Vielpeau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LDGJ, 2023 ; B. Teyssié, *Droit des personnes*, 25<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2023 ; P. Malaurie, N. Peterka, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 12<sup>e</sup> éd., Paris la Défense : LGDJ, 2022 ; G. Cornu, *Droit civil : les personnes*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2007 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, Paris : Puf, 2006.

<sup>1650</sup> « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1<sup>o</sup> Le consentement des parties [...] » ; v. aussi l'article 1108 ancien du même code : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige [...] ».

<sup>1651</sup> V. Forray, « La possibilité d'une contre-théorie du contrat », *Jurisprudence Revue critique*, 2012, p. 191, spéc. p. 206, cité par S. François, « Les métamorphoses du consentement en droit privé », in *Consentement et droit public : actes de la journée d'étude du département de droit public de l'école doctorale de l'École de droit de la Sorbonne organisée le 22 septembre 2020*, L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, p. 33, spéc. p. 34 : « Le discours juridique de la modernité a fait que la théorie du contrat est d'abord une théorie du consentement ou une théorie des promesses juridiques. L'École du droit naturel moderne a lié l'obligation au consentement, voyant dans ce dernier un élément transcendant les formes de l'engagement contractuel. De sorte que : consentement = contrat ».



du consentement ressortissent du droit des contrats »<sup>1652</sup>. La théorie des droits de la personnalité concevrait traditionnellement le consentement d'un point de vue contractuel par un réflexe d'association du consentement au contrat : « le mot “consentement”, certes à sens multiples, entre dans le champ sémantique du contrat [...] et on est de ce fait porté par une sorte de mouvement naturel à y voir l'élément d'un contrat »<sup>1653</sup>.

**427.** La qualification contractuelle renvoie elle-même à une figure par essence civiliste, le contrat constituant « un monument de notre droit civil »<sup>1654</sup>. L'analyse civiliste du consentement s'ajoute ainsi à l'analyse civiliste du droit des personnes, poussant à adopter les cadres d'analyse de ce champ du droit. Encadré par les articles 1101 et suivants du Code civil, le contrat fait l'objet de la première moitié de la présentation du droit des obligations, en manuels ou en cours, aux côtés de la responsabilité civile. Il s'inscrit dans la tendance d'un Code civil « code par excellence »<sup>1655</sup> en 1804, qui avait pour objectif de constituer un « droit privé commun », ambition qui s'est affaiblie depuis par le développement de branches autonomes et spéciales du droit privé<sup>1656</sup>. En associant le consentement au contrat, les juristes civilistes se placent dans un cadre connu, celui du droit des obligations.

**428.** Il en va de même pour la qualification d'acte juridique. Si la figure est moins étudiée en droit que le contrat, les actes juridiques relèvent « en tant que de raison »<sup>1657</sup> du régime du contrat qui en est pourtant une catégorie<sup>1658</sup>. L'acte juridique a ainsi été introduit dans la loi française par la réforme du droit des obligations<sup>1659</sup>, reflétant son appartenance au droit civil.

---

<sup>1652</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 77. L'autrice souligne en même temps les limites d'une extension de ces règles : « Ces outils trouvent rapidement leurs limites dans le domaine élargi dans lequel on veut aujourd'hui faire jouer un rôle au consentement. » (*Ibid.*, p. 78.)

<sup>1653</sup> I. Tosi-Dupriet, « Le consentement aux atteintes aux droits de la personnalité, un fait juridique : la doctrine Ancel », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, P. Deumier, O. Gout, D. Hiez, I. Maria, A. Prüm (dir.), Bruxelles : Larcier, 2021, p. 587, spéc. p. 592 : « Le raisonnement a paru s'imposer avec une certaine force car l'on est en présence d'une manifestation de volonté (le consentement) et d'un effet juridique (la non-atteinte du droit de la personnalité). Il paraît en conséquence logique de considérer que c'est la première qui produit le second, et que l'on est donc en présence d'un acte juridique, contrat ou acte juridique unilatéral. En outre le mot “consentement”, certes à sens multiples, entre dans le champ sémantique du contrat (art. 1128 et s. C. civ.) et on est de ce fait porté par une sorte de mouvement naturel à y voir l'élément d'un contrat. »

<sup>1654</sup> J. Mestre, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz : Litec, 2004, p. 231.

<sup>1655</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2012, p. 3.

<sup>1656</sup> *Ibid.* p. 245 et s., n° 166 et s.

<sup>1657</sup> C. civ., art. 1100-1, al. 2 : les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

<sup>1658</sup> Le Code civil identifiant trois sources d'obligations : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. » (C. civ., art. 1100, al. 1<sup>er</sup>.)

<sup>1659</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. V. par ex. B. Moron-Puech, *L'acte juridique : une réponse à la crise du contrat*, préf. D.Fenouillet, postface J. Combacau, Paris La Défense : LGDJ, 2020, n° 1 et s.

Très peu de thèses sont consacrées à l'acte juridique en droit public par rapport au droit privé<sup>1660</sup>, autre révélateur de la perception civiliste, du moins privatiste de l'acte juridique en droit français. Cette conception peut être regrettée en ce qu'elle constitue un obstacle à l'étude de cette notion alors même qu'elle aurait une vocation générale, notamment en droit public<sup>1661</sup>. Il reste que l'acte juridique est pensé aujourd'hui dans ce cadre civil. Autrement dit, le lien entre les actes requérant un consentement et l'acte juridique est le résultat, comme pour le contrat, d'un réflexe des juristes civilistes qui qualifient le consentement au regard de figures familiales.

**429.** Les discussions autour d'une contractualisation du droit des personnes et de la famille témoignent du caractère éminemment civiliste de ces figures juridiques lorsqu'elles sont utilisées dans ce champ.

## B. Le consentement associé à la contractualisation du droit

**430.** Les interrogations sur le rôle de la volonté et bien souvent du consentement en droit des personnes et de la famille ont été conceptualisées à travers la description d'un phénomène de « contractualisation ». En se rattachant à la figure du contrat, cette lecture encourage une fois de plus à penser le consentement à l'aide d'une analyse civiliste.

### 1) *Le point de départ : l'embarras face au pouvoir limité de la volonté*

**431.** Les discours doctrinaux liés au consentement partent d'un embarras fondamental des juristes autour du pouvoir de la volonté en droit et plus particulièrement face aux manifestations de volonté en droit des personnes. D'un côté, les manifestations de volonté de la personne semblent produire un effet juridique. En cela, elles se rapprochent du contrat entendu dans un sens étroit comme créateur d'obligations - ou large comme créateur d'effets de droit. De l'autre, les effets qui résultent de cette manifestation de volonté sont pour la grande majorité prévus par la loi. Ce balancement entre le pouvoir de la volonté et le pouvoir de la loi crée de l'embarras.

---

<sup>1660</sup> Une recherche thématique sur *thèses.fr*, à partir des expressions « acte juridique » et « actes juridiques » en permet le constat. Pour une présentation des nombreux travaux, v. par ex. B. Moron-Puech, *op. cit.*, p. 3 et s., n° 3.

<sup>1661</sup> C. François, *L'acte juridique irrégulier efficace : contribution à la théorie de l'acte juridique*, préf. T. Revet, Paris La Défense : LGDJ, 2020, p. 56, n° 84. Cela alors que le développement de l'acte juridique en droit civil doit beaucoup aux travaux de droit public : « L'acte juridique est le résultat d'une conceptualisation doctrinale relativement récente en France, les premiers efforts de systématisation datant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et surtout du début du XX<sup>e</sup> [...]. L'impulsion décisive est venue du droit public [...] et de l'étude du droit comparé, en particulier du droit allemand [...]. » (C. Brenner, S. Lequette, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Acte juridique », févr. 2019, n° 5.)

**432.** La question de la nature du mariage, entre contrat et institution, constitue un exemple topique, bien que mesuré, de cette interrogation. Cette problématique a en effet fait l'objet de discussions doctrinales à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1662</sup>. La discussion se poursuit encore aujourd'hui et les auteurs ne manquent d'ailleurs pas de rappeler l'existence de ce débat doctrinal<sup>1663</sup>. D'autres cas illustrent l'embarras des juristes sur le pouvoir de la volonté. En matière biomédicale, la place de la volonté de la personne serait ambivalente dans un contexte de règles impératives encadrant par exemple le don d'organes<sup>1664</sup>. Des questions du même type peuvent être posées lorsqu'un jugement succède à l'expression de la volonté, comme en matière d'adoption<sup>1665</sup> ou dans les hypothèses d'homologation d'un accord de volontés par le juge, par exemple pour le divorce par consentement mutuel ou les conventions relatives à l'autorité parentale<sup>1666</sup>.

**433.** La problématique dépasse le seul droit des personnes. Cette ambivalence trouve une traduction théorique sur le plan des sources du droit. Elle recoupe une interrogation classique, selon laquelle la loi, parce qu'elle institue le principe même du contrat, en serait la source première. Les obligations légales et volontaires seraient ainsi difficilement différenciables<sup>1667</sup>. De la même manière, la nature contractuelle du contrat d'adhésion a été interrogée en raison de la détermination unilatérale de son contenu<sup>1668</sup>. Le droit des personnes, parce qu'il constitue un domaine particulièrement régulé par la loi et comporte de nombreuses règles impératives ou d'ordre public, constitue un terrain particulièrement fertile pour ce type d'interrogations. Ce faisant, les auteurs se sont demandé si les manifestations de volonté prévues par la loi s'inscrivaient toutes dans un cadre contractuel.

<sup>1662</sup> B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 17. Ce dont la thèse d'Alfred Coste-Floret, datant de 1935, est un témoin typique. V. A. Coste-Floret, *La nature juridique du mariage : ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1935.

<sup>1663</sup> D. Fenouillet, « La contractualisation de la famille ? », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris : LGDJ, 2004, p. 103 et s.

<sup>1664</sup> F. Bellivier, C. Noiville, *Contrats et vivant : le droit de la circulation des ressources biologiques*, préf. C. Labrusse-Riou, Paris : LGDJ, 2006.

<sup>1665</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2001, n° 00-10.151, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2020, n° 19-13.419, publié.

<sup>1666</sup> G. Deharo, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Contrat judiciaire », sept. 2017, act. oct. 2022, n° 61 ; V. Égéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. Leborgne, Paris : Defrénois : Lextenso éditions, 2010, p. 145 et s., n° 213 et s. sur « la fonction d'homologation judiciaire en droit de la famille ».

<sup>1667</sup> V. par ex., sur la classification des sources de l'obligation, C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Paris : Defrénois, 2006, n° 6 et s.

<sup>1668</sup> D. Galbois-Lehalle, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, 2020, p. 276, n° 465 et s. et p. 272, n° 458 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ : Lextenso éditions, 2013, p. 95 et s., n° 119.

Par la théorisation d'une contractualisation du droit, la doctrine s'est saisie de ces questionnements.

## 2) *La réponse : la conceptualisation d'une contractualisation du droit*

**434.** Les discours sur la contractualisation du droit des personnes et de la famille, comme ceux qui témoigneraient d'un mouvement inverse d'institutionnalisation, reposent notamment sur le consentement et les manifestations de volonté en droit. Ce faisant, ils participent à créer une conception juridique unique des consentements en droit.

**435.** La construction d'un discours autour de la contractualisation du droit s'appuie d'abord sur la « loi de Maine » et le passage « du statut au contrat ». Cette première théorisation par la doctrine fait explicitement référence à un principe développé par Henry Maine, un juriste de droit anglais du XIX<sup>e</sup> siècle notamment spécialisé en droit comparé et en histoire<sup>1669</sup>, dans son ouvrage *Ancien Law*<sup>1670</sup>. À la fin du cinquième chapitre de son ouvrage, l'auteur présente un principe général qui aurait gouverné l'évolution du droit dans les sociétés : « le mouvement des sociétés progressistes a été jusqu'ici un mouvement du Statut au Contrat »<sup>1671</sup>. Des auteurs se réfèrent aujourd'hui à ce qui est désigné comme la « loi de Maine » pour décrire le développement d'accords et de manifestations de la volonté en droit des personnes, au détriment de pures règles impératives<sup>1672</sup>.

**436.** C'est surtout l'expression de « contractualisation » qui est répandue en droit français pour désigner le rapport entre volontés individuelles et règles impératives. Davantage consacrée au droit de la famille, qui se prête plus à des accords entre deux ou plusieurs personnes comme les membres d'un couple, elle l'est tout de même également en droit des personnes, bien que

---

<sup>1669</sup> C. Lefort, *Encyclopædia Universalis*, v° « Maine sir Henry James Sumner (1822-1888) », 1999, act. 2009.

<sup>1670</sup> H.-S. Maine, *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, Londres : John Murray, 1866. Dans sa préface à la première édition de l'ouvrage, publiée en 1861, l'auteur en explique le but : « *The chief object of the following pages is to indicate some of the earliest ideas of mankind, as they are reflected in Ancient Law, and to point out the relation of those ideas to modern thought.* » (H.S. Maine, *op. cit.*, Preface to the first edition.)

<sup>1671</sup> *Ibid.*, chapitre 5 : « *The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated, which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still coloured by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.* »

<sup>1672</sup> L. Leveneur, « Introduction », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 7.

les actes y soient davantage individuels<sup>1673</sup>. Le phénomène de contractualisation a tout autant été « démystifié »<sup>1674</sup>. D'une certaine manière, les auteurs qui ont étudié le phénomène ont tendance à le relativiser, quand ceux qui se contentent de l'évoquer le présentent comme une évidence.

**437.** La contractualisation constitue un outil descriptif du droit de la famille et « nul ne conteste actuellement une certaine “contractualisation” ou “conventionnalisation” du droit des personnes et de la famille, soit pour s'en réjouir, soit pour le regretter »<sup>1675</sup>. Si cette affirmation doit être relativisée, on ne peut que constater les nombreuses présentations générales de la matière qui font référence à ce mouvement de « contractualisation », ou parfois de conventionnalisation<sup>1676</sup>. Pour en citer quelques-unes<sup>1677</sup>, Dominique Fenouillet estime que « les conquêtes progressives de l'outil contractuel “privatisent” la famille »<sup>1678</sup> et Hugues Fulchiron et Philippe Malaurie, désignant également explicitement ce phénomène de contractualisation, soutiennent qu'« individualisation et fondamentalisation du droit de la famille ouvrent de nouveaux champs à l'autonomie du sujet, donc à l'instrument qui, en droit, constitue le vecteur par excellence de cette autonomie : le contrat »<sup>1679</sup>.

Le discours autour de ce phénomène, bien répandu, avait d'ailleurs amené des spécialistes du droit de la famille à y consacrer un colloque les 3 et 4 février 2000<sup>1680</sup>, en testant notamment l'hypothèse de la contractualisation dans différents domaines du droit positif de la famille, comme le mariage, le droit des couples non mariés, la filiation, l'autorité parentale ou le droit international privé. Ce colloque marque à notre sens l'affirmation claire, dans la doctrine, d'un mouvement de contractualisation et constitue le point de départ des travaux de recherche qui

---

<sup>1673</sup> Ce qui n'empêche pas les auteurs de recourir tout de même à cette expression : v. S. Mazeaud-Leveneur, *JCl. Civil Code*, Art. 477 à 494, août 2020, n° 4 ; J. Hauser, « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *AJ fam.*, 2016, p. 460 ; Y. Favier, O. Matocq, J. Pierrot-Blondeau, « Chapitre 132 - Divorces par consentement mutuel » in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 132.24 ; J. Exbrayat, *La contractualisation en droit des personnes*, dir. J. Théron, th. dactyl Université Toulouse 1 Capitole, 2018, en particulier la première partie de cette thèse. Dans un objectif de clarté, nous nous limiterons, pour le propos qui suit, au discours autour de la contractualisation du droit de la famille.

<sup>1674</sup> Pour reprendre le terme utilisé par Pascal Ancel (P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 16).

<sup>1675</sup> J. Hauser, *loc. cit.*

<sup>1676</sup> Des auteurs se réfèrent davantage au champ lexical de la convention, qui est plus large que celui du contrat, puisque la convention produit des effets de droit et non de seules obligations. V. par ex. J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Famille », sept. 2015, act. janv. 2023, n° 314 et s. ; J. Hauser, *loc. cit.*

<sup>1677</sup> V. également, sur la « contractualisation », M. Latina, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Contrat : généralités », mai 2017, act. oct. 2023, n° 11.

<sup>1678</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, n° 25, p. 23.

<sup>1679</sup> P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023, n° 38.

<sup>1680</sup> D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, Paris : Economica, 2001.

ont suivi<sup>1681</sup>. Tous les auteurs constataient une forme de contractualisation des divers objets d'étude en droit de la famille, relativisée par ses différences avec le contrat civil, mais avec des opinions divergentes quant aux bienfaits de la place croissante qu'y occuperait le contrat. Déjà quatre ans plus tôt, Xavier Labbée s'était posé la question à propos des rapports dans le couple<sup>1682</sup>. Selon lui, « la réponse est claire : nous assistons à un phénomène de contractualisation »<sup>1683</sup>. Le mariage se serait « abaissé » au contrat<sup>1684</sup> et les couples non mariés auraient intégré le champ du droit par une « élévation » au contrat<sup>1685</sup>. Cet ouvrage constitue une des premières réflexions générales sur la contractualisation lors de l'essor du sujet, marqué par le consentement à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur en 1994<sup>1686</sup> et la qualification contractuelle du pacte civil de solidarité par la loi, lors de sa création en 1999<sup>1687</sup>.

**438.** La discussion conserve toute son actualité en droit de la famille aujourd'hui. Stéphanie Moracchini-Zeidenberg lui consacrait ainsi une longue étude en 2016 à la *Revue trimestrielle de droit civil*<sup>1688</sup>. L'ouvrage *La famille par contrat* de Daniel Borrillo<sup>1689</sup>, publié en 2018, illustre cette tendance, mais cette fois avec un parti pris peut-être plus minoritaire parmi les juristes. L'auteur, exposant une acception large du contrat, prend position pour une contractualisation de la famille, en estimant qu'elle promeut le pluralisme des modèles familiaux.

**439.** La contractualisation du droit de la famille ne désigne pas tant la nature juridique contractuelle des actes en droit de la famille. Certes, le mariage a fait l'objet de débats afin de savoir s'il constituait soit un contrat, soit une institution<sup>1690</sup>. Mais les règles qui lui sont applicables ont peu évolué, de sorte que s'il est acquis qu'il partage certains traits du contrat, il ne s'inscrit pas dans le processus évolutif de contractualisation. Le terme désigne plutôt une

<sup>1681</sup> De fait, les actes du colloque sont très fréquemment cités comme ouvrage de référence sur le sujet.

<sup>1682</sup> X. Labbée, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeneuve-d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 1996.

<sup>1683</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>1684</sup> *Ibid.*, p. 15 et s.

<sup>1685</sup> *Ibid.*, p. 111 et s.

<sup>1686</sup> L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain. Ce qui a amené Jean Hauser à parler d'« enfant conventionnel » (J. Hauser, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, p. 182). L'auteur se fondait pour cela sur ce qu'il estimait être une conventionnalisation de l'indivisibilité du lien de filiation aux articles 311-19 et 311-20 anciens qui régulaient les conséquences civiles de l'AMP avec tiers donneur. L'expression, souvent citée, s'inscrit dans ce débat général autour de la contractualisation, sans la nommer telle qu'elle.

<sup>1687</sup> L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité.

<sup>1688</sup> S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.*, 2016, p. 773.

<sup>1689</sup> D. Borrillo, *La famille par contrat*, Paris : Puf, 2018.

<sup>1690</sup> V. *supra*, n° 431.

forme d'évolution de certains pans du droit de la famille. L'explication est complexe, car les approches ne sont pas toujours les mêmes<sup>1691</sup>. Certaines figures sont ainsi souvent évoquées au soutien de l'argument de la contractualisation<sup>1692</sup>, même si des réflexions critiques peuvent venir tempérer cette qualification. Concernant les couples, deux exemples sont très régulièrement rappelés, comme le PACS, l'article 515-1 du Code civil le définissant expressément comme un contrat, ou les conventions de divorce et leur apogée en 2016 avec la création du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé<sup>1693</sup>. Plus largement, les techniques permettant de conférer une existence contractuelle au concubinage intègrent cette conception, comme les conventions (ou contrats) réglant la contribution aux charges du ménage<sup>1694</sup>. Les rapports entre les parents et leur enfant rejoindraient ce mouvement de contractualisation à travers les conventions passées entre eux et homologuées par le juge<sup>1695</sup>. La doctrine se montre en revanche plus réservée quant à l'hypothèse d'une contractualisation de la filiation<sup>1696</sup> - mais Jean Hauser a pu parler d'« enfant conventionnel » en s'appuyant sur le consentement des parents à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur<sup>1697</sup>.

**440.** La description d'une contractualisation du droit de la famille s'inscrit dans un mouvement doctrinal plus large décrivant une contractualisation de nos rapports interindividuels. L'expression de « contractualisation » a été largement popularisée en France par Alain Supiot dans une conférence du 22 février 2000<sup>1698</sup>. Le chercheur y décrit un phénomène de contractualisation de la société : le recours au contrat, tenant notamment au caractère universel du respect de la parole donnée, est concomitant à un recul de l'État et par là

<sup>1691</sup> D'ailleurs, pour Daniel Borrillo qui retient une acception assez large du contrat, on pourrait compter « la dépénalisation de l'adultère, l'égalité des enfants légitimes et naturels, le divorce par commun accord, l'égalité patrimoniale de la femme mariée, le contrôle de natalité et l'autorité parentale partagée » (D. Borrillo, *op. cit.*, p. 14).

<sup>1692</sup> V. par ex. J.-J. Lemouland, *loc. cit.*

<sup>1693</sup> Ce qui a été décrit avec beaucoup d'anticipation : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 74.

<sup>1694</sup> S. Ben Hadj Yahia, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Concubinage », oct. 2016, act. juin 2023, n° 243 ; Y. Favier, « Chapitre 143 - Effets juridiques de la vie en concubinage », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénéde (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 143.17.

<sup>1695</sup> A.-M. Leroyer, « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 154 et s. ; A. Etienney-de Sainte Marie, « Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? », *RTD civ.*, 2019, p. 9.

<sup>1696</sup> P. Murat, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 136.

<sup>1697</sup> Visant l'emprise de la volonté sur une indivisibilité du lien de filiation. V. J. Hauser, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, p. 182.

<sup>1698</sup> V. pour le texte A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 51.

même de la loi<sup>1699</sup>. Le contrat inscrirait les personnes dans des relations de pouvoir et la contractualisation serait donc synonyme d'une « reféodalisation » de la société<sup>1700</sup>. Preuve de l'ampleur du phénomène doctrinal, un projet de recherche consacré à la contractualisation est mené entre 2005 et 2008<sup>1701</sup>. Il conclut notamment que la contractualisation du droit interviendrait de deux manières. Elle agirait d'abord comme un substitut contractuel à l'unilatéralisme de l'État<sup>1702</sup>. Un changement de mode opératoire de l'action publique s'opèrerait par le choix de l'outil contractuel ou conventionnel. La contractualisation, telle que décrite par les auteurs, désigne pourtant des réalités bien plus diverses. Apparue en droit public dans les années soixante-dix<sup>1703</sup>, l'expression désigne alors le choix de recourir au contrat, plutôt qu'à l'action unilatérale, pour réguler les relations entre l'État et les collectivités<sup>1704</sup>.

En droit privé, le phénomène de contractualisation se serait développé dans les mêmes années en droit de la famille, à partir des grandes réformes de la famille puis du PACS et de la bioéthique<sup>1705</sup>. Le phénomène s'étendrait également au droit des sociétés<sup>1706</sup>, aux procédures collectives<sup>1707</sup>, au droit du travail<sup>1708</sup> ou dans le domaine de la Justice<sup>1709</sup>. La contractualisation désigne alors plus précisément la place croissante laissée à la volonté des personnes et autrefois exclusivement dévolue à la loi et à l'État.

<sup>1699</sup> V. déjà, pour une analyse du même auteur partant plus spécifiquement du droit du travail, A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles : Presses universitaires Saint-Louis, 1996, 2019, p. 631.

<sup>1700</sup> A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 51.

<sup>1701</sup> S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez, *Synthèse - Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, Mission de recherche Droit et Justice, 2014.

<sup>1702</sup> *Ibid.* En ce sens, l'idée d'une contractualisation du droit émergerait, sur le fond, à partir des années 1960 et 1970 et, dans la doctrine, à partir des années 1970 (*ibid.*, p. 2 et s.).

<sup>1703</sup> *Ibid.* p. 2 et s.

<sup>1704</sup> V. sur ce sujet « Dossier : La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », *RFDA*, 2018, p. 201 ; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 12<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2021, n° 87 et s. ; B. Huglo, *La contractualisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales*, th. dactyl. Université Panthéon-Assas, dir. Y. Gaudemet, 2014. Comme l'indique le rapport du Conseil d'État de 2007, précisément consacré à cette question, « la contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité. L'État contemporain recherche l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la “coproduction” ou la “coconstruction” de la norme publique et de l'action publique » (CE, *Rapport public 2008. [Vol. 2], Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris : La Documentation française, 2008, p. 15).

<sup>1705</sup> S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative : [actes du colloque tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille]*, Paris : Dalloz, 2008, p. 4 et s.

<sup>1706</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>1707</sup> O. Tiquant, *La contractualisation des procédures collectives*, dir. P. Le Canu, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1999.

<sup>1708</sup> C. Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris : LGDJ, 2007 ; A. Donnette-Boissière, *La contractualisation en droit du travail*, dir. P.-H. Antonmattei, th. dactyl. Université de Montpellier I, 2010.

<sup>1709</sup> C. Jarroson, P. Ancel, P. Couvrat, J. Nadal, Y. Gaudemet, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », in *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Loïc Cadiet (éd.), Paris : Puf, 2003, p. 185 ; S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *op. cit.* (deuxième partie).



La contractualisation constituerait ensuite un soutien contractuel à l'action unilatérale de l'État<sup>1710</sup> : « le contrat est mobilisé par l'État pour assurer un relais individualisé de la norme formulée »<sup>1711</sup>. L'administration a recours à ce que Judith Rochfeld a nommé des « contrats pédagogiques », c'est-à-dire « l'outil par lequel la loi, dont les caractères d'accessibilité, de lisibilité et de force contraignante auraient diminué, serait traduite en un langage plus compréhensible comme construit sur des vocables d'intérêts privés »<sup>1712</sup>. Il en irait ainsi du Plan d'aide au retour à l'emploi (PARE)<sup>1713</sup>, du contrat de responsabilité parentale<sup>1714</sup> et du contrat d'accueil et d'intégration<sup>1715</sup> mais encore, plus récemment, du contrat d'engagement républicain<sup>1716</sup>.

**441.** Le discours autour de la contractualisation fait la quasi-unanimité de la doctrine, tout en désignant des réalités différentes. Au-delà du phénomène de mode qui entoure l'expression, se développe une approche critique, peu présente dans les ouvrages généraux comme les manuels. Toutefois, le consensus qui demeure permet le développement d'un cadre d'analyse unique du consentement.

**442.** Si des auteurs soutiennent à l'inverse qu'il existerait des mouvements d'institutionnalisation plutôt que de contractualisation, leur cadre d'analyse reste pourtant identique. Selon eux, la contractualisation serait relative car elle masquerait « la spécificité des conventions passées en matière familiale »<sup>1717</sup>, qui nécessiteraient par exemple une homologation<sup>1718</sup>. Cette critique relativise le processus de contractualisation sans rejeter les

---

<sup>1710</sup> S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez, *Synthèse - Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, Mission de recherche Droit et Justice, 2008, p. 8 : « Un autre emploi du contrat semble aujourd'hui se faire jour. Ce dernier n'est plus exclusivement utilisé comme substitut à la décision unilatérale, il peut en constituer le soutien en participant à sa mise en œuvre. »

<sup>1711</sup> *Ibid.*

<sup>1712</sup> J. Rochfeld, « Le PARE ou les virtualités du “contrat pédagogique” », *RDC*, 2005, p. 257. Le contrat pédagogique est « défini, non plus comme un accord de volontés en vue de créer des effets de droit, mais comme l'adhésion de la volonté à des droits et obligations existants aux fins de prise de conscience ».

<sup>1713</sup> *Ibid.*

<sup>1714</sup> J. Rochfeld, « Contrat de responsabilité parentale », *RTD civ.*, 2006, p. 395.

<sup>1715</sup> J. Rochfeld, « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », *RDC*, 2008, p. 193.

<sup>1716</sup> D. Hiez, « Le contrat d'engagement républicain : l'approfondissement d'une figure connue », *RTD com.*, 2022, p. 103.

<sup>1717</sup> S. Fulli-Lemaire, « La privatisation du droit de la famille (The Privatization of Family Law) », in *La sphère privée*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2016, p. 143.

<sup>1718</sup> *Ibid.* Cela rejoint par exemple les critiques de Françoise Dekeuwer-Défossez. V. F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 67 ; v. aussi F. Dekeuwer-Défossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Paris : LGDJ, 2007, p. 167.

termes mêmes du débat qui reposent sur le contrat. Il a également été affirmé qu'il existerait un mouvement inverse à la contractualisation, c'est-à-dire une réduction de la place de la volonté au profit d'un retour vers des normes impératives. On peut alors parler d'« institutionnalisation » ou de mouvement « du contrat au statut ». Le PACS, qualifié légalement de contrat<sup>1719</sup>, illustrerait cette tendance en droit français. Dès la décision du Conseil constitutionnel de 1999, le PACS se serait éloigné du simple contrat et « matrimonialisé »<sup>1720</sup>, dynamique renforcée par son inscription à l'état civil depuis 2006<sup>1721</sup>. Le phénomène s'expliquerait par la fonction de reconnaissance associée au statut<sup>1722</sup>. Le PACS témoignerait ainsi d'une « institutionnalisation du couple non marié » et d'une « désinstitutionnalisation du mariage »<sup>1723</sup>. Cette réflexion se retrouve en droit comparé. Il existerait « mouvement pendulaire » entre contrat et statut, la gestation pour autrui et les partenariats entre personnes de même sexe représentant deux exemples de passage du contrat au statut<sup>1724</sup>.

Ces critiques participent tout autant de la construction d'une conception unique du consentement car elles raisonnent à partir du contrat et du statut ou de l'institution. Les auteurs ne rejettent pas ce champ lexical et naviguent entre ces deux bornes<sup>1725</sup>. Ces positions ne sont pas unanimes : le terme a été critiqué d'autant qu'il n'existerait pas de contrat à proprement parler dans nombre de situations<sup>1726</sup>. Il reste que le vocabulaire de la contractualisation est aujourd'hui dominant en droit français et qu'il est fondamentalement lié à la volonté individuelle, incluant bien souvent les consentements.

**443.** Ces discours doctrinaux sur la contractualisation du droit de la famille reposent en effet sur le consentement ou la promotion de la volonté individuelle des personnes. Ce renvoi participe à la construction de l'unicité du consentement.

<sup>1719</sup> C. civ., art. 515-1.

<sup>1720</sup> S. Fulli-Lemaire, « La privatisation du droit de la famille (The Privatization of Family Law) », in *La sphère privée*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2016, p. 143. L'auteur reprend ici une expression de Nicolas Molfessis.

<sup>1721</sup> *Ibid.*

<sup>1722</sup> *Ibid.*

<sup>1723</sup> D. Laszlo-Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 83.

<sup>1724</sup> Ces observations sont formulées dans les remarques générales d'un ouvrage offrant une perspective comparée sur la contractualisation du droit de la famille : F. Swennen, « Private Ordering in Family Law: A Global Perspective », in *Contractualisation of family law: global perspectives*, F. Swennen (dir.), Cham ; Heidelberg ; New York [etc.] : Springer, 2015, p. 52.

<sup>1725</sup> Même s'ils emploient parfois d'autres expressions comme celle de « privatisation ».

<sup>1726</sup> Franck Swennen relève ces critiques. On serait plutôt face à de l'« intention » ou de l'« autonomie » plutôt qu'un contrat. L'auteur prend ainsi ses distances avec le terme de « contractualisation » et préfère alors désigner ce phénomène par les idées de « private ordering », « agreement », « pact » ou « domestic contract ». F. Swennen, *loc. cit.*, p. 53 et s.

**444.** Les discours généraux sur la contractualisation font la part belle au consentement. Alain Supiot commençait ainsi sa conférence sur la contractualisation de la société, en affirmant que « dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants, que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie »<sup>1727</sup>. Près de vingt ans plus tard, Daniel Borrillo concluait qu'« au familialisme patriarcal, la théorie du contrat oppose la possibilité de construire des relations, des solidarités et des engagements fondés sur le consentement libre des intéressés »<sup>1728</sup>.

**445.** La contractualisation du droit de la famille serait prouvée par la place croissante offerte aux accords de volonté et au pouvoir de la volonté individuelle<sup>1729</sup>, le contrat permettant l'autonomie de l'individu<sup>1730</sup>. C'est ce qui réunit le PACS, un contrat selon l'article 515-1 du Code civil, les conventions relatives à l'autorité parentale<sup>1731</sup>, la convention de divorce extrajudiciaire<sup>1732</sup> et exclut la plupart des règles régissant la filiation. Il a d'ailleurs suffi d'introduire une dose de consentement dans l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une AMP, pour ajouter un exemple de plus, selon un auteur, à la contractualisation de la famille<sup>1733</sup>. Inversement, la filiation adoptive est plus rarement évoquée au soutien d'un mouvement de contractualisation de la famille, malgré les consentements pourtant requis par la loi. Elle semble en effet suivre un mouvement contraire. Alors qu'elle constituait initialement un acte homologué par le juge<sup>1734</sup>, sa judiciarisation a été croissante et les consentements des parties ont été dissociés chronologiquement<sup>1735</sup>. L'adoption ouverte, qui permet un choix de l'adoptant, n'est en outre pas permise en France<sup>1736</sup>. La relativisation de la contractualisation du droit de la

<sup>1727</sup> A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 51.

<sup>1728</sup> D. Borrillo, *La famille par contrat*, Paris : Puf, 2018.

<sup>1729</sup> V. par ex. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative : [actes du colloque tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille]*, Paris : Dalloz, 2008, p. 11 ; L. Leveneur, « Introduction », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 1 et s. ; J. Exbrayat, *La contractualisation en droit des personnes*, dir. J. Théron, th. dactyl Université Toulouse 1 Capitole, 2018 ; de manière critique, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, Paris : Economica, 2001, p. 103 et s., qui montre que le phénomène de contractualisation se fonde sur la place croissante des accords de volonté, tout en rejetant la qualification contractuelle.

<sup>1730</sup> P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023, n° 38.

<sup>1731</sup> C'est-à-dire « la convention par laquelle ils [les parents] organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » (C. civ., art. 373-2-7).

<sup>1732</sup> C. civ., art. 229-1 et s.

<sup>1733</sup> J. Hauser, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, p. 182.

<sup>1734</sup> C. civ., art. 353 et 354.

<sup>1735</sup> V. par ex., qui montre ce processus, P. Murat, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 137

<sup>1736</sup> *Ibid.* p. 144 et s.

famille ne repose pas sur la faible place des consentements, mais plutôt sur le champ large de l'ordre public en droit de la famille ou la faible force obligatoire des conventions conclues.

Autrement dit, l'idée de contractualisation résulte du constat que le droit de la famille offrirait désormais une plus grande liberté aux personnes, une possibilité de choix de sa situation, alternative à l'unilatéralisme étatique prédominant jusqu'alors. Elle matérialise dans les situations dans lesquelles la personne exprime sa volonté, c'est-à-dire, dans bien des cas, où son consentement est formellement exigé. Dès lors, les consentements sont, pour la plupart, aspirés dans une analyse contractuelle.

**446.** Certes, le consentement n'est pas toujours expressément visé et le champ de la contractualisation du droit de la famille ne repose pas que sur les manifestations de volonté. Par exemple, l'analyse du mariage entre contrat et institution se rapporte aussi à l'intervention de l'État et n'est pas limitée au constat d'une liberté des futurs époux. Il demeure que les consentements sont perçus au sein du cadre de réflexion de la contractualisation. En raison de l'idée de liberté et d'autonomie qui les accompagne, les actes conditionnés par des consentements sont perçus comme se rattachant au mouvement de contractualisation qui leur confère un cadre unique. Une telle association est en particulier rendue possible par le moule que constitue la contractualisation : quand il y a du consentement, c'est *a priori* une forme de contrat - ou de convention. Autrement dit, l'intervention de la volonté individuelle, parfois exprimée par un consentement, mène à la figure du contrat. Même si la qualification contractuelle a été contestée parmi la doctrine, l'effet demeure le même : le consentement est associé au contrat en droit des personnes et de la famille.

**447. Conclusion de la Section 2.** Un ensemble de facteurs contextuels a conduit la doctrine à répondre aux problématiques posées par le consentement à travers une théorie générale contractuelle. Le droit des personnes comme le consentement sont appréhendés dans un cadre civiliste où le contrat occupe une place prédominante. Le droit des personnes a été conçu historiquement comme une discipline relevant du droit civil. Quant au consentement, le réflexe d'association au contrat permis par le cadre civiliste se poursuit dans les analyses d'une contractualisation du droit des personnes. Il faut ainsi prendre du recul sur nombre de constructions civilistes pour pouvoir observer ce phénomène.

**448. Conclusion du Chapitre 1.** Les consentements comportent des caractéristiques communes indéniables : ce sont des manifestations de volonté, qui conditionnent des actes en

droit des personnes et qui sont entourées de règles relatives à leur intégrité. À cela s'ajoutent les nombreuses propositions doctrinales en faveur d'une approche commune des consentements, que ce soit sous forme d'un contrat ou d'un acte juridique. Les consentements intégreraient un système autonome préexistant. Cette manière de percevoir les consentements doit être contextualisée. Proposer une conceptualisation par des théories générales construites autour du contrat ou de l'acte juridique ne constitue pas une évidence. À l'inverse, cette manière de concevoir le droit est le produit d'une réflexion civiliste. Les méthodes et les outils des juristes civilistes favorisent en effet une telle approche. Le consentement est associé au contrat à la fois parce qu'il en est une condition importante et parce que le contrat représente une figure centrale du droit civil. Les juristes qui s'intéressent au consentement ou aux manifestations de volonté en droit des personnes vont naturellement se retourner vers des cadres de pensée liés à leur formation de droit privé, si ce n'est civiliste. Contextualiser ces évidences permet de prendre du recul. Une fois ce travail accompli, les limites de l'analyse civiliste apparaissent plus clairement.

## **Chapitre 2**

### **Les limites de l'analyse civiliste**

**449.** Les limites de l'analyse civiliste apparaissent rapidement. Si ce cadre épistémologique est séduisant, sa contextualisation montre qu'il est loin d'être évident. La diversité des consentements met en effet en relief les limites du cadre épistémologique offert par l'analyse civiliste classique. Plus qu'une notion conceptualisable à travers un système juridique, le consentement doit en effet être vu dans sa diversité, qui s'exprime à plusieurs niveaux.

La théorie générale est d'abord confrontée à la diversité des règles encadrant le consentement. Sur le plan théorique, la très grande diversité des consentements met à mal les théories générales. Il s'avère en effet que le consentement recouvre plusieurs réalités. Or, la diversité des représentations qui sont faites du consentement mérite d'être prise en compte.

**450.** La théorie générale est confrontée à la diversité des règles de droit encadrant les consentements (**Section 1**) et à la diversité des notions de consentement (**Section 2**).

#### **Section 1. L'illusion d'une théorie générale face à la diversité des règles encadrant les consentements**

**451.** Les règles applicables aux consentements sont tellement nombreuses qu'on doit bien reconnaître une diversité des consentements. Cette diversité remet en cause l'unité du consentement au fondement d'une potentielle théorie générale. Face à ce constat, les théories doctrinales sont donc mises à l'épreuve et doivent être rejetées. Elles ne résistent pas à la diversité des consentements.

**452.** La diversité des règles encadrant les consentements en droit positif (§1) remet en cause les tentatives d'élaborer une théorie générale des consentements (§2).

#### **§1. La diversité des règles encadrant les consentements**

**453.** La diversité des règles applicables aux consentements remet en cause l'analyse civiliste qui reposait, à l'inverse, sur leur unité. Les caractéristiques communes entre les différents consentements ne suffisent pas à établir une homogénéité suffisante pour établir une théorie

générale, *a fortiori* reposant sur le contrat ou l'acte juridique. La tentation d'établir un système cohérent de règles applicables aux consentements se trouve ainsi freinée par la simple observation des règles juridiques. Ce constat peut être formulé à partir de l'épistémologie même qui justifiait la théorie générale. Les nécessités du formalisme juridique justifieraient que « toute identité de nature implique une identité de régime et [...] toute différence de nature implique une différence de régime »<sup>1737</sup>. Cette affirmation poursuit l'objectif de cohérence du système juridique<sup>1738</sup>. Or, force est de constater que ce principe n'est pas vérifié s'agissant du consentement. Du côté de la notion, d'autres termes proches du consentement en comportent les mêmes éléments communs. Il est bien difficile de les différencier et on constate une diversité. Du côté du régime, une grande diversité de règles est applicable aux consentements. Cette pluralité résulte des différences importantes entre les actes conditionnés par les consentements. La diversité des contextes dans lesquels un consentement est requis en droit des personnes justifie la diversité des règles qui lui sont applicables. La diversité des consentements sur le plan technique ne manque pas d'être remarquée par les juristes. Si le constat peut être lié à des considérations de fait<sup>1739</sup>, il l'est aussi au regard des domaines bien différents dans lesquels les consentements sont exigés et donnés. La différence de régime juridique du consentement selon les branches du droit témoignerait de l'absence d'unité d'un concept de consentement<sup>1740</sup>.

<sup>1737</sup> J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255.

<sup>1738</sup> F. Rouvière, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », in *Le droit entre autonomie et ouverture : mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, S. Cimamonti, L. Tranchant, J.-Y. Chérot, J. Trémeau (dir.), Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 415.

<sup>1739</sup> Samuel François soutient la possibilité d'une diversité des consentements en droit car certains d'entre eux manqueraient d'une volonté effective et s'éloigneraient de la notion de consentement (S. François, « Les métamorphoses du consentement en droit privé », in *Consentement et droit public : actes de la journée d'étude du département de droit public de l'école doctorale de l'École de droit de la Sorbonne organisée le 22 septembre 2020*, L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, p. 33). L'auteur fait remarquer qu'en général en droit, « certains consentements présentent une telle originalité qu'ils s'éloignent maximale du domaine civiliste du consentement puisqu'ils ne sont pas l'expression d'une volonté subjective effective » (*ibid.*, p. 41). S'appuyant sur les consentements de la personne morale et de l'internaute, il conclue son propos ainsi : « un consentement sans volonté : voilà qui achève de faire voler en éclats la conception unitaire du consentement en droit privé » (*ibid.*, p. 45).

<sup>1740</sup> M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotive-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 875 : « Enfin, la confrontation de tout ce que nous avons évoqué jusque-là avec la manière dont le droit régit le consentement dans le domaine psychique a permis de démontrer, de manière définitive, à quel point le régime juridique du consentement est différencié suivant les domaines du droit considérés. Il bénéficie ainsi d'un régime complètement dérogatoire et sans justification aucune dans certaines matérialisations objectives du phénomène religieux. Il en va ainsi s'agissant par exemple de la circoncision, sans que de tels choix soient toujours cohérents avec le reste des objections évoquées. De même, dans le domaine politique, on observe qu'une plus grande liberté est à l'œuvre, même si cette dernière varie suivant le public considéré. Dès lors, on peut affirmer que le consentement ici décrit n'est pas le même que le consentement en droit civil, ni le même qu'en droit constitutionnel, ou en droit de la santé, et ainsi de suite. On fait donc face à une multiplicité de consentements, et non à un concept unique. Cette versatilité pourrait paraître, au premier abord, protectrice de la subjectivité juridique. Pourtant, force est de constater que, quel que soit le domaine considéré, la subjectivité est trop souvent le parent pauvre de la réflexion, et est quasi-systématiquement présentée amputée de sa dimension émotionnelle. »

La diversité des domaines des consentements justifierait le rejet de l'hypothèse d'une théorie générale du consentement<sup>1741</sup>.

**454.** La diversité des consentements sur le plan théorique s'appuie au départ sur des constats opérés en droit positif. Les différences entre les consentements se retrouvent tant au niveau de leur qualification (A) que de leur régime (B).

#### A. Des qualifications différentes

**455.** La diversité des consentements en droit positif est d'abord attestée par la porosité des qualifications des manifestations de volonté. Il a été montré que tous les consentements constituent des manifestations de volonté<sup>1742</sup>. Pour autant, des manifestations de volonté autres que le consentement peinent à s'en différencier. Quatre termes figurant dans la définition du consentement du *Vocabulaire Cornu*<sup>1743</sup> et comme synonymes du consentement<sup>1744</sup> sont également utilisés en droit des personnes : l'acceptation (1), l'accord (2), l'autorisation (3) et l'adhésion (4). Ils comportent tous sauf le dernier les mêmes éléments essentiels que les consentements : une manifestation de volonté, qui constitue une condition légale et comporte des caractéristiques essentielles similaires.

##### 1) *L'acceptation*

**456.** Si l'acceptation représente, en droit des contrats, « la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre »<sup>1745</sup>, elle a également une acception en droit des personnes en dehors de tout contrat. D'ailleurs, le *Vocabulaire Cornu* lui confère un deuxième sens en droit civil : une « manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne consolide un droit que la loi ou la volonté de l'homme lui accorde sous une faculté d'option »<sup>1746</sup>. Certaines acceptations prévues en droit des personnes s'inscrivent dans un cadre

---

<sup>1741</sup> « La diversité des fondements juridiques, la succession de lois intervenant à des époques différentes et dans des domaines variés, ainsi que les ambivalences des ordres de juridiction, pénale, civile, ou administrative, rendent assez aléatoire la construction d'une théorie générale juridique du consentement. » (M. Marzano, *Je consens, donc je suis... : Éthique de l'autonomie*, Paris : Puf, 2006, p. 1-13, note de bas de page n° 4.)

<sup>1742</sup> V. *supra*, n° 371 et s.

<sup>1743</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2020.

<sup>1744</sup> CRISCO, *Dictionnaire électronique des synonymes*, en ligne : <https://crisco4.unicaen.fr/des/>, v° « Consentement ».

<sup>1745</sup> C. civ., art. 1118 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1746</sup> G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v° « Acceptation », p. 9.



contractuel, comme pour la gestation pour autrui<sup>1747</sup>. C'est pourtant davantage le deuxième sens qui lui est conféré dans le « divorce accepté »<sup>1748</sup>. Encore, en cas de recherches impliquant des mineurs non émancipés, des majeurs protégés ou des majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection, il est prévu que « leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche impliquant la personne humaine est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation »<sup>1749</sup>. L'acceptation ne s'inscrit pas dans un contrat où elle répondrait à une offre, mais s'entend plutôt en écho à l'adhésion à laquelle l'article fait référence.

**457.** Dans ces deux exemples, l'acceptation constitue une manifestation de volonté de la personne qui, même si cela n'est pas aussi explicite que pour les consentements, conditionne un acte - le divorce ou l'acte médical. Les caractéristiques essentielles de ces acceptations sont trouvées dans la loi. Pour le divorce accepté, le juge prononce le divorce « s'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord »<sup>1750</sup>. Quant à l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique, son alinéa premier prévoit une information adaptée de la personne concernée.

**458.** Le rapport entre l'acceptation non contractuelle et le consentement n'est lui-même pas évident. Dans le premier cas, l'« acceptation » est ensuite désignée par le mot « accord », preuve d'une interchangeabilité des termes. La différence avec le consentement mutuel résulte peut-être de l'absence d'accord entre les deux époux mais aussi de la désignation, par l'acceptation, d'une volonté individuelle de rupture. Si le recours au terme d'acceptation permet de différencier ce cas de divorce avec le divorce par consentement mutuel, il n'explique pas la différence entre l'acceptation et le consentement. Dans le second cas, l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique marque la différence entre l'adhésion et l'acceptation de la personne vulnérable d'un côté, et le consentement proprement dit, condition obligatoire pour les recherches biomédicales<sup>1751</sup> de l'autre. L'article L. 1122-2 II et III prévoit en effet des règles spécifiques sur le consentement. On comprend donc que le recueil du consentement s'entend d'une obligation légale plus générale alors que l'adhésion ou l'acceptation participerait de

---

<sup>1747</sup> L'article 227-12 du Code pénal punit « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre ».

<sup>1748</sup> C. civ., art. 233, c'est-à-dire quand « les époux [...] acceptent le principe de la rupture du mariage ».

<sup>1749</sup> CSP, art. L. 1122-2, al. 2.

<sup>1750</sup> C. civ., art. 234.

<sup>1751</sup> CSP, art. L. 1122-1-1.

dispositions propres à la volonté de la personne vulnérable. Il reste que la différence concrète entre les deux termes n'en est pas plus évidente.

## 2) *L'accord*

**459.** De la même manière, l'accord n'est pas toujours bien différencié du consentement. Le terme d'« accord » comporte certes une première acception selon laquelle il constituerait une « rencontre de deux volontés »<sup>1752</sup>. L'accord correspondrait donc à la première acception du consentement comme rencontre des volontés plutôt que comme volonté prise isolément. Or, fréquemment, l'accord désigne tout autant une manifestation de volonté unilatérale : une forme d'« assentiment donné à une proposition »<sup>1753</sup>. Dans cette acception, l'accord comporte les mêmes éléments essentiels que le consentement. Le Code civil<sup>1754</sup>, le Code pénal<sup>1755</sup> ou encore le Code de la santé publique<sup>1756</sup> recourent souvent à ce terme et deux dispositions l'illustrent.

---

<sup>1752</sup> Selon le premier sens que lui donne le *Vocabulaire Cornu* (G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v° « Accord », p. 13). V. par ex., C. civ., art. 215 al. 2 : « la résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord » ; C. civ., art. 229-1 : « lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 » ; ou encore les accords relatifs à l'autorité parentale (C. civ., art. 373-2-11, 1°) ou la rupture du PACS « d'un commun accord » (C. civ., art. 515-7 al. 4).

<sup>1753</sup> Selon le deuxième sens que lui donne le *Vocabulaire Cornu* (G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v° « Accord », p. 13). Dans certains cas, l'« accord » semble tout à la fois désigner l'entente de deux personnes et un accord individuel opéré par l'une d'elles. Cette hypothèse est illustrée par la conservation du nom d'usage après le divorce, en cas d'accord l'ex-époux (C. civ., art. 264, al. 2). D'un côté, l'accord de l'ex-époux, tel que présenté dans les textes, se traduit comme une manifestation de volonté unilatérale : c'est la personne dont le nom de famille va être utilisé comme nom d'usage par son ex-conjoint qui le permet. En ce sens, des ouvrages parlent d'« autorisation » (P.-J. Claux et al., *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2021, p. 508 et s. ; D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 238, n° 268 ; S. Mazeaud-Leveneur, *JCl. Civil Code*, Art. 211 à 226, nov. 2018, n° 18) et des décisions judiciaires d'« autorisation » mais aussi de « consentement » (CA Pau, 24 févr. 2015, no 13/03606) ou « d'acte positif démontrant une [...] volonté » (CA Reims, 27 févr. 2009, n° 07/02447). De l'autre, cet « accord » répond à un souhait du conjoint qui aimerait garder son nom d'usage et correspond à la rencontre des volontés des deux époux sur ce point. Cette deuxième approche trouve un écho procédural, puisque les époux intégreront une stipulation relative au nom à la convention de divorce par consentement mutuel ou, hors consentement mutuel, à une convention homologuée par le juge, mais pourront aussi matérialiser cet accord dans des conclusions concordantes ou dans un acte non-authentique suivi d'un « donner acte » par le juge (sur ces solutions, v. P.-J. Claux et al., *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2021, p. 373 et s.). Cet exemple illustre la porosité des termes relatifs aux manifestations de volonté. On pense aussi à l'exercice en commun de l'autorité parentale (C. civ., art. 372), l'article 372-2 du Code civil mentionnant l'« accord » de l'autre parent, qui peut se lire dans la même dualité d'acception.

<sup>1754</sup> V. aussi art. C. civ., art. 16-11, al. 6 (identification par empreintes génétiques après la mort d'une personne), C. civ., art. 234 (divorce accepté), C. civ., art. 348-4 (accord du conseil de famille des pupilles de l'État au choix de l'adoptant par le tuteur), C. civ., art. 377 al. 3 (accord du tiers candidat à la délégation de l'autorité parentale à la saisine du juge par le ministère public), C. civ., art. 510 (communication par le juge du compte de gestion de la personne protégée à certains de ses proches), C. civ., art. 515-10 al. 1<sup>er</sup> (accord de la personne en danger à la saisine du juge par le ministère public pour la délivrance d'une ordonnance de protection).

<sup>1755</sup> C. pén., art. 226-2-1, al. 2.

<sup>1756</sup> V. aussi CSP, art. L. 1141-1 et art. L. 2112-1.

**460.** L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne décédée ou hors d'état de manifester sa volonté peut être réalisé pour des raisons de santé dans l'intérêt de la famille<sup>1757</sup>. En l'absence d'opposition de la personne à examiner, le médecin doit informer les membres de la famille et « il leur précise qu'ils peuvent accepter ou refuser par écrit la réalisation de l'examen mentionné au I du présent article et qu'il suffit que l'un des membres ait donné son accord pour que cet examen soit réalisé »<sup>1758</sup>. L'accord constitue ici un synonyme du terme d'acceptation, auquel il fait référence. Il répond également aux trois éléments communs des consentements. Il s'agit de « donner » un accord et par écrit<sup>1759</sup>, de sorte qu'il constitue une manifestation de volonté. L'accord d'au moins un des membres de la famille conditionne l'examen des caractéristiques génétiques. Enfin, si l'accord ne doit pas être « libre et éclairé » ou non vicié, il est précédé d'une information : « le médecin informe les membres de la famille potentiellement concernés dont il possède les coordonnées qu'il estime plausible l'existence d'une telle anomalie génétique »<sup>1760</sup>. L'accord ne s'inscrit d'ailleurs pas en opposition avec le terme de consentement. Lorsque la personne examinée le peut, elle doit donner son consentement à l'examen de ses caractéristiques génétiques<sup>1761</sup>. Les termes d'accord ou d'acceptation seraient donc plutôt employés pour les membres de la famille, quand celui de consentement le serait pour la personne examinée.

**461.** L'article 388 du Code civil encadre le recours aux examens radiologiques osseux qui permettent de déterminer l'âge d'une personne, le plus souvent un mineur non accompagné. Ces examens, « en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé »<sup>1762</sup>. Ici encore, les éléments communs aux consentements sont présents. L'accord est « recueilli » et constitue ainsi une volonté extériorisée vers un tiers qui la reçoit. L'accord conditionne l'examen radiologique. En outre, si aucune disposition relative à son intégrité n'est prévue, le Conseil constitutionnel a estimé que ce consentement devait être « éclairé » et obtenu dans une langue que comprend la personne qui le donne<sup>1763</sup>. Les trois critères relatifs au consentement sont donc réunis. Le Conseil constitutionnel interchange

---

<sup>1757</sup> CSP, art. L. 1130-4, al. 1<sup>er</sup> : « [...] dans l'intérêt des membres de sa famille potentiellement concernés dès lors qu'un médecin suspecte une anomalie génétique pouvant être responsable d'une affection grave justifiant de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins ».

<sup>1758</sup> CSP, art. L. 1130-4, al. 4.

<sup>1759</sup> L'accord faisant référence à l'acceptation qui doit être donnée par écrit.

<sup>1760</sup> CSP, art. L. 1130-4, al. 3.

<sup>1761</sup> En application des articles 16-10 et 16-11 du Code civil, comme le rappelle l'article L. 1130-1 du Code de la santé publique.

<sup>1762</sup> C. civ., art. 388 al. 2.

<sup>1763</sup> Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, *M. Adama S.*, n° 10.

d'ailleurs les termes d'accord et de consentement, dans l'examen de la conformité du texte à la Constitution, estimant que « cet examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend »<sup>1764</sup>. Cette confusion pourrait s'expliquer par le domaine d'application de la règle de droit car la technique d'imagerie médicale s'inscrit en principe dans un domaine médical où le terme « consentement » est répandu.

**462.** L'accord, comme le consentement, peut refléter les deux réalités de l'expression d'une volonté et de la rencontre des volontés. On le sent, peut-être plus que pour le consentement, lorsqu'on étudie l'usage du terme d'accord. Employé pour désigner une manifestation unilatérale de volonté, sa proximité avec le terme de « consentement » est prégnante, des acteurs juridiques opérant eux-mêmes une confusion.

### 3) *L'autorisation*

**463.** De prime abord, l'autorisation pourrait être le terme qui se distingue le plus du consentement. Il porte en effet une spécificité, celle de l'autorité, dont il est dérivé<sup>1765</sup>. Pourtant, les éléments communs aux consentements se retrouvent dans les règles applicables aux autorisations.

**464.** L'autorisation se retrouve à de multiples reprises en droit des personnes : autorisation du juge des libertés et de la détention pour l'identification d'une personne décédée inconnue<sup>1766</sup>, absence d'autorisation pour les demandes relatives à la nationalité après l'âge de seize ans<sup>1767</sup> et autorisation par le Gouvernement de la perte de la nationalité française<sup>1768</sup>, autorisation ministérielle pour un mariage à distance en cas de guerre ou d'opération militaire<sup>1769</sup>, autorisation du mariage des mineurs par le juge des tutelles<sup>1770</sup>, autorisation de justice pour effectuer des actes sans le concours ou le consentement du conjoint<sup>1771</sup> ou encore autorisation

---

<sup>1764</sup> *Ibid.* La même confusion entre consentement et accord se retrouve dans une décision du Conseil constitutionnel sur l'accord au sens de l'article 226-2-1 du Code pénal : Cons. const., 30 sept. 2021, n° 2021-933 QPC, *Mme Saadia K.*, n° 5.

<sup>1765</sup> A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 23e éd., t. 1, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, v° « Autorité », p. 246-247.

<sup>1766</sup> C. civ., art. 16-11, al. 8.

<sup>1767</sup> C. civ., art. 17-3 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1768</sup> C. civ., art. 23-4 al. 2.

<sup>1769</sup> C. civ., art. 96-1 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1770</sup> C. civ., art. 160 al. 2.

<sup>1771</sup> C. civ., art. 217.

du juge à conserver le nom d'usage de l'ex-époux après le divorce<sup>1772</sup>. En droit biomédical, on retrouve aussi l'autorisation de mener des recherches impliquant une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique<sup>1773</sup>, les autorisations d'absence de l'employeur de la donneuse de gamètes<sup>1774</sup> ou les autorisations de sortie de personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement<sup>1775</sup>. Par ailleurs, l'article 226-22 du Code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende « le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir ».

**465.** Le terme d'autorisation est fréquemment employé dans les dispositions relatives à l'enfant : autorisation de sortie du territoire de l'enfant qui n'est pas accompagné signée par un titulaire de l'autorité parentale<sup>1776</sup>, autorisation des deux parents prévue par le juge pour la sortie de l'enfant du territoire<sup>1777</sup>, autorisation par le juge de l'hébergement du mineur par un service dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative<sup>1778</sup>, autorisation du juge des enfants pour l'émancipation par les parents de l'enfant bénéficiaire d'une mesure d'assistance éducative<sup>1779</sup>, autorisation par le conseil de famille de l'action en justice du tuteur relativement aux droits extrapatrimoniaux du mineur<sup>1780</sup>, recherches biomédicales impliquant un mineur<sup>1781</sup>.

L'autorisation figure également dans les règles relatives aux majeurs protégés : autorisation par le juge ou le conseil de famille d'une décision du tuteur ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée<sup>1782</sup>, autorisation du juge pour que la personne sous curatelle accomplisse seule un acte lorsque le curateur refuse son assistance<sup>1783</sup>, autorisation par le conseil de famille de l'action en justice du tuteur relativement

---

<sup>1772</sup> C. civ., art. 264 al. 2.

<sup>1773</sup> CSP, art. L. 1122-2, al. 13.

<sup>1774</sup> CSP, art. L. 1244-5.

<sup>1775</sup> CSP, art. L. 3211-11-1.

<sup>1776</sup> C. civ., art. 371-6.

<sup>1777</sup> C. civ., art. 376-2-6 al. 3.

<sup>1778</sup> C. civ., art. 375-2 al. 2.

<sup>1779</sup> C. civ., art. 375-7 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1780</sup> C. civ., art. 408, al. 2.

<sup>1781</sup> CSP, art. L. 1122-2, al. 6 et 8.

<sup>1782</sup> C. civ., art. 459, al. 3.

<sup>1783</sup> C. civ., art. 469, al. 3.

aux droits extrapatrimoniaux de la personne protégée en tutelle<sup>1784</sup>, autorisations pour certains actes relatifs au patrimoine du majeur sous tutelle<sup>1785</sup>, autorisation de l'acte médical par la personne représentant la personne protégée qui n'est pas apte à exprimer sa volonté<sup>1786</sup>, autorisation par le juge ou le conseil de famille de la désignation d'une personne de confiance par la personne protégée avec mesure de représentation<sup>1787</sup> et de la rédaction de directives anticipées<sup>1788</sup>, autorisation de recherches impliquant certains majeurs protégés<sup>1789</sup>.

**466.** Les éléments communs aux consentements se retrouvent en matière d'autorisation. Ces autorisations conditionnent toujours l'accomplissement d'un acte ou d'une action. Elles sont émises par des personnes qui expriment, à cette occasion, leur volonté, celle d'autoriser un acte. En tant que condition légale, l'autorisation doit être exprimée par une personne pour que l'acte soit permis. Ces autorisations ne sont certes pas liées en elles-mêmes à un devoir d'information, ne doivent pas être éclairées et ne sont pas soumises, dans les textes, au régime des vices du consentement. Mais cela peut se justifier par leurs spécificités, car elles sont parfois liées à une déclaration de volonté, elle-même informée, émise par une autre personne et que l'autorisation finalise ou complète. Surtout, ces autorisations émanent d'autorités, comme un juge ou un parent qui, par leur statut au regard de l'acte accompli, n'ont parfois pas besoin d'être informées.

**467.** Les spécificités de l'autorisation marquent leur différence au regard du consentement, mais il s'agit toutefois d'une frontière bien précaire. L'autorisation n'est pas tant différente du consentement qu'elle n'en est plus précise et spécifique. Premièrement, certaines autorisations en droit des personnes sont exprimées au regard d'un acte qui aurait pu, dans d'autres circonstances, être accompli sans. C'est le cas des autorisations relatives aux personnes protégées et aux mineurs : le juge autorise un acte du tuteur ou de la personne protégée, qu'une personne sans cette mesure de protection aurait accompli seule. Par exemple, la faculté de rédiger des directives anticipées est ouverte à toute personne majeure<sup>1790</sup> ; ces directives « expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie [...] »<sup>1791</sup>. Le juge autorise

---

<sup>1784</sup> C. civ, art. 408, al. 2.

<sup>1785</sup> C. civ, art. 505 et s.

<sup>1786</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 8.

<sup>1787</sup> CSP, art. L. 1111-6, al. 5.

<sup>1788</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 7.

<sup>1789</sup> CSP, art. L. 1122-2, al. 12.

<sup>1790</sup> CSP, art. L. 1111-11 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1791</sup> CSP, art. L. 1111-11 al. 1<sup>er</sup>.

seulement la personne protégée avec représentation à rédiger ces directives, où elle manifestera sa volonté. Deuxièmement, les autorisations émanent d'une personne qui a une autorité particulière : le juge, le tuteur ou le curateur. Cela représente une spécificité par rapport au consentement, qui peut émaner de toute personne. Cette particularité pourrait justifier l'absence de dispositions particulières quant aux caractéristiques de l'autorisation. Le juge, comme la personne désignée pour accompagner une personne vulnérable, pourraient être considérés comme dotés de capacités de discernement dispensant d'exigences relatives à l'intégrité de l'autorisation.

#### 4) *L'adhésion*

**468.** L'adhésion est définie par le *Vocabulaire Cornu* comme l'« acte unilatéral par lequel une personne se rallie à une situation juridique déjà établie [...] en devenant, le plus souvent, membre d'un groupe préexistant, ou partie à un accord dont elle n'était pas, à l'origine, signataire » ou bien l'« assentiment personnel donné à un projet d'acte ou d'opération préparé par d'autres »<sup>1792</sup>. Elle a pris pour sens « consentement » ou « approbation » au début du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1793</sup>. Le terme figure dans des domaines spécifiques du droit, comme le droit international<sup>1794</sup> ou le droit commun des contrats<sup>1795</sup>.

En droit des personnes, le terme d'adhésion est employé moins fréquemment que les autres termes proches du consentement, mais il semble utilisé dans une acception proche. Ainsi, une recherche biomédicale impliquant « les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ou les majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement et qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection juridique », nécessite que ces derniers soient « consultés dans la mesure où leur état le permet » et que « leur adhésion personnelle en vue de leur participation à la recherche impliquant la personne humaine » soit « recherchée »<sup>1796</sup>. En matière d'assistance éducative, le

---

<sup>1792</sup> G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v<sup>o</sup> « Adhésion », p. 30.

<sup>1793</sup> A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 23<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, v<sup>o</sup> « Adhésion », p. 33 (signifiant historiquement « jonction »).

<sup>1794</sup> L'adhésion désigne en droit international « une option ouverte aux États non signataires d'un traité [...] de devenir ultérieurement parties contractantes » (D. Carreau, *Rép. internat. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Traité international », sept. 2010, act. avr. 2019, n<sup>o</sup> 48).

<sup>1795</sup> Quand il s'agit de désigner un type de contrat particulier, le contrat d'adhésion (C. civ., art. 1110, al. 2), ou de désigner l'action de devenir membre d'une association (S. Damarey, *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, Philippe-Henri Dutheil (dir.), v<sup>o</sup> « Étude 1 - Liberté d'association », janv. 2016, act. janv. 2023, n<sup>o</sup> 1.56 et s. et 10.02 et s. ; K. Rodriguez, *JCl. Commercial*, fasc. 1699, 2009, act. janv. 2022, n<sup>o</sup> 84 et s. ; Cass. AP, 9 févr. 2001, n<sup>o</sup> 99-17.642, publié). D'ailleurs, dans cet exemple, des auteurs assimilent l'adhésion au consentement par le biais de la convention : « Puisque l'association est une convention, l'adhésion requiert une manifestation de volonté de la part des membres. » (S. Damarey, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 10.02.)

<sup>1796</sup> CSP, art. L. 1122-2, al. 2.

juge compétent « doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant »<sup>1797</sup> et, pour la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, le délégué aux prestations familiales « prend toutes décisions, en s'efforçant de recueillir l'adhésion des bénéficiaires des prestations familiales ou de l'allocation »<sup>1798</sup>. Enfin, en matière d'habilitation familiale, « le juge s'assure de l'adhésion ou, à défaut, de l'absence d'opposition légitime à la mesure d'habilitation et au choix de la personne habilitée des proches »<sup>1799</sup>.

**469.** Pour autant, malgré sa proximité avec le consentement, l'adhésion n'en partage que peu d'éléments communs. Le critère de manifestation de volonté est plus difficile à établir. Si, dans les derniers exemples, l'adhésion des parents ou des proches semble en être une, la recherche de l'adhésion d'une personne vulnérable laisse la possibilité qu'il ne s'agisse pas d'une manifestation claire de volonté, précisément eu égard à la vulnérabilité et l'état de la personne. L'adhésion ne conditionne en outre pas toujours les actes pour lesquels elle est prévue. Dans deux des quatre dispositions mentionnées, l'adhésion est recherchée, mais c'est l'opposition ou le refus qui « en toute hypothèse » ou « à défaut » seront pris en compte. Dans les deux autres dispositions, il faut « s'efforcer » de recueillir l'adhésion de la personne, ce qui signifie que l'adhésion doit être recherchée, mais que les effets légaux de l'article pourraient être déclenchés en son absence. Enfin, si l'adhésion est précédée d'une information pour la recherche impliquant des personnes vulnérables<sup>1800</sup>, aucune des caractéristiques essentielles du consentement ne se retrouve dans les autres hypothèses.

**470.** Les éléments communs aux consentements ne sont pas réunis dans les conditions légales des adhésions. En pratique, en effet, ce terme semble davantage utilisé dans une perspective d'inclusion d'une personne dans un processus la concernant. L'expression de la volonté de la personne, lorsqu'elle est prise en compte dans ce cadre, l'est par le truchement d'autres outils juridiques, comme par le refus ou l'opposition. L'adhésion est donc particulièrement utilisée pour les personnes vulnérables, dont le consentement ne peut être toujours recherché, mais dont la volonté doit être prise en compte d'une manière ou d'une autre. Le rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le consentement des personnes vulnérables insiste ainsi sur l'idée d'un recueil de l'adhésion de la personne vulnérable, à défaut d'un

---

<sup>1797</sup> C. civ., art. 375-1, al. 2.

<sup>1798</sup> C. civ., art. 375-9-1, al. 2.

<sup>1799</sup> C. civ., art. 494-4, al. 2.

<sup>1800</sup> CSP, art. L. 1122-2 al. 1<sup>er</sup>.



consentement tel qu'entendu classiquement<sup>1801</sup>. L'adhésion sert aussi à inclure une personne lorsque sa volonté n'est pas nécessaire à l'aboutissement d'une procédure, comme les parents ou les proches.

**471.** En règle générale, le consentement ne se distingue donc pas de notions qui lui sont très proches, à l'exception de l'adhésion. Le seul élément qui aurait pu les départager, une caractéristique essentielle garantissant l'intégrité de la volonté, n'est pas toujours présent dans les différents consentements et pas toujours absent des autres manifestations de volonté. La discussion pourrait se poursuivre bien au-delà. Ainsi, que penser des « demandes », comme la demande d'adoption<sup>1802</sup> ou les demandes de changement de nom et prénom<sup>1803</sup>, des « déclarations », comme la déclaration expresse de levée du secret de l'identité au CNAOP<sup>1804</sup> ou de la « déclaration qu'elles [les parties] veulent se prendre pour époux » reçue par l'officier d'état civil, désignant les consentements au mariage<sup>1805</sup>, ou encore des refus, comme la volonté de refuser ou d'interrompre un traitement<sup>1806</sup>, qui sont parfois prévus en miroir des consentements ? Ce sont, après tout, des manifestations unilatérales de volonté qui constituent des conditions légales et qui comportent parfois des caractéristiques essentielles garantissant leur intégrité.

**472.** Le terme de consentement peine donc à se différencier d'autres termes, qui sont eux-mêmes polysémiques. Cette diversité remet en cause l'unité du consentement qui justifiait son appréhension par une théorie générale. À cela s'ajoutent les différences importantes de régime entre les consentements.

---

<sup>1801</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, p. 6, 12, 19, 20, 23. En particulier, la CNCDH estime qu'« une des clefs réside sans doute dans la mise en place d'une procédure spécifique de réception du consentement des personnes vulnérables. Cette procédure - qui relèverait plus de l'accompagnement à la décision, que du recueil d'un consentement binaire et restrictif (je consens/je ne consens pas) - doit permettre l'émergence des expressions les plus complètes possibles des points de vue de chacune des parties impliquées, pour obtenir une sorte de consentement mutuel ou d'adhésion. » (*Ibid.*, p. 20.)

<sup>1802</sup> C. civ., art. 343, al. 1<sup>er</sup> et 343-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1803</sup> C. civ., art. 60 et s.

<sup>1804</sup> CASF, art. L. 147-6, al. 2.

<sup>1805</sup> C. civ., art. 75, al. 6

<sup>1806</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

## B. Des régimes différents

**473.** Le droit positif soumet les consentements à des régimes juridiques différents. Ainsi, si le consentement de l'adopté de plus de 13 ans<sup>1807</sup> relève du même régime que celui de ses parents<sup>1808</sup>, il n'en va pas de même pour le consentement du conjoint de l'adoptant<sup>1809</sup>, qui n'est pas susceptible de rétractation<sup>1810</sup>. Les différences s'expliquent par la spécificité de chaque consentement. Le mariage, l'acte médical et l'adoption répondent à des exigences propres, qui supposent en retour des différences de régime.

**474.** La diversité des consentements en droit positif est ainsi attestée par la diversité des régimes applicables. Les nécessités de chaque acte pour lequel un consentement est requis prennent le dessus sur l'unité du régime. Les différences dans le régime applicable aux personnes vulnérables (1), aux sanctions (2), à la rétractation et à la réflexion (3), aux conséquences du refus de consentement (4), aux conséquences du décès (5) et aux conflits de lois (6) en témoignent.

### 1) *Les différences relatives aux personnes*

**475.** En droit, certaines personnes ne peuvent pas exprimer leur volonté comme les autres. Il s'agit avant tout des mineurs et des personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Il peut encore s'agir des personnes en état d'insanité d'esprit ou ne pouvant exprimer leur volonté. Les différents consentements en droit des personnes ne voient pas les mêmes règles s'appliquer pour ces personnes.

**476.** Des règles générales sont applicables à l'expression de volonté du mineur. Les mineurs non émancipés font en principe l'objet d'une incapacité de jouissance, en application de l'article 414 du Code civil *a contrario*, et des dispositions relatives à son incapacité sont élaborées sur le plan contractuel<sup>1811</sup>. Le Code civil impose surtout une double distinction : selon

---

<sup>1807</sup> C. civ., art. 345, al. 3.

<sup>1808</sup> C. civ., art. 345, al. 3, par renvoi : « S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière. Ce consentement est donné selon les formes prévues au deuxième alinéa de l'article 348-3. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption. » Le consentement des parents est prévu par les articles 348 et suivants du Code civil.

<sup>1809</sup> C. civ., art. 343-1, al. 2.

<sup>1810</sup> La Cour de cassation a en effet cassé un arrêt d'appel pour violation de la loi en estimant que « la faculté de rétractation ouverte aux parents de l'adopté ne peut être étendue au consentement donné par le conjoint de l'adoptant » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 déc. 1997, n° 95-17.508, publié).

<sup>1811</sup> C. civ., art. 1145 et s.

que le mineur dispose ou non de parents titulaires de l'autorité parentale et selon que l'acte en question est relatif à la personne ou aux biens du mineur. Pourtant, les dispositions particulières concernant le consentement du mineur en droit des personnes, c'est-à-dire dans les situations relatives à sa personne, sont nombreuses et très différentes les unes des autres. Ainsi, quatre hypothèses s'ouvrent : soit l'acte est interdit au mineur, soit le parent consent seul, en associant le mineur à la décision, soit le parent et le mineur doivent consentir, soit le mineur consent seul.

477. Par exemple, l'acte médical concernant un mineur suppose en principe le consentement des titulaires de l'autorité parentale<sup>1812</sup> et la recherche du consentement du mineur s'il en a la capacité<sup>1813</sup>, ce qui rejoint les principes généraux posés par le Code civil. Cette règle souffre pourtant d'exceptions lorsque le mineur souhaite garder le secret et se fait accompagner de la personne de son choix ou lorsque le refus d'un traitement par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur « risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de la personne »<sup>1814</sup>. Le même principe prévaut en matière de données personnelles. Le consentement est en principe donné par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur, mais il est donné conjointement par le mineur de moins de quinze ans et seul par le mineur de plus de quinze ans dans le cadre de l'offre directe de services de la société de consommation<sup>1815</sup>. Le don du sang est interdit au mineur, qui ne peut donc y consentir<sup>1816</sup>. Toutefois, il est permis dans certaines hypothèses<sup>1817</sup> : dans ces cas, le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire<sup>1818</sup> et le refus du mineur fait obstacle au don<sup>1819</sup>. De la même manière, le mariage est interdit aux mineurs<sup>1820</sup> sans le consentement conjoint d'au moins un de leur parent<sup>1821</sup>, à défaut d'un aïeul<sup>1822</sup> et, à défaut du leur, celui du conseil de famille<sup>1823</sup>. Les règles applicables au consentement à l'adoption sont encore différentes : nécessaire après treize ans<sup>1824</sup>,

---

<sup>1812</sup> CSP, art L. 1111-5 et L. 1111-5-1 *a contrario* ; ensemble l'article 371-1 du Code civil cité par ces mêmes dispositions.

<sup>1813</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 7 : « Le consentement, mentionné au quatrième alinéa du mineur, le cas échéant sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. »

<sup>1814</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 9.

<sup>1815</sup> LIL, art. 45, al. 1<sup>er</sup> et 2.

<sup>1816</sup> CSP, art. L. 1221-5, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1817</sup> CSP, art. L. 1221-5, al. 2 : « Toutefois, s'agissant des mineurs, un prélèvement peut être effectué à titre exceptionnel, lorsque des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible. »

<sup>1818</sup> CSP, art. L. 1221-5, al. 3.

<sup>1819</sup> CSP, art. L. 1221-5, al. 4.

<sup>1820</sup> C. civ., art. 144.

<sup>1821</sup> C. civ., art. 148 et 149.

<sup>1822</sup> C. civ., art. 150.

<sup>1823</sup> C. civ., art. 159.

<sup>1824</sup> C. civ., art. 349, a. 1<sup>er</sup>.

conjointement avec les titulaires de l'autorité parentale jusqu'à la majorité<sup>1825</sup>, le consentement du mineur n'est pas exigé avant<sup>1826</sup>.

**478.** Quant aux majeurs, quelques règles sont prévues indépendamment de toute mesure de protection, mais sans grande cohérence. Alors que l'insanité d'esprit pourrait constituer une règle de principe - elle appartient aux mesures « indépendantes des mesures de protection »<sup>1827</sup> - son champ d'application paraît limité. Non seulement elle est limitée aux « actes »<sup>1828</sup> et *a fortiori* aux contrats<sup>1829</sup>. Techniquement, l'article 414-1 pourrait s'appliquer aux actes extrapatrimoniaux, comme une reconnaissance<sup>1830</sup>, mais encore faudrait-il retenir la qualification d'acte juridique en droit des personnes. Mais surtout, la sanction légale de l'insanité d'esprit, la nullité de l'acte, semble rarement applicable en droit des personnes<sup>1831</sup>.

La plupart des règles applicables hors mesures de protection sont plutôt spécifiques à chaque domaine, à travers l'hypothèse d'« impossibilité de manifester sa volonté ». Si la condition est la même, ses conséquences sont variées. L'acte médical, par exemple, ne peut alors être réalisé sans consultation de la personne de confiance ou de la famille ou à défaut un des proches, sauf urgence ou impossibilité<sup>1832</sup>. Dans la procédure spécifique relative à la fin de vie, l'impossibilité de manifester sa volonté suppose de consulter les mêmes personnes ou de se tourner vers les directives anticipées<sup>1833</sup>. Le mariage de leur enfant mineur peut être célébré lorsque le parent devant donner son consentement est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, mais d'autres personnes devront alors consentir : autre parent, aïeul(s), conseil de famille. Dans le domaine de l'adoption, alors que l'adoption peut être prononcée lorsque le conjoint de l'adoptant est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté<sup>1834</sup>, l'autre parent ou le conseil de famille doit consentir lorsque le parent titulaire de l'autorité parentale est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté<sup>1835</sup>. Deux dispositifs permettent, dans le domaine médical, d'assurer la continuité de la volonté d'une personne qui ne pourrait plus l'exprimer, sans la conditionner à l'existence

---

<sup>1825</sup> C. civ., art. 348 et s.

<sup>1826</sup> C. civ., art. 349, al. 1<sup>er</sup> *a contrario*.

<sup>1827</sup> C. civ., art. 414-1 et s.

<sup>1828</sup> C. civ., art. 414-1.

<sup>1829</sup> En vertu de l'article 1129 du Code civil.

<sup>1830</sup> I. Maria, « Chapitre 333 - Majeur vulnérable : protection occasionnelle contre l'insanité d'esprit », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 333.21.

<sup>1831</sup> V. *infra*, n° 483 et s. Pour un état des lieux des décisions en matière patrimoniale, qui offrent de bons exemples de qualification de l'insanité d'esprit, v. M.- T. Cordier, « Insanité d'esprit et droit patrimonial - Panorama de jurisprudence », *Dr. famille*, 2008, n° 4, avril 2008, p. prat. 2.

<sup>1832</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 5.

<sup>1833</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 6.

<sup>1834</sup> C. civ., art. 343-1, al. 2.

<sup>1835</sup> C. civ., art. 348 et s.

d'une mesure de protection juridique<sup>1836</sup> : la « personne de confiance »<sup>1837</sup> et les « directives anticipées »<sup>1838</sup>. Hors d'une mesure de protection, les dispositions sont donc tout à fait diverses.

**479.** Il en va de même en présence d'une mesure de protection du majeur. Rappelons que les mesures de protection judiciaires, la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice, sont subsidiaires au mandat de protection future, à la représentation de droit commun et aux mesures spécifiques entre époux<sup>1839</sup>. En matière d'incapacités, le droit des personnes se centre sur les seules règles applicables à la tutelle et la curatelle. Les mesures matrimoniales sont en effet spécifiques aux actes prévus dans le cadre de l'exercice du régime matrimonial et sont donc exclusivement patrimoniales<sup>1840</sup>. Le mandat de protection future et l'habilitation familiale sont soumis, pour ce qui concerne les actes relatifs à la personne protégée, aux règles de la tutelle et la curatelle<sup>1841</sup> sauf en ce qui concerne le PACS et le mariage<sup>1842</sup>. Enfin, la protection de la personne en cas de sauvegarde de justice est organisée par les régimes de tutelle et curatelle<sup>1843</sup>.

Bien qu'il existe des règles générales applicables à la tutelle et la curatelle, signe d'un régime unique applicable aux consentements des personnes protégées, les dispositions spécifiques font davantage état d'un droit éclaté.

**480.** Les dispositions encadrant la tutelle et la curatelle prévoient certes des dispositions particulières quant à la protection de la personne<sup>1844</sup>. Elles distinguent entre deux types d'actes. Pour les « actes dont la nature implique un consentement strictement personnel », il ne peut jamais y avoir assistance ou représentation du majeur protégé<sup>1845</sup>. Parmi eux, « sa déclaration

---

<sup>1836</sup> En revanche, lorsqu'ils sont entrepris par un majeur avec mesure de protection avec représentation, ils nécessitent l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et, pour les directives anticipées, ne permettent pas à la personne chargée de la protection d'assister ou de représenter la personne protégée (CSP, art. L. 1111-6, al. 5 et L. 1111-11, al. 7).

<sup>1837</sup> CSP, art. L. 1111-6. La disposition permet à tout majeur de désigner un tiers dans le cas où il ne pourrait pas exprimer sa volonté et recevoir l'information préalable. Cette personne sera « consultée » par l'équipe médicale et « rend compte de la volonté de la personne ».

<sup>1838</sup> CSP, art. L. 1111-11. La disposition permet à toute personne majeure d'exprimer sa volonté « relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux », dans le cas où elle ne pourrait plus l'exprimer. Ces directives sont contraignantes puisqu'elles s'imposent au médecin (CSP, art. L. 1111-11, al. 3), sauf urgence vitale ou, par décision collégiale, lorsque ces directives « apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale » (CSP, art. L. 1111-11, al. 3 et 4).

<sup>1839</sup> C. civ., art. 428.

<sup>1840</sup> C. civ., art. 217 et s.

<sup>1841</sup> Respectivement C. civ., art. 479, al. 1<sup>er</sup> et art. 494-6, al. 3.

<sup>1842</sup> Les deux dispositions susmentionnées renvoyant aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil.

<sup>1843</sup> L'article 438 du Code civil dispose que « le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463 », ce qui constitue un renvoi au régime des actes relatifs à la personne en curatelle ou tutelle.

<sup>1844</sup> C. civ., art. 457-1 et s.

<sup>1845</sup> C. civ., art. 458, al. 1<sup>er</sup>.

de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant »<sup>1846</sup>. La personne protégée consent seule. Le régime des autres actes dépend de l'état de la personne. Soit son état lui permet de prendre seule une décision personnelle éclairée<sup>1847</sup>. Soit il ne lui permet pas, auquel cas il y a assistance ou, à défaut, représentation de la personne. Le juge peut par ailleurs intervenir dans certains cas<sup>1848</sup>.

**481.** Toutefois, ces règles ne valent que sous réserve des dispositions du droit des majeurs protégés sur le PACS et le mariage<sup>1849</sup>, mais également des « dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal »<sup>1850</sup>. Par ailleurs, la liste de dérogations possibles ne mentionne pas les règles particulières prévues dans le Code civil, pourtant bien existantes. Or, ces dispositions se révèlent parfois bien différentes du principe ou n'envisagent que certaines mesures de protection.

Par exemple, le majeur protégé consent seul au mariage, son tuteur ou curateur en étant seulement informé<sup>1851</sup>. En revanche, le divorce par consentement mutuel est interdit au majeur protégé<sup>1852</sup>, alors que la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage dans le divorce accepté tout en étant représentée ou assistée à l'action<sup>1853</sup>, la représentation et l'assistance étant la règle pour les autres types de divorce<sup>1854</sup>. Dans le domaine médical, les règles sont diverses et parcellaires. C'est le cas du consentement personnel à l'acte médical<sup>1855</sup>, au don du sang et au don du corps à la science, interdits au majeur protégé par une

---

<sup>1846</sup> C. civ., art. 458, al. 2.

<sup>1847</sup> C. civ., art. 459, al. 1<sup>er</sup> et 2.

<sup>1848</sup> Le juge intervient dans deux cas : en cas de désaccord entre la personne protégée et celle chargée de sa protection (C. civ., art. 459, al. 2) ou, en concurrence avec le conseil de famille le cas échéant, si la décision a pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée, afin d'autoriser ou non cette décision (C. civ., art. 459, al. 3).

<sup>1849</sup> C. civ., art. 460 et s.

<sup>1850</sup> C. civ., art. 459-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1851</sup> C. civ., art. 460.

<sup>1852</sup> C. civ., art. 249-4. V. aussi C. civ., art. 229-2, 2<sup>o</sup> et 230 *a contrario*.

<sup>1853</sup> C. civ., art. 249, al. 2.

<sup>1854</sup> C. civ., art. 249, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1855</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 8 : « Le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision. » Et CSP, art. L. 1111-4, al. 9 : « Dans le cas où le refus d'un traitement [...] par la personne chargée de la mesure de protection juridique s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une

mesure avec représentation<sup>1856</sup>. Inversement, le consentement au prélèvement et à la conservation des gamètes à la suite d'une prise en charge médicale affectant la stérilité est considéré comme strictement personnel<sup>1857</sup>. Quant à la stérilisation à visée contraceptive, elle est en principe interdite au majeur protégé à raison de l'altération de ses facultés mentales, mais peut être autorisée par le juge des tutelles avec des dispositions particulières relatives à l'expression de la volonté du majeur protégé par une mesure avec représentation ou assistance<sup>1858</sup>.

**482.** Le régime des consentements des personnes considérées comme vulnérables eu égard à l'expression de leur volonté se révèle éclaté. Le régime applicable aux majeurs dépend de l'acte pour lequel est donné le consentement : en fonction de sa gravité estimée, il peut être interdit, nécessiter l'intervention d'acteurs qui ne sont habituellement pas mobilisés ou, à l'inverse, imposer que la personne exprime seule son consentement. Cet éparpillement retrouve une tendance observée dans le consentement des mineurs : les règles encadrant le consentement dépendent d'une logique propre à chaque acte.

Sans catégorie générale de règles encadrant la vulnérabilité du majeur, ce sont par ailleurs plusieurs types de dispositions qui doivent s'articuler entre elles : règles générales pour les majeurs protégés quant aux actes liés à la personne, règles spéciales pour les majeurs protégés pour des actes particuliers, règles spéciales mais prévues seulement pour les majeurs avec mesure de représentation, critères transversaux de l'insanité d'esprit et de l'impossibilité de manifester sa volonté. Le consentement d'une personne vulnérable dépend tout autant des régimes généraux que de l'acte spécifique dans lequel il est donné, dénotant de l'absence de toute systématisation en droit positif.

**483.** L'absence de régime commun aux consentements en raison de l'attachement aux spécificités des différents actes se retrouve quant à la sanction des règles encadrant le consentement.

---

mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé [...] du majeur protégé, le médecin délivre les soins indispensables. »

<sup>1856</sup> Respectivement CSP, art. L. 1221-5, al. 1<sup>er</sup> et CSP, art. L. 1261-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1857</sup> CSP, art. L. 2141-11, al. 4.

<sup>1858</sup> CSP, art. L. 2132-2. Si le juge ne peut être saisi que par la personne chargée de la mesure avec représentation et non de la mesure avec assistance (al. 2), les personnes protégées par les deux types de mesure se voient appliquer le régime de l'article L. 2132-2 du Code de la santé publique, tant que leur mesure a été déclenchée en raison de l'altération de leurs facultés mentales (al. 1<sup>er</sup>).

## 2) Les différences de sanction

**484.** La diversité des sanctions de l'absence de recueil du consentement en droit des personnes renforce les doutes quant à l'unicité de régime du consentement.

**485.** L'absence de consentement peut d'abord être sanctionnée sur le plan pénal, comme en matière biomédicale<sup>1859</sup>, de vie privée<sup>1860</sup>, de données personnelles<sup>1861</sup> et, si on y inclut le consentement, en matière sexuelle<sup>1862</sup>. L'absence de recueil d'un consentement libre et éclairé en matière médicale peut quant à elle être qualifiée en délit de violences volontaires<sup>1863</sup>. L'absence de consentement peut également être sanctionnée sur le plan administratif dans le domaine de la santé<sup>1864</sup> et des données personnelles<sup>1865</sup>. Une amende civile est encore encourue par l'officier de l'état civil qui ne respecte pas les dispositions sur l'audition des époux en cas de doute sur leur consentement<sup>1866</sup>. Des sanctions disciplinaires sont également possibles dans le domaine médical<sup>1867</sup>.

Des dispositions particulières quant à l'engagement de la responsabilité de la personne qui ne respecterait pas les dispositions de recueil du consentement sont par ailleurs prévues. Dans le

---

<sup>1859</sup> Il en va ainsi pour l'examen des caractéristiques génétiques (C. pén., art. 226-25), l'identification par empreintes génétiques (art. 226-27 C. pén. pour deux des quatre finalités), le don d'organes (C. pén., art. 511-3, al. 1<sup>er</sup>), le prélèvement de tissus, cellules, produits du corps humain et leurs dérivés (C. pén., art. 511-5), le prélèvement de cellules hématopoïétiques ainsi que celles du sang de cordon et du sang placentaire ainsi que de cellules du cordon et du placenta (C. pén., art. 511-5), le prélèvement de gamètes (C. pén., art. 511-6), les recherches sur la personne humaine (C. pén., art. 223-8), les recherches sur l'embryon humain (C. pén., art. 511-19) et l'interruption de grossesse (C. pén., art. 223-10).

<sup>1860</sup> C'est le cas des atteintes à la vie privée (C. pén., art. 226-1) et en particulier du *revenge porn* (C. pén., art. 226-2-1), du voyeurisme (C. pén., art. 226-3-1) et de l'atteinte à la représentation (C. pén., art. 226-8).

<sup>1861</sup> Pour la mise ou conservation en mémoire informatisée des données personnelles sensibles (C. pén., art. 226-19) et le traitement de données personnelles ayant pour fin la recherche en santé (C. pén., art. 226-19-1, 2<sup>o</sup>).

<sup>1862</sup> En particulier le viol (C. pén., art. 222-23) et ses circonstances aggravantes ainsi que les autres agressions sexuelles (C. pén., art. 222-27) et leurs circonstances aggravantes.

<sup>1863</sup> C. pén., art. 226-7 et s.

<sup>1864</sup> De manière générale, les établissements de santé peuvent se voir retirer leur autorisation par le directeur général de l'Agence régionale de la santé en cas de « manquement aux lois et règlements pris pour la protection de la santé publique ou à la continuité des soins assurée par le personnel médical imputable à la personne titulaire de l'autorisation » (CSP, art. L. 6122-13, al. 1<sup>er</sup>, v. D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, n° 133.321). Mais une sanction administrative spéciale est possible et l'autorisation délivrée pour effectuer des diagnostics prénataux peut ainsi être retirée en cas de violation des dispositions législatives et réglementaires encadrant ces pratiques (CSP, art. L. 2131-3, al. 1<sup>er</sup>) au nombre desquelles on compte le consentement écrit de la femme enceinte (CSP, art. L. 2131-1, V).

<sup>1865</sup> LIL, art. 20 et s. Cela est possible pour un manquement à toute disposition de la loi ou du RGPD, ce dernier prévoyant des sanctions administratives en son article 83, 5<sup>o</sup> pour manquement aux prescriptions relatives au consentement.

<sup>1866</sup> C. civ., art. 63, al. 13.

<sup>1867</sup> CSP, art. R. 4127-36 et Code de déontologie des médecins, art. 36 et R. 4127-1, al. 1<sup>er</sup>. Le contentieux lié au consentement et à l'information constituait ainsi 16 % des manquements examinés en chambre disciplinaire nationale du Conseil de l'ordre des médecins en 2019 (CNOM, Chambre disciplinaire, *Rapport annuel d'activité de la juridiction ordinale*, 2019, p. 40 et 42).



domaine médical est engagée la responsabilité, civile ou administrative, selon le cadre public ou privé de l'intervention, du médecin ou de l'établissement<sup>1868</sup>. La responsabilité peut aussi être engagée, en l'absence de recueil du consentement, dans le domaine du respect de la vie privée<sup>1869</sup> et de la protection des données personnelles<sup>1870</sup>.

**486.** Dans certains cas, l'acte entrepris sans le consentement de la personne est sanctionné par sa nullité, c'est l'hypothèse du mariage<sup>1871</sup> et de la convention de divorce extrajudiciaire<sup>1872</sup>. Associer consentement et nullité semble pourtant un réflexe, mais il s'agit d'une sanction résiduelle de l'absence de consentement en droit des personnes. Elle trouverait avant tout à s'appliquer aux contrats et actes juridiques<sup>1873</sup>, dans des cas très particuliers où la qualification d'acte juridique est établie et où aucune autre sanction n'est prévue par les textes. Même lorsqu'elle pourrait être prononcée, elle ne l'est pas toujours. C'est le cas de la reconnaissance d'enfant qui pourrait éventuellement être annulée en raison d'une altération du consentement<sup>1874</sup>, l'hypothèse se trouvant toutefois limitée en pratique par l'existence d'une

---

<sup>1868</sup> En règle générale, le régime commun de responsabilité médicale pour faute prévu par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique trouve à s'appliquer, v. D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, n° 212.241 ; A. Laude, D. Tabuteau, X. Bioy, *Droit de la santé*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Puf, 2020, p. 413 et s. ; E. Terrier, J. Penneau, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires », oct. 2020, act. nov. 2023, n° 76 et s. ; CE, 24 sept. 2012, n° 339285, Lebon T., *Cairala* (« hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention »), v. également C. Lantero, « Devoir d'information du patient : le Conseil d'État rejoint la Cour de cassation », *AJDA*, 2012, p. 2231.

<sup>1869</sup> C. civ., art. 9.

<sup>1870</sup> RGPD, art. 82 ; v. aussi LIL, art. 37, III.

<sup>1871</sup> C. civ., art. 146 et 184. L'inexistence est donc exclue, l'absence et le vice de consentement sont tous deux sanctionnés par la nullité du mariage.

<sup>1872</sup> La convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire étant en principe soumise, en tant que de raison, au droit des contrats, elle se voit appliquer l'article 1128 du Code civil et « la convention de divorce peut donc être attaquée en cas de vice du consentement », selon une circulaire du Garde des Sceaux (Ministre de la justice, Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret no 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, p. 9).

<sup>1873</sup> La théorie de l'inexistence emporte de moins en moins le succès en droit des contrats et ne semble pas employée pour les actes juridiques en droit des personnes.

<sup>1874</sup> Il résulte de l'article 458 du Code civil qu'elle comporte un consentement et elle pourrait être qualifiée d'acte juridique (F. Granet-Lambrechts, V. Deschamps (act.), « Chapitre 212 - Établissement non contentieux de la filiation », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénéde (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 212.82 et s. et 212.101 et s.) ; selon une analyse, il s'agirait d'une déclaration unilatérale de volonté, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 879). Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005 relative à la filiation (Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation), il était admis que la reconnaissance d'enfant, procédure alors réservée à ce qui constituait la filiation naturelle, puisse être annulable. Cette analyse serait pour certains toujours d'actualité, de sorte que la nullité de la reconnaissance pour vice ou défaut du consentement puisse être admise (F. Granet-Lambrechts, V. Deschamps (act.), *loc. cit.*, n° 212.121 ; R. Le Guidec, G. Chabot, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », janv. 2009, act. juill. 2023, n° 64-65. Elle pourrait même parfois être plus avantageuse que

action spéciale en contestation de la filiation, qui permet d'atteindre les mêmes buts, à partir des mêmes vices<sup>1875</sup>.

La nullité est d'ailleurs exclue en cas de procédure judiciaire, le vice de consentement étant alors sanctionné par les voies de recours judiciaire. Cette solution a été adoptée pour l'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel par le juge comme pour le consentement à l'adoption et pourrait, par analogie, être étendue à l'homologation de la convention parentale<sup>1876</sup>. La Cour de cassation estime en effet que le consentement ou la convention et le jugement sont indivisibles et qu'ils ne peuvent donc être remis en cause qu'ensemble, c'est-à-dire en exerçant les voies de recours ouvertes contre le jugement<sup>1877</sup>.

Par ailleurs, de nombreux textes prévoyant le recueil du consentement ne sont pour autant assortis d'aucune sanction. C'est par exemple le cas des différents consentements du mineur de plus de 13 ans à son changement de nom.

**487.** La diversité des sanctions applicables aux dispositions relatives aux consentements participe de l'absence d'unité de régime des consentements en droit des personnes. Ces

---

l'action en contestation de la filiation établie par reconnaissance dans l'administration de la preuve lorsqu'il y a un vice de dol ou de violence - elle le serait moins en cas d'erreur, où l'appréciation inexacte de la réalité rejoindrait complètement l'action en contestation (*ibid.* n° 65)).

<sup>1875</sup> D'une part, pour contester la reconnaissance dans le cadre de cette action, il faut montrer que son auteur n'est pas le père ou que son autrice n'a pas accouché de l'enfant (C. civ., art. 332). Soit l'auteur de la reconnaissance n'est pas le parent biologique : il a eu une connaissance inexacte de la réalité, ou a été manipulé pour constituer cette connaissance inexacte, ou a été contraint, par violence, de faire la reconnaissance alors qu'il n'était pas le père. Dans ce cas, l'action en contestation de la filiation est tout à fait possible. Soit l'auteur de la reconnaissance est le parent biologique mais a été contraint de reconnaître l'enfant alors qu'il ne le souhaitait pas. À admettre que l'action en nullité soit possible, l'enfant pourra toujours exercer une action en établissement de la filiation (rappelons que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder » - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806, publié), ce qui réduit l'intérêt de l'action en nullité de la reconnaissance. Soit cette hypothèse recoupe celle d'un vice de consentement pour erreur ou dol : l'auteur de la reconnaissance a eu une connaissance inexacte de la réalité, lui-même ou trompé par d'autres, de sorte qu'il a cru être le père biologique alors qu'il ne l'était pas. D'autre part, cette action en contestation de la filiation est une action spéciale, enfermée dans des délais très stricts (C. civ., art. 333 et 334) qui ont été pensés dans un but de préservation de la « paix des familles », de sorte que permettre d'agir en nullité de la reconnaissance détournerait donc cette action particulière et le but qu'elle poursuit (D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, n° 706).

<sup>1876</sup> Sur les recours contre l'homologation de la convention parentale (C. civ., art. 373-2-7 et s.), v. plus précisément V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Autorité parentale », oct. 2021, act. sept. 2023, n° 202.

<sup>1877</sup> Pour l'adoption, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2001, n° 00-10.151, publié : « l'arrêt retient à bon droit que le consentement à l'adoption et le jugement qui le constate et prononce l'adoption sont indivisibles et qu'en conséquence, la contestation du consentement ne pouvait se faire qu'au moyen d'une remise en cause directe du jugement par l'exercice des voies de recours en conformité avec l'article 460 du nouveau Code de procédure civile » (il s'agissait d'une action en nullité sur le fondement des articles 1109 et s. anc. du Code civil). Pour la convention homologuée de divorce par consentement mutuel, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.712 (il s'agissait d'une action en nullité pour erreur ou dol, avec un pourvoi fondé sur les articles 1108, 1110 et 1116 anc. du Code civil). Cette position n'est d'ailleurs pas limitée aux vices de consentement et a été affirmée à plusieurs reprises pour la convention de divorce homologuée, à propos d'un recours en révision partielle (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, publié) ou encore d'une rescision pour lésion (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10.107, publié ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1989, n° 88-14.422 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2010, n° 08-12.395).

sanctions relèvent, à chaque fois, d'une logique propre à l'acte en question et au domaine dans lequel il s'inscrit. La responsabilité médicale, par exemple, a pour but d'indemniser le patient du préjudice physique ou moral subi. Les sanctions pénales ont des fonctions propres à la matière pénale. Elles ont d'abord une valeur symbolique, en désignant le consentement comme une valeur juridiquement protégée et d'intérêt public, en particulier dans le domaine bioéthique. Mais elles dissuadent et répriment également des actes courants comme le *revenge porn*. Les sanctions administratives prononcées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés s'inscrivent dans le contexte de la régulation d'acteurs, notamment numériques, au poids économique fort ; elles ont un effet financier dissuasif, auquel s'ajoute la médiatisation des sanctions. L'exclusivité des voies de recours judiciaires pour le mariage et le divorce sont la conséquence de la nature juridique spécifique de l'homologation judiciaire. Ces solutions témoignent que le régime du contrat n'a qu'une application réduite, battant en brèche les analyses de « contractualisation » de ces matières par la seule intervention des volontés individuelles. La nullité n'est que rarement possible, notamment du fait de son faible intérêt pratique : le mécanisme de la rétroactivité<sup>1878</sup> est difficilement compatible avec la matérialité des atteintes au corps ou à la vie privée.

### 3) *Les différences relatives à la rétractation et la réflexion*

**488.** Les règles relatives à la rétractation et la réflexion sont elles aussi différentes. Cette diversité de régime témoigne, encore une fois, de la dépendance juridique des consentements à des logiques différentes.

**489.** Les délais de réflexion sont très rarement imposés et, lorsqu'ils le sont, ne sont pas de la même durée. Ils relèvent, en droit des personnes, de deux logiques différentes. Premièrement, les délais en matière de santé sont imposés pour des actes particuliers : stérilisation à visée contraceptive<sup>1879</sup>, assistance médicale à la procréation<sup>1880</sup>, chirurgie esthétique<sup>1881</sup>.

---

<sup>1878</sup> C. civ., art. 1178, al. 2. Certes, la nullité n'est pas incompatible avec l'engagement de la responsabilité extracontractuelle du fait de l'absence de respect d'une condition de validité du contrat (C. civ., art. 1178, al. 4), mais elle demeure la sanction principale des conditions de validité.

<sup>1879</sup> CSP, art. L. 2123-1, al. 6. Il s'agit d'un délai de quatre mois, après lequel une confirmation est nécessaire. Rappelons que les dispositions sur la stérilisation à visée contraceptive ne mentionnent le consentement que pour les personnes protégées.

<sup>1880</sup> CSP, art. L. 2141-10, al. 13. Il s'agit d'un délai d'un mois, prolongeable par le médecin, pour confirmer le consentement à la mise en œuvre de l'AMP.

<sup>1881</sup> CSP, art. L. 6322-2, CSP art. D. 6322-30 et D. 6322-30-1. Il s'agit d'un délai de quinze jours entre la remise du devis, concomitante à l'information, et la réalisation de l'intervention.

L'interruption volontaire de grossesse (IVG) avant quatorze semaines nécessitait autrefois un délai de réflexion explicitement prévu par la loi qui, bien qu'il soit désormais supprimé<sup>1882</sup>, existe encore implicitement. Rappelons que l'interruption volontaire de grossesse nécessite trois consultations : une première, où la femme exprime son intention de faire une IVG et est informée par le soignant<sup>1883</sup>, une deuxième, facultative pour les majeures mais obligatoire pour les mineures, qui consiste en un entretien psychosocial<sup>1884</sup>, et une troisième<sup>1885</sup> où la femme renouvelle sa demande et la confirme par écrit<sup>1886</sup>. Jusqu'en 2016, la confirmation ne pouvait avoir lieu que dans un délai d'une semaine après la première consultation, sauf si le délai légal d'IVG risquait d'être dépassé, et de deux jours après l'entretien psychosocial : il s'agissait bien de délais de réflexion. En 2016, seul le délai de deux jours suivant l'entretien psychosocial est maintenu<sup>1887</sup> et il est finalement supprimé en 2022<sup>1888</sup>, seul le principe de la confirmation écrite étant désormais conservé dans la loi. En principe, tout délai de réflexion est donc supprimé. Seulement, le principe même des deux, voire trois, consultations impose, en pratique, une réflexion. D'ailleurs, le site officiel de l'Assurance maladie lui-même, dans sa version actualisée après la loi de 2022, indique qu'« avant l'IVG, deux consultations sont obligatoires. Cela permet à la patiente d'avoir un temps de réflexion avant de prendre sa décision définitive »<sup>1889</sup>.

Ces différentes hypothèses de réflexion en matière de santé semblent obéir à une logique commune. En ne concernant que certains actes<sup>1890</sup>, ces délais pourraient révéler le scepticisme du législateur à leur égard. Leur absence de nécessité d'un strict point de vue médical devrait encourager le patient à prendre une décision murement réfléchie. La suppression progressive des délais imposés en matière d'IVG témoignerait de l'intégration de l'avortement au droit commun de la santé. Ces actes recouperaient le domaine de ce que Sophie Paricard-Pioux nomme la « convenance personnelle », de manière « camouflée »<sup>1891</sup>. Cette même logique se

<sup>1882</sup> S. Paricard, « Une nouvelle loi sur l'IVG », *Dalloz actualité*, 14 mars 2022.

<sup>1883</sup> CSP, art. L. 2212-3.

<sup>1884</sup> CSP, art. L. 2212-4.

<sup>1885</sup> C'est-à-dire la deuxième obligatoire pour les majeures.

<sup>1886</sup> CSP, art. L. 2212-5.

<sup>1887</sup> L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé.

<sup>1888</sup> L. n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

<sup>1889</sup> « IVG (avortement) : quels sont les délais ? », *Ameli*, 16 mars 2022, en ligne : <https://www.ameli.fr/assure/sante/themes/ivg/ivg-france> (consulté le 21 avril 2022).

<sup>1890</sup> On notera toutefois que les IVG médicales au motif qu'« il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » imposaient que « hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse » jusqu'à la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (CSP, art. L. 2213-1, al. 3).

<sup>1891</sup> S. Paricard, *La convenance personnelle*, préf. C. Neirinck, Paris : Dalloz, 2003, p. 329 et s.

retrouverait par exemple dans le délai de réflexion d'un mois imposé à la personne qui souhaite changer son nom lié à sa filiation (bien que cette procédure n'exige pas le consentement de la personne)<sup>1892</sup>.

**490.** Deuxièmement, l'existence d'un délai de réflexion de quinze jours à compter de la réception du projet de convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire adressé par l'avocat à son client s'inscrit dans une autre logique. Il s'agit d'un des « garde-fous » conçus pour « s'assurer de la protection des intérêts de chacun des époux », dans une procédure qui « se trouve à la croisée des chemins entre les règles d'ordre public en matière de droit de la famille, la liberté contractuelle et les formalités imposées [par la nature juridique de l'acte] »<sup>1893</sup>. De ce point de vue, ce délai de réflexion peut être lu de manière bien différente des précédents. Il s'inscrirait dans un mouvement qui, pour des contrats estimés dangereux ou déséquilibrés, impose différentes mesures conçues comme protectrices du consentement du contractant, en particulier des délais de réflexion et de rétractation : le droit de la consommation<sup>1894</sup> ou le droit du travail<sup>1895</sup> en sont des exemples types.

**491.** Les possibilités de rétractation du consentement en droit des personnes sont à nouveau diverses et relèvent de logiques différentes. Pour un grand nombre de consentements, la loi ne prévoit aucune disposition relative à leur rétractation. C'est le cas de l'ensemble des consentements relatifs à une modification d'une mention de l'état civil, mais aussi des consentements au mariage, au divorce ou à la convention parentale.

Certains consentements sont révocables, rétractables ou retirables « à tout moment ». Cette expression accompagne la quasi-totalité des consentements aux actes biomédicaux<sup>1896</sup>,

---

<sup>1892</sup> C. civ., art. 61-3-1, al. 2 nouveau (L. n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation).

<sup>1893</sup> Ministre de la justice, Circulaire du 26 janv. 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, p. 2.

<sup>1894</sup> Comme le délai de rétractation de quinze jours pour les contrats conclus à distance (C. conso., art. L. 222-7 et s.) ou les crédits à la consommation (C. conso., art. L. 312-19 et s.) ou le délai de réflexion de 10 jours pour la conclusion (C. conso., art. L. 313-34) et la renégociation (C. conso., art. L. 313-39) d'un crédit immobilier.

<sup>1895</sup> Par exemple, le délai de 10 jours, pour le stagiaire, à partir de la signature du contrat de formation professionnelle (C. trav., art. L. 6353-5) et de quinze jours, pour les deux parties, pour la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée (C. trav., art. L. 1237-13).

<sup>1896</sup> Si ce n'est pas toujours précisé, il est évident que cela ne vaut que jusqu'à ce que l'intervention ait eu lieu.

généraux<sup>1897</sup> et spéciaux<sup>1898</sup>, ou relatifs au corps de la personne<sup>1899</sup>. Seules les dispositions relatives à la rétractation du consentement à l'assistance médicale à la procréation sont différentes<sup>1900</sup>. La même logique vaut pour le consentement au traitement de données personnelles, et par extension aux cookies<sup>1901</sup>.

D'autres consentements peuvent être retirés dans un délai déterminé. C'est le cas du consentement des parents à l'adoption de leur enfant, auquel s'attache une faculté de rétractation qui rend le consentement caduc<sup>1902</sup>.

**492.** Ces solutions s'expliquent ici encore par la différence entre les actes qui requièrent les consentements. Pour le droit biomédical, la possibilité de retrait à tout moment du consentement, en principe sans forme particulière, constitue l'une des garanties de la liberté du consentement, afin qu'il n'enferme pas la personne dans un choix définitif jusqu'à la réalisation de l'acte. La même logique prévaut en droit des données personnelles, ce qu'on peut lire dans les considérants du RGPD : « Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée [...] n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice. »<sup>1903</sup> La volonté de garantir cette liberté pour certains actes peut être confrontée à des intérêts divergents, en particulier l'intérêt de l'enfant. Cela

---

<sup>1897</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 4.

<sup>1898</sup> Prélèvements d'éléments du corps humain et collecte de ses produits (CSP, L. 1211-2, al. 1<sup>er</sup>), don d'organes sur une personne vivante (CSP, art. L. 1231-1, III) et sur une personne décédée (CSP, art. L. 1232-1, al. 3), prélèvement de tissus, cellules et collecte de produits du corps humain sur une personne vivante (CSP, art. L. 1241-1, et CSP, art. L. 1241-3), règles spécifiques aux embryons conservés en l'absence de projet parental (CSP, art. L. 2141-4, al. 7), aux gamètes et tissus germinaux (CSP, art. L. 2141-11, II et III), aux gamètes (CSP, art. L. 2141-12, II), recherches impliquant la personne humaine (CSP, art. L. 1122-1-1, al. 4, CSP, art. L. 1122-1-1, C. pén., art. 223-8, al. 2), étude ou recherche sur l'embryon humain (C. pén., art. 511-19, 1<sup>o</sup>).

<sup>1899</sup> Examen des caractéristiques génétiques de la personne (C. civ., art. 16-10), identification d'une personne par ses empreintes génétiques (C. civ., art. 16-11, al. 3 et 4), techniques d'imagerie cérébrale (C. civ., art. 16-14).

<sup>1900</sup> Le consentement peut être rétracté, mais par écrit et, par ailleurs, le consentement civil à l'AMP avec tiers donneur doit être rétracté avant la réalisation de l'AMP (C. civ., art. 342-10, al. 3 : le consentement « est également privé d'effet lorsque l'un des membres du couple le révoque, par écrit et avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette insémination ou ce transfert ou du notaire qui l'a reçu »).

<sup>1901</sup> RGPD, art. 7. 3. Le consentement peut être retiré « à tout moment », ce dont la personne est informée, de façon « aussi simple » que quand la personne donne son consentement - sans que cela ne compromette toutefois la licéité du traitement. La règle vaut par extension pour les cookies (CNIL, délib. n° 2020-091, 17 sept. 2020, *portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-93 du 4 juill. 2019*, n° 5 et 31).

<sup>1902</sup> C. civ., art. 348-3, al. 3 et 4. La rétractation peut s'effectuer dans tous les cas dans un délai de deux mois, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par la remise de l'enfant aux parents à leur demande. Mais la rétractation est toujours possible à l'expiration de ce délai : si l'enfant n'a pas encore été placé en vue de son adoption, la rétractation est possible dans tous les cas ; sinon, la personne qui l'a recueilli peut refuser de le rendre, ce que les parents peuvent contester par une saisine du tribunal, qui statue au regard de l'intérêt de l'enfant.

<sup>1903</sup> RGPD, cons. 42.

transparaît des règles applicables à l'adoption : la liberté de consentement des parents à un acte aussi grave que la rupture de leur lien de filiation avec l'enfant, dans un moment de faiblesse possible<sup>1904</sup>, est confrontée à la nécessité de garantir à l'enfant une situation stable - si bien que c'est l'intérêt de l'enfant de retourner ou non dans sa famille de naissance qui sera apprécié<sup>1905</sup>.

**493.** Les hypothèses dans lesquelles aucun délai de réflexion ni de rétractation n'est envisagé peuvent être justifiées de différentes manières. La réflexion et la rétractation constituent davantage des mesures pour des actes exceptionnels, impraticables pour un acte nécessaire ou quotidien. Quant à la rétractation, si la gravité de certains actes pourrait la justifier, comme le mariage ou le changement d'état civil du mineur, les exigences de stabilité de l'état civil justifient autant son exclusion. Il semble surtout qu'elle n'ait pas été envisagée pour nombre d'actes.

#### 4) *Les différences relatives aux conséquences du refus de consentement*

**494.** Les conséquences du refus de consentement sont également traitées différemment. Dans de nombreuses hypothèses, aucune disposition relative au refus de consentement n'est prévue, supposant dès lors qu'il soit respecté. À l'inverse, la loi offre dans certains cas la possibilité de ne pas respecter le refus de consentement. La solution est généralement retenue dans les matières où le consentement entre en collision avec des intérêts divergents. C'est le cas lorsque l'intérêt de l'enfant ou du majeur protégé est en jeu en matière médicale<sup>1906</sup> ou que le refus de consentement des parents à l'adoption est abusif alors qu'ils se sont désintéressés de l'enfant<sup>1907</sup>. L'intérêt de l'enfant<sup>1908</sup> ou du majeur protégé<sup>1909</sup> constitue la finalité de la mesure

---

<sup>1904</sup> F. Eudier, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Adoption », oct. 2008, act. juin 2023, n° 133 ; F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Laszlo-Fenouillet, *Droit civil : la famille*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, n° 769.

<sup>1905</sup> J. Rubellin-Devichi, « Abandon, consentement à adoption et droit de rétractation », *RTD civ.*, 1990, p. 257, qui présente différentes affaires montrant bien la complexité des situations.

<sup>1906</sup> Si ce refus « risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur protégé », alors « le médecin délivre les soins indispensables » (CSP, art. L. 1111-4, al. 9).

<sup>1907</sup> Le juge peut passer outre le refus de consentement des parents ou du conseil de famille à l'adoption de l'enfant, s'il est abusif et si les parents « se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité » (C. civ., art. 348-7). Cette disposition a pour but de garantir l'intérêt de l'enfant, faisant obstacle au consentement, en principe libre, des parents (pour des exemples, v. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 1989, n° 88-17.706 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 nov. 1997, n° 95-20.777).

<sup>1908</sup> « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » (C. civ., art. 371-1, al. 1<sup>er</sup>) et « elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » (C. civ., art. 371-1, al. 2) ; D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, n° 133.251.

<sup>1909</sup> La protection du majeur « a pour finalité l'intérêt de la personne protégée » (C. civ., art. 415, al. 3) ; D. Duval-Arnould, *op. cit.*, n° 133.381.

de protection relativement à sa personne. De la même manière, des soins peuvent être entrepris malgré le refus de consentement du patient<sup>1910</sup>. Quant aux soins psychiatriques, ils peuvent être entrepris sans le consentement du patient. Cette exception, justifiée dans un cas par l'impossibilité de donner son consentement<sup>1911</sup>, l'est aussi dans un autre par des nécessités d'ordre public<sup>1912</sup>. Le refus de consentement à l'atteinte à la vie privée n'a lui-même pas d'incidence lorsque d'autres intérêts sont en jeu, comme la liberté d'expression<sup>1913</sup>. Justifiées par des intérêts supérieurs, ces dispositions ne concernent que certains types de consentements.

##### 5) *Les différences relatives aux conséquences du décès*

**495.** En principe, le décès de la personne empêche l'expression de sa volonté, si bien que son consentement ne peut plus être exprimé. Les actes exigeant le consentement de la personne ne sont donc plus possibles. Cela est parfois spécifié : le consentement authentique à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est privé d'effet<sup>1914</sup>.

**496.** Toutefois, certains actes sont possibles après le décès en se reposant sur l'expression de la volonté. Sans être guidées par une logique commune, les solutions dépendent plutôt de chacun des actes. Dans certains cas, les textes prévoient que la personne puisse exprimer par avance sa volonté, comme les directives anticipées relatives à la fin de vie<sup>1915</sup> ou relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après

---

<sup>1910</sup> CE ass., 26 oct. 2001, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayaké* ; CE, ord. réf., 16 août 2002, n° 249552, publié au Recueil, *Madame Feuillatey c. CHU de St Etienne* ; CE, ord. réf., 20 mai 2022, n° 463713.

<sup>1911</sup> Si les troubles mentaux de la personne « rendent impossible son consentement » (CSP, art. L. 3211-1, al. 1<sup>er</sup>).

<sup>1912</sup> Si les troubles mentaux de la personne « nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public » (CSP, art. L. 3213-1, al. 1<sup>er</sup>).

<sup>1913</sup> A. Lepage, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023, n° 200 : « Il faut enfin préciser que la nécessité de recueillir le consentement ne peut avoir une portée absolue. Les droits de la personnalité ne s'exercent pas en autarcie dans l'ordre juridique, ils peuvent entrer en conflit avec des droits et libertés contraires, comme la liberté d'expression. » Cela « implique en pratique qu'une atteinte peut leur être portée sans que le consentement de la personne soit nécessaire ». Sur les conflits avec le droit à la preuve et la liberté d'expression, v. *ibid.*, n° 294 et s. Pour des arrêts sur le conflit entre liberté d'expression et atteinte à la vie privée, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 2020, n° 19-13.716, publié, n° 7 (« l'atteinte portée à la vie privée d'une personne publique ou au droit dont elle dispose sur son image ne peut être légitimée par le droit à l'information du public que si le sujet à l'origine de la publication en cause relève de l'intérêt général et si les informations contenues dans cette publication, appréciée dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, sont de nature à nourrir le débat public sur ce sujet ») ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 septembre 2009, n° 08-11.112, publié (« chacun [a] le droit de s'opposer à la reproduction de son image hormis le cas de l'exercice de la liberté d'expression »).

<sup>1914</sup> C. civ., art. 342-10, al. 3. L'AMP *post-mortem* est par ailleurs prohibée (CSP, art. L. 2141-2, al. 5) ; ceci malgré un avis favorable du CCNE au transfert d'embryon *post-mortem* (CCNE, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, Avis, n° 113, 10 févr. 2011 ; CCNE, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, Avis n° 129, 18 sept. 2018, p. 128-129.

<sup>1915</sup> CSP, art. L. 1111-11.



le décès<sup>1916</sup> ou encore la reconnaissance d'enfant dans un testament<sup>1917</sup>. La volonté de la personne se prolonge alors après sa mort. Entre anticipation pour la personne et respect des dernières volontés du défunt pour autrui<sup>1918</sup>, la loi assure la continuité de l'expression de la volonté du défunt, là où il aurait dû consentir.

Une autre hypothèse, le mariage posthume, est justifiée par des motifs autant émotionnels que pratiques<sup>1919</sup>. Cette exception dans les règles du mariage répond à des conditions strictes<sup>1920</sup>. Elle permet de combler la souffrance liée au décès du futur époux<sup>1921</sup> mais occupe aussi une fonction technique. Si les effets patrimoniaux du mariage posthume sont inexistants, il permettait autrefois que l'enfant de la femme enceinte soit légitime<sup>1922</sup>. L'institution a perdu ce qui la justifiait avant, la légitimation de l'enfant<sup>1923</sup>. Elle permet aujourd'hui d'invoquer la présomption de paternité de l'époux décédé<sup>1924</sup> et des effets personnels et patrimoniaux<sup>1925</sup>.

Il reste que ces cas sont exceptionnels et justifiés par les conséquences de l'acte auxquels ils se rapportent plus que par des exigences propres au consentement.

#### 6) *Les différences relatives à la loi applicable*

**497.** Le droit international privé agit comme un révélateur des origines des différences de régime des consentements. Pour rappel, plusieurs méthodes existent pour déterminer quelle est la loi applicable à un litige : les règles de conflit de lois, les règles matérielles et la

---

<sup>1916</sup> LIL, art. 85 (L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, art. 63).

<sup>1917</sup> La reconnaissance « est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique » (C. civ., art. 316, al. 3). Par ex. V. Égéa, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Libéralités », déc. 2012, act. oct. 2023, n° 108.

<sup>1918</sup> V. C. Bahurel, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. Grimaldi, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

<sup>1919</sup> M. Massari-Biégelmann, « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et Société*, 1997, vol. 35, n° 1, p. 167. La chercheuse étudie les dispenses pour les mariages consanguins et posthumes accordées entre 1960 et 1991, les dispenses pour mariage posthume étant dans tous les cas les moins fréquemment acceptées. L'étude souligne les places respectives, comme « motif grave » requis par la loi, du motif affectif et du motif lié à la légitimation de l'enfant, ce dernier occupant une place particulière dans les décisions (*ibid.*, spéc. p. 181 et s.).

<sup>1920</sup> C. civ., art. 171. Le consentement doit être établi « sans équivoque » par « une réunion suffisante de faits », des motifs graves doivent justifier le mariage et une autorisation du Président de la République est nécessaire.

<sup>1921</sup> L'article 171 du Code civil, dans sa version actuelle, a été adopté suite à la rupture du barrage de Malpasset ; il s'agit d'une loi de circonstance (L. n° 59-1583 du 31 décembre 1959 relative aux mesures d'aide immédiate prises par l'État à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset, le 2 décembre 1959, dans le département du Var, art. 23). V. A.- M. Leroyer, *Droit de la famille*, Paris : Puf, 2022, p. 354, n° 461.

<sup>1922</sup> *Ibid.*, p. 354, n° 461 ; D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 72, n° 67 et s. ; M. Massari-Biégelmann, *op. cit.*

<sup>1923</sup> D. Fenouillet, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022, p. 73, n° 68.

<sup>1924</sup> M. Lamarche, J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Mariage : conditions de formation », janv. 2014, act. juin 2022, n° 656.

<sup>1925</sup> D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 74, n° 69 ; M. Lamarche, J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, n° 655.

reconnaissance des situations créées à l'étranger<sup>1926</sup>. Or, aucune règle de droit international privé n'est propre à l'ensemble des consentements en droit des personnes. Les consentements répondent des règles applicables propres à chaque acte auquel ils se rapportent.

**498.** Le consentement au mariage et le consentement des parents à l'adoption de leur enfant font l'objet d'une règle matérielle. Le consentement au mariage constitue une exception légale au rattachement personnel des conditions de fond du mariage, puisque « quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180 »<sup>1927</sup>. Il en est exactement de même pour le consentement à l'adoption : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant dans les conditions définies au premier alinéa de l'article 348-3. »<sup>1928</sup> Pour ces deux actes, l'exigence d'un consentement s'impose même si la loi désignée par la règle de conflit ne le prévoit pas. Il s'agit donc d'une règle matérielle<sup>1929</sup>, parfois qualifiée de loi de police<sup>1930</sup>. Le consentement ne fait l'objet d'une règle matérielle explicite que dans ces deux hypothèses, écartant dès lors la possibilité d'un régime commun du consentement en droit international privé.

**499.** À l'inverse, les règles de conflits de lois se saisissent des consentements dans le cadre des actes auxquels ils se rapportent. La désignation de la loi applicable par la règle de conflits de lois fonctionne par catégories. Il convient de qualifier une situation pour la placer dans une catégorie à raison de la « nature du rapport de droit » à laquelle est toujours associé un élément de rattachement, « son élément le plus caractéristique » (déterminé de manière

---

<sup>1926</sup> Par ex. P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2019, p. 94, n° 112. Les auteurs distinguent trois possibilités : « prétendre n'appliquer aucune règle substantielle, en respectant seulement les droits subjectifs acquis », « désigner comme applicable la règle substantielle de l'un des États en présence » et « édicter une règle substantielle spéciale ». Des mécanismes peuvent faire obstacle à l'application de la loi étrangère désignée, comme l'exception d'ordre public international (par ex. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé. 1, Partie générale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 577 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2019, p. 152 et s., n° 204 et s.).

<sup>1927</sup> C. civ., art. 202-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1928</sup> C. civ., art. 370-3, al. 3. Précisons que l'article 370-3 du Code civil applicable au consentement à l'adoption a une portée qui a été relativisée (v. par ex. J. Guillaumé, « L'adoption étrangère prononcée sans le consentement du parent biologique de l'enfant n'est pas contraire à l'ordre public international français », *D.*, 2020, p. 130), notamment car il n'a pu être opposé à l'exequatur de jugements étrangers (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2019, n° 18-18.855 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2016, n° 16-23.471, publié).

<sup>1929</sup> Pour le mariage, v. B. Bourdelois, *Rép. internat. Dalloz*, v° « Mariage », mai 2022, n° 49 ; pour l'adoption, v. J. Foyer, *Rép. internat. Dalloz*, v° « Adoption », sept. 2003, n° 215 et s., spéc. n° 220 ; B. Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du code civil (Loi n° 2001-111 du 6 février 2001) », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 347, p. 3.

<sup>1930</sup> Pour le mariage, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé. 2, Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, n° 722, note de bas de page n° 2 ; I. Barrière Brousse, *JCl. Droit international*, fasc. 546-10, févr. 2015, n° 55.

fonctionnelle<sup>1931</sup>), qui permet de désigner la loi applicable<sup>1932</sup>. Cette méthode implique un traitement thématique des consentements au regard de l'acte pour lequel ils sont donnés. Par exemple, si le principe du consentement des époux est une loi matérielle, il pourrait en aller autrement des vices pouvant affecter ce consentement car les « conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux »<sup>1933</sup>. De même, le consentement au divorce relève en principe des règles de conflits de lois applicables au divorce<sup>1934</sup>. L'atteinte à la personnalité, dont la vie privée, pourrait quant à elle relever des règles de conflits de lois applicables aux délits et donc se voir appliquer la loi du lieu où les faits ont été commis et non la loi personnelle de la victime<sup>1935</sup>. Quant aux dispositions bioéthiques, leur régime ne semble pas fixé précisément pour cette raison<sup>1936</sup> : les questions de qualification au cœur de la matière rendent complexe le rattachement à une catégorie<sup>1937</sup>. À cela s'ajoutent les rattachements à d'autres catégories<sup>1938</sup> : état des personnes en ce qui concerne le consentement des mineurs et

<sup>1931</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé. 1, Partie générale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, n° 350.

<sup>1932</sup> *Ibid.*, n° 348.

<sup>1933</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2016, n° 15-14.666. Notons que cette jurisprudence s'inscrit dans un débat autour de la portée de l'article 202-1, al. 1<sup>er</sup> du Code civil (v. sur cette jurisprudence E. Ralser, « La loi applicable au consentement à mariage », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 668).

<sup>1934</sup> A. Boiché, « Chapitre 713 - Divorce par consentement mutuel en droit international privé », in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd., n° 712.31 ; A. Boiché, « Chapitre 712 - Loi applicable » in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd. sur la loi applicable au divorce (article 309 du Code civil puis règlement Rome III).

<sup>1935</sup> P. Bourel, *Rép. internat.* Dalloz, v° « Responsabilité civile », déc. 1998, act. juill. 2022, n° 156 et s.

<sup>1936</sup> A cette première difficulté s'ajoute la place importante de l'ordre public et d'éventuelles lois de police (C. Labrusse-Riou, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en questions », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Comité Français de Droit International Privé, Paris : Pedone, 2004, p. 47, spéc. p. 57 et s., ; F. Monéger, « L'accouchement sous X d'une mère de nationalité étrangère », *RDSS*, 2004, p. 691 ; M. Josselin-Gall, *Rép. internat.* Dalloz, v° « Bioéthique », oct. 2011, n° 31 : « réfutation de la création d'une catégorie de rattachement "bioéthique", soumise à la méthode des lois de police »). Il reste que la constance de la condition de consentement dans de nombreux textes internationaux contribue à réduire l'intérêt pratique de la détermination de la loi applicable au principe du consentement en matière biomédicale.

<sup>1937</sup> C. Labrusse-Riou, *loc. cit.* : « Or dans le premier cas, le rattachement de la matière en vue de déterminer la loi applicable, s'agissant du corps humain ou des informations génétiques, pourrait dépendre, selon l'objet du litige, soit du statut personnel, soit du statut réel, soit de la loi contractuelle. Or, faute de réflexion encore suffisante sur la nature juridique et la qualification du corps et des droits relatifs au corps, faute de qualification en termes de droit de propriété ou de biens, faute de qualification contractuelle des opérations d'expérimentation ou de dons d'éléments ou de produits du corps humain, faute de savoir si l'exigence du consentement de la personne traduit une forme de disponibilité juridique, le classement des droits relatifs à ces choses ou à ces actes dans une catégorie du droit international privé, s'avère difficile. Il n'est pas impossible mais il n'est pas envisagé. » V. également M. Josselin-Gall, *loc. cit.*, n° 40 : « On a déjà exposé les raisons pour lesquelles il n'était pas opportun de conférer à l'ensemble du dispositif interne français en matière de bioéthique le caractère de loi de police [...]. En revanche, on peut considérer que le périmètre de la libre disposition de soi, dans la mesure où il conditionne l'élection d'une catégorie de rattachement - sans préjuger de laquelle entre statut personnel, filiation ou contrat - doit être examiné selon la loi française en tant que *lex fori* : il s'agit d'une question de conflit de qualifications [...]. » Une « application combinée de la loi nationale du sujet et de la loi du territoire où l'équipe médicale procède à une intervention relevant de la bioéthique » a été proposée (*ibid.*, n° 41).

<sup>1938</sup> *Ibid.*, n° 31 : « En outre, il semble conceptuellement difficile de créer une nouvelle catégorie de rattachement "bioéthique" en droit international privé pour deux raisons essentielles. La première est que cette matière n'est tout simplement pas nouvelle : les auteurs spécialistes de cette question soulignent qu'elle n'est que le prolongement contemporain de questions immémoriales, qui gravitent autour de l'éthique médicale dont les

majeurs protégés<sup>1939</sup> et filiation en ce qui concerne les conséquences de l'assistance médicale à la procréation<sup>1940</sup>, dont le consentement authentique à l'assistance médicale à la procréation<sup>1941</sup>.

**500.** Le droit international privé illustre ainsi l'absence d'unité du consentement au profit d'un rattachement des consentements aux actes auxquels ils se rapportent, confirmant la diversité de régime des consentements. La diversité des consentements en droit positif interroge l'analyse doctrinale qui en est faite.

## **§2. Une remise en cause de l'analyse doctrinale**

**501.** La diversité des règles encadrant les consentements force à remettre en cause l'analyse en termes de théorie générale. L'approche civiliste du consentement en droit des personnes est ainsi toute relative (**A**). En outre, la théorie contractuelle du consentement n'est pas à même de saisir la diversité des consentements (**B**). Le principe même d'une théorie générale du consentement doit finalement être remis en cause (**C**).

### **A. La relativité du cadre civiliste**

**502.** Contrairement aux apparences, il est relativement complexe de saisir l'unité d'un « droit des personnes » en droit français (**1**). Sans doute serait-on inspiré, pour en comprendre les

---

racines remontent au serment d'Hippocrate. La seconde est que le dénominateur commun "bioéthique" des situations de fait extrêmement variées que ce vocable recouvre n'est en fait que la démultiplication de la puissance humaine par l'apparition de nouvelles techniques. Il semble dès lors plus sage de retrouver les institutions juridiques que ces nouveaux moyens renouvellent, plutôt que de leur assigner indifféremment un rattachement à la loi française, sous prétexte que l'on ne retrouverait plus leurs physionomies habituelles. » Pour la juriste, les questions bioéthiques relèveraient ainsi principalement du statut personnel et de la filiation (*ibid.*, n° 33).

<sup>1939</sup> *Ibid.*, n° 41 : « En vertu de ces dispositions, toute personne qui résiderait sur le territoire français peut bénéficier de soins et diagnostics, tels qu'ils sont envisagés par la pratique médicale locale. Est-ce alors conférer à la loi française la valeur d'une loi de police ? Pas exactement : le rattachement à la loi française en tant que loi de la résidence de l'utilisateur du système de santé permet d'interroger sa loi nationale dans l'hypothèse de la minorité du patient ou d'un incapable majeur, en ce qui concerne son consentement à l'acte et son éventuelle représentation. »

<sup>1940</sup> Est ainsi proposée une « dissociation entre la loi applicable à l'accès à l'AMP et la loi applicable aux filiations qui en sont issues » : d'un côté, la « loi applicable à l'accès à l'AMP » est la « loi du territoire où est implanté l'organisme qui met en œuvre le protocole clinique » (M. Josselin-Gall, *loc. cit.*, n° 49), de l'autre, la « loi applicable aux filiations issues d'une AMP » (*ibid.*, n° 50). Sur la question, v. également D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé. 2, Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 213, n° 778 et s. ; G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé : une perspective postmoderne*, préf. H. Muir Watt, Aix-en-Provence : PUAM, 2006.

<sup>1941</sup> M. Josselin-Gall, *loc. cit.*, n° 51 : « Diverses propositions ont été avancées pour le rattachement des filiations issues de l'AMP. Bien que le pivot de la filiation d'un enfant issu d'une telle technique procréatique soit le consentement des parents d'intention [...], aucun auteur n'a proposé le rattachement de ce type de filiation à la catégorie contractuelle. »

raisons, de lire certains droits étrangers qui ne retiennent pas l'existence d'une telle branche du droit et n'en pensent pas l'unité (2).

1) *La difficile unité du droit des personnes en droit français*

**503.** Malgré les représentations qui en sont faites, le droit des personnes ne se limite pas au seul droit civil. Il existe aujourd'hui un « mouvement de parcellisation de l'étude du droit des personnes »<sup>1942</sup>. D'ailleurs, le droit des personnes est déjà enseigné en dehors du droit civil. C'est le cas du droit à la protection des données personnelles, étudié dans des ouvrages spécialisés distincts, du droit médical, présenté dans des manuels de droit de la santé. Sur le fond également, le droit des personnes est organisé par des règles qui ne sont pas exclusivement civilistes mais relèvent par exemple du droit pénal ou du droit public<sup>1943</sup>.

**504.** Il existe un droit pénal des personnes issu du deuxième livre du Code pénal. On le retrouve dans la première composante de la partie spéciale du Code pénal, intitulée « Des crimes et délits contre les personnes »<sup>1944</sup>. Une brève lecture de son plan nous dévoile quelle vision de la personne est traduite par le Code pénal. Le droit pénal agit en effet comme un révélateur des principes fondamentaux attachés à la personne : « le droit pénal spécial [...] permet d'instaurer un certain ordre social en consacrant quelques principes moraux essentiels dans lesquels une époque se reconnaît »<sup>1945</sup>. Par la protection de la personne humaine et son espèce, sont ainsi préservées sa personnalité, sa dignité, sa vie, son intégrité, mais aussi sa famille. En ce sens, le Code pénal propose une conception large de la personne qui se rapproche de celle du Code civil<sup>1946</sup>. La protection de la personne humaine par le Code pénal, au premier plan de sa partie spéciale, est nouvelle, puisqu'en 1810 son plan d'étude était inversé<sup>1947</sup>. Sa conception révélait l'importance première de la protection étatique, celle secondaire des personnes, d'ailleurs qualifiées de manière révélatrice d'« individus » et étroitement liées à leur droit de propriété, valeur cardinale protégée par le Code civil de 1804. En 1992, deux ans avant

---

<sup>1942</sup> F. Bellivier, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023, p. 22, n° 7.

<sup>1943</sup> Le droit civil de la famille existe lui-même en dehors du Code civil, v. D. Fenouillet, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 2005, n° 188, p. 3.

<sup>1944</sup> V. P. Couvrat, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 469.

<sup>1945</sup> P. Conte, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2019, p. 3.

<sup>1946</sup> Il consacre d'ailleurs, contrairement au Code civil silencieux sur ce point, la distinction entre personne physique et personne morale, en étudiant leur responsabilité pénale (C. pén., art. 121-2).

<sup>1947</sup> L'ancien Code pénal traitait ainsi d'abord des crimes et délits contre la chose publique (Titre I), puis ensuite des crimes et délits contre les particuliers (Titre II), eux-mêmes divisés entre ceux contre les individus (Chapitre 1) et contre les propriétés (Chapitre 2).

le vote des trois premières lois bioéthiques, s'opère un renversement de l'échelle de protection pénale des personnes, qui constituent alors la première protection pénale française.

**505.** Il existe aussi un droit public des personnes<sup>1948</sup>. On le retrouve dans les attributions de l'officier d'état civil, les dispositions relatives à la nationalité, le droit médical hospitalier ou les attributions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en matière de données personnelles. Le droit de la santé constitue ainsi aujourd'hui un pan majeur du droit des personnes, en les plaçant au premier rang de ses dispositions. L'ancien Code de la santé publique, créé en 1953<sup>1949</sup>, portait une organisation bien différente, qui trouvait son fondement dans une vision institutionnelle de la santé publique française<sup>1950</sup>. En 2000, la partie législative du Code de la santé publique est modifiée<sup>1951</sup>, pour aboutir à un texte valorisant la protection des personnes, choix illustré par la structure du code<sup>1952</sup>. C'est ainsi avec l'ordonnance du 15 juin 2000 que « les droits de la personne ont fait leur entrée dans le même code, en exergue, et non plus à l'occasion de chaque réglementation spécifique »<sup>1953</sup>. Ce mouvement s'est poursuivi avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé<sup>1954</sup>. De cette manière, « ces droits de la personne ont pris une nouvelle dimension, nécessitant de leur consacrer tout un livre, à savoir le premier »<sup>1955</sup>. Le nouveau Code de la santé publique s'ouvre ainsi sur des dispositions protégeant les personnes et leurs droits<sup>1956</sup>.

---

<sup>1948</sup> Ce qu'a montré Éric Millard à propos du droit de la famille (É. Millard, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. J.-A. Mazères, M.-A. Cohendet, Paris : LGDJ, 1995) ; v. également *Le droit non civil de la famille*, préf. J. Carbonnier, Paris : Puf, 1983.

<sup>1949</sup> Décret n° 53-1001 du 5 oct. 1953 portant codification des textes législatifs concernant la santé publique.

<sup>1950</sup> Étaient ainsi successivement traitées la protection générale de la santé publique (mesures sanitaires générales, contrôle sanitaire aux frontières et mesures d'hygiène particulières), la protection sanitaire de la famille et de l'enfance, la lutte contre les fléaux sociaux, les professions médicales et auxiliaires médicaux, etc.

<sup>1951</sup> Ord. n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique.

<sup>1952</sup> Le rapport au Président de la République constate que très peu d'articles du code de 1953 trouvaient encore à s'appliquer : « l'intervention du législateur dans le domaine de la santé publique n'a cessé de s'étendre en raison notamment de l'évolution des techniques, de l'apparition de nouveaux risques, du développement de la bioéthique, de la sécurité sanitaire et de l'apport du droit communautaire » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, 22 juin 2000).

<sup>1953</sup> J.-P., Markus, D. Cristol, J. Peigné, *Code la santé publique*, 34<sup>ème</sup> éd. Paris : Dalloz, 2020, v° « Première partie : protection générale de la santé ».

<sup>1954</sup> L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>1955</sup> J.-P., Markus, D. Cristol, J. Peigné, *loc. cit.* ; v. aussi sur ce point, pour une approche générale, M. Borgetto, « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après », *RDSS*, 2012, p. 411.

<sup>1956</sup> Première partie : Protection générale de la santé

Livre Ier : Protection des personnes en matière de santé

Titre Ier : Droits des personnes malades et des usagers du système de santé

Chapitre préliminaire : Droits de la personne

**506.** La perspective offerte par les droits étrangers révèle qu'une diversité du droit des personnes est tout à fait possible, la branche du droit étant peu existante dans de nombreux droits.

2) *Une branche du droit peu existante dans les droits étrangers*

**507.** La constitution du droit des personnes comme branche du droit autonome semble constituer une spécificité française, autant d'un point de vue légistique que dans l'enseignement<sup>1957</sup>. Les exemples occidentaux belge, allemand et américain soulignent ainsi la relativité de l'unité du droit des personnes, au profit d'une plus grande diversité dans des systèmes de droit différents.

**508.** Le Code civil belge initial est une modification du code Napoléon qui s'appliquait au territoire belge actuel. Depuis 2015, une réforme de l'ensemble du Code civil belge est à l'œuvre comme dans le domaine des régimes matrimoniaux et des successions<sup>1958</sup> ou des obligations<sup>1959</sup>. La nouvelle structure du Code civil a été adoptée en 2019<sup>1960</sup> et diffère sensiblement de celle qui était auparavant inscrite dans le Code civil, identique au Code civil de 1804. Le Code civil belge serait désormais construit en neuf livres, dont les deux premiers s'intituleraient respectivement « Dispositions générales » et « Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples ». Le droit des personnes belge, tel que retranscrit dans le futur Code civil, ne comprend donc plus les questions familiales, puisque ces notions sont distinguées dans le titre. Les relations patrimoniales des couples, soit notamment les questions de régimes matrimoniaux et de successions, sont distinguées du droit de la famille mais incluses dans l'ensemble comprenant les personnes, la famille et le couple, alors qu'elles étaient jusqu'alors traitées au sein du livre III, « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». On retrouve ici un choix doctrinal : la conception politique napoléonienne de la personne, dont le statut familial intègre totalement sa perception par le droit, ne représente plus la vision actuelle de la personne, davantage saisie en son corps par exemple. Toutefois, le

---

<sup>1957</sup> V. déjà F. Bellivier, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ : Lextenso éditions, 2015, p. 20, n° 7 ; J.-M. Bruguière, B. Gleize, *Droit des personnes*, Paris La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023, p. 9, n° 14.

<sup>1958</sup> L. du 31 juill. 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière ; L. du 22 juill. 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière.

<sup>1959</sup> Proposition de loi du 3 avr. 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil.

<sup>1960</sup> L. du 3 avr. 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », art. 2.

législateur admet la proximité des droits des personnes, de la famille et du couple patrimonial, en les incluant dans un même livre. Sans en savoir plus actuellement sur le contenu de ce futur Livre II, le droit des personnes semble encore ne viser que les personnes physiques, en étant étroitement lié au droit de la famille, lequel ne concerne pas les personnes morales.

**509.** Cette conception moins autonome du droit des personnes s'étend à l'enseignement. Ainsi, il existe en Bachelier à l'Université de Liège un cours de « droit des personnes et des familles »<sup>1961</sup> et à l'Université de Saint Louis un cours de « droit des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux »<sup>1962</sup>. Mais, à l'inverse, à l'Université Libre de Bruxelles, il n'existe pas de cours en droit des personnes. Il n'est abordé en Bachelier ni dans le cours de « droit civil et fondements de droit romain »<sup>1963</sup> ni dans celui de « droit familial » qui envisage tout de même les incapacités<sup>1964</sup>. De même, en Bachelier à l'Université de Namur, il n'existe pas de cours de droit des personnes, mais un cours de droit de la famille<sup>1965</sup>, un autre de droit de la jeunesse<sup>1966</sup> ou encore un intitulé « numérique, droits fondamentaux et cybercriminalité »<sup>1967</sup>.

**510.** Le droit allemand ne comprend pas non plus de « droit des personnes ». D'un point de vue légistique, le Code civil allemand ou le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>1968</sup>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900, comporte une partie générale (*allgemeiner Teil*, Livre 1) longue et analytique. Elle est propre au système de droit dans lequel elle s'inscrit et diffère ainsi du livre préliminaire du Code civil<sup>1969</sup>. Les livres suivants constituent ensemble les quatre parties spéciales du code et traitent respectivement des rapports d'obligation, des biens, de la famille et des successions. Les « personnes », premier paragraphe du Livre 1<sup>er</sup>, ouvrent le BGB et sa

---

<sup>1961</sup> « 2023-2024/DROI8042-1 Droit des personnes et des familles », *Liège Université*, en ligne : <https://www.programmes.uliege.be/cocoon/20232024/cours/DROI8042-1.html> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1962</sup> « DROI1314 - Droit des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux », *UC Louvain-Saint-Louis de Bruxelles*, en ligne : <https://www.usaintlouis.be/sl/2022/CDROI1314.html> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1963</sup> « DROI-C1002 Droit civil et fondements de droit romain », *Université libre de Bruxelles*, en ligne : <https://www.ulb.be/fr/programme/droi-c1002> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1964</sup> « DROI-C3005 Droit familial », *Université libre de Bruxelles*, en ligne : <https://www.ulb.be/fr/programme/2021-droi-c3005> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1965</sup> « Droit de la famille [DROIB212] », *Université de Namur*, en ligne : <https://directory.unamur.be/teaching/courses/DROIB212> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1966</sup> « Droit de la jeunesse [DROIB220] », *Université de Namur*, en ligne : <https://directory.unamur.be/teaching/courses/DROIB220> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1967</sup> « Numérique, droits fondamentaux et cybersécurité », *Université de Namur*, en ligne : <https://directory.unamur.be/teaching/courses/DROIB329> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1968</sup> Pour un aperçu concis des principaux enjeux du Code civil allemand, v. C. Witz, *Le droit allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 12 et s., p. 94 et s.

<sup>1969</sup> V. sur ce point O. Ionescu, « Le problème de la partie introductive du code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, n° 3, 1967, p. 594.



partie préliminaire, dont la suite des articles concerne d'autres matières fondamentales<sup>1970</sup>. Cette partie relative aux personnes se décompose en deux titres : « personnes physiques<sup>1971</sup>, consommateurs, entrepreneurs<sup>1972</sup> » et « personnes morales »<sup>1973</sup>. Cette distinction renvoie à un modèle des personnes en droit allemand. Par sa place dans le Code, le sujet de droit semble être à la source de la réflexion civiliste allemande ; par cette subdivision, on signale l'existence de deux types de personnes en droit, personnes physiques et morales. Quant au détail des dispositions, il affine cette vision du droit allemand des personnes. Les personnes physiques et morales ne sont pas définies en tant que telles mais, dans les deux cas, les premières dispositions les concernant ont trait à la capacité et la naissance : naissance physique ou naissance virtuelle. Autrement dit, les personnes sont d'abord définies par leur capacité, « c'est-à-dire par leur aptitude à être titulaires de droits et d'obligations »<sup>1974</sup>. Plus particulièrement concernant les personnes physiques, les quelques dispositions suivantes traitent de leur majorité, de leur domicile et de leur nom. Ainsi, le droit civil des personnes, tel qu'il est ordonnancé par le Code civil allemand, renvoie à une conception de la personne comme sujet de droit, notion fondamentale du droit civil. Avec l'introduction du droit de la consommation, la personne physique particulière que représente le consommateur acquiert également une place dans cet ordonnancement. L'équivalent du droit des personnes civil français se construit pour le reste en dehors du BGB en droit allemand. La protection du corps humain et de la vie privée est par exemple réalisée dans la Loi fondamentale allemande, qui protège la dignité de la personne<sup>1975</sup> et le libre développement de sa personnalité<sup>1976</sup>. Des lois particulières non codifiées régulent par exemple la transition de genre<sup>1977</sup> ou les règles relatives à l'état civil des personnes<sup>1978</sup>. En définitive, seul le droit de la famille fait ainsi partie du BGB, en son quatrième livre<sup>1979</sup>.

**511.** Cette approche se retrouve dans l'enseignement du droit en Allemagne, où le « droit des personnes » n'existe pas et où les questions qui en relèveraient en France sont étudiées de manière parcellaire dans des cours spécifiques. À l'Université Humboldt de Berlin, mis à part

<sup>1970</sup> Les choses et animaux, les actes juridiques, les délais, la prescription, etc.

<sup>1971</sup> En allemand, *natürliche Personen*.

<sup>1972</sup> Ajout de ces deux termes par la *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechtssowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro* du 27 juin 2000.

<sup>1973</sup> En allemand, *juristische Personen*.

<sup>1974</sup> G. Lardeux, R. Legeais, M. Pedamon, C. Witz, *Code civil allemand. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, Paris : Dalloz, 2010, p. 19.

<sup>1975</sup> GG, art. 1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1976</sup> GG, art. 2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1977</sup> *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)* du 10 sept. 1980.

<sup>1978</sup> *Personenstandsgesetz (PStG)* du 19 févr. 2007.

<sup>1979</sup> BGB, § 1297 et s.

les cours de droit constitutionnel, il existe un cours du droit de l'internet<sup>1980</sup>, un sur les infractions sexuelles<sup>1981</sup> ou encore un sur le droit pénal médical<sup>1982</sup>. De même, à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich, on trouve un cours de droit de la personnalité en droit civil<sup>1983</sup>, un autre en problèmes actuels de droit pénal et en particulier de droit pénal médical<sup>1984</sup> et un en droit des réfugiés<sup>1985</sup>.

**512.** La même logique se retrouve aux États-Unis, où le droit des personnes ne constitue pas une discipline unique qui répondrait à une théorie générale, mais plutôt une multitude de matières différentes. Pour ne se concentrer que sur l'exemple révélateur des enseignements, prenons l'exemple des cours à l'Université Harvard. On y trouve des cours tels que « *Civil Rights Litigation* », « *Disability , Human Rights Law and Development* », « *Family Law* », « *Gender Identity, Sexual Orientation, and the Law* », « *Gender Violence, Law and Social Justice* », « *Health Care Rights in the Twenty-First Century* », « *Health Law, Policy, Bioethics, and Biotechnology Workshop* », « *Reproductive Rights Advocacy* », « *Immigration Law* », « *Lawyering for Children & Youth Clinical Seminar* », « *Reproductive Rights and Justice* », « *Transgender Law & Politics* »<sup>1986</sup>. Ces cours recoupent tous les thématiques abordées en droit des personnes français, mais aucun cours de « droit des personnes » n'existe en tant que tel.

**513.** L'approche doctrinale civiliste du consentement en droit des personnes doit beaucoup à la manière dont la discipline est envisagée en droit français. La construction d'une théorie

<sup>1980</sup> « Internetrecht - Detailseite », *Humboldt Universität zu Berlin*, en ligne : <https://agnes.huberlin.de/lupo/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=213046&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1981</sup> « Sexualstrafrecht - Detailseite », *Humboldt Universität zu Berlin*, en ligne : <https://agnes.huberlin.de/lupo/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=205794&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1982</sup> « SE Medizinstrafrecht - Detailseite », *Humboldt Universität zu Berlin*, en ligne : <https://agnes.huberlin.de/lupo/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=204793&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1983</sup> « Allgemeines Persönlichkeitsrecht - Einzelansicht », *Ludwig-Maximilians-Universität München*, en ligne : <https://lsf.verwaltung.uni-muenchen.de/qisserver/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=926879&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1984</sup> « Aktuelle Probleme des Strafrechts, insbesondere des Medizinstrafrechts - Einzelansicht », *Ludwig-Maximilians-Universität München*, en ligne : <https://lsf.verwaltung.uni-muenchen.de/qisserver/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=985009&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1985</sup> « Flüchtlingsrecht - Einzelansicht », *Ludwig-Maximilians-Universität München*, en ligne : <https://lsf.verwaltung.uni-muenchen.de/qisserver/rds?state=verpublish&status=init&vmfile=no&publishid=983720&moduleCall=webInfo&publishConfFile=webInfo&publishSubDir=veranstaltung> (consulté le 30 janv. 2024).

<sup>1986</sup> <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/index.html?year=2022-2023&keywords=&faculty=&term=&subject=&otherFilter=&rows=50>

générale du consentement en droit des personnes devait beaucoup à l'unité formée par cette matière au sein du droit civil. La réalité de la diversité des consentements en droit positif s'accompagne de son côté de la remise en cause de l'unité du droit des personnes. Le droit des personnes regroupe des dispositions transversales et l'approche comparative montre qu'il est possible de le saisir autrement qu'en une seule entité civiliste. La conceptualisation unitaire du consentement est ainsi remise en cause. Le constat de la relativité de la théorie générale contractuelle complète ce raisonnement.

## B. La relativité de la théorie générale contractuelle

**514.** La diversité d'appréhension des consentements remet en cause les approches doctrinales civilistes. La théorie générale contractuelle s'avère toute relative au regard de la formulation de propositions doctrinales alternatives. L'exemple ancien de la relation médicale (1), l'exemple récent des données personnelles (2) et l'exemple original du consentement comme fait justificatif (3) illustrent la possibilité d'autres modèles de systématisation du consentement<sup>1987</sup>.

### 1) *L'exemple ancien de la relation médicale*

**515.** Les études doctrinales sur la relation médicale ont montré que le consentement médical n'était pas nécessairement de nature contractuelle.

**516.** Pour rappel, des débats ont entouré la qualification de la relation médicale à raison du régime de responsabilité qui lui était appliqué. La Cour de cassation avait qualifié la responsabilité médicale de délictuelle dans l'arrêt *Thouret Noroy* de 1935<sup>1988</sup>. Elle renverse sa jurisprudence en 1936 dans l'arrêt *Mercier*, en estimant qu'« il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat » et que « la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle [“de donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science”], est sanctionnée par une

---

<sup>1987</sup> La liste n'est pas exhaustive et une conceptualisation alternative pourrait reposer sur d'autres fondements. Par exemple, Maxence Christelle propose dans sa thèse un concept de consentement « comme sentir avec », v. M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotive-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2014 ; M. Christelle, « Consentement et preuves du consentement dans le contentieux du droit d'asile devant la Cour nationale du droit d'asile. Regards croisés entre théorie et pratique », in *Consentement et droit public : actes de la journée d'étude du département de droit public de l'école doctorale de l'École de droit de la Sorbonne organisée le 22 septembre 2020*, L. Fort, J.- B. Guyonnet (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, p. 139, spéc. p. 146.

<sup>1988</sup> Cass. req., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy*.

responsabilité de même nature, également contractuelle »<sup>1989</sup>. Près de soixante-dix ans plus tard, la loi du 4 mars 2002 instaure un régime spécial de responsabilité délictuelle des professionnels de santé<sup>1990</sup>. Parallèlement, la Cour de cassation estimait en 1942 que l'obtention du consentement du patient était une obligation incombant au chirurgien, « imposée par le respect de la personne humaine »<sup>1991</sup>. La loi du 4 mars 2002 entérine formellement cette exigence à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. S'est dès lors posée la question de la qualification du consentement à l'acte médical<sup>1992</sup>. Lorsque l'acte médical était qualifié de contrat en raison de son régime de responsabilité, le consentement requis pouvait correspondre au consentement contractuel - une interprétation d'ailleurs discutable. Cette facilité de qualification devient plus ardue dès lors que l'acte médical est soumis à un régime de responsabilité délictuelle. Ce questionnement a été renforcé par le changement de l'état d'esprit de la loi, qui met en avant la participation du patient à une « décision médicale »<sup>1993</sup>. C'est autour de cette qualification duale de la relation médicale, et ainsi du consentement requis, que la qualification contractuelle apparaît relative.

**517.** Certains auteurs estiment que l'acte médical est de nature contractuelle. Le consentement médical constitue la condition de formation du contrat médical<sup>1994</sup> ou formait, avant la loi de 2002, une obligation contractuelle à la charge du médecin, c'est-à-dire une obligation d'exécution et non de formation du contrat<sup>1995</sup>. À l'inverse, d'autres auteurs estiment que l'acte médical n'est pas contractuel et, partant, le consentement médical non plus<sup>1996</sup>. L'acte médical pourrait être qualifié d'acte juridique, ramenant à une qualification bien connue. C'était

<sup>1989</sup> Dont « l'action civile [a] ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante » (Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier*).

<sup>1990</sup> L. du 4 mars 2002, CSP, art. L. 1142-1 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 2010, n° 09-69.195, publié.

<sup>1991</sup> Cass., 28 janv. 1942, *Parcelier c. Teyssier*.

<sup>1992</sup> Sur l'articulation entre l'évolution des règles relatives à la nature de la responsabilité médicale et la nature du consentement médical, v. par ex. I. Tosi-Dupriet, « Le consentement aux atteintes aux droits de la personnalité, un fait juridique : la doctrine Ancel », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, P. Deumier, O. Gout, D. Hiez, I. Maria, A. Prüm (dir.), Bruxelles : Larcier, 2021, p. 587, spéc. p. 594.

<sup>1993</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 1<sup>er</sup> : « 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. »

<sup>1994</sup> C'est par exemple ce que soutient Gérard Mémeteau (G. Mémeteau, M. Girer, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Bordeaux : LEH Édition, 2016).

<sup>1995</sup> A. Laude, D. Tabuteau, X. Bioy, *Droit de la santé*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Puf, 2020, n° 300 et s.

<sup>1996</sup> C'est l'opinion soutenue par Marion Girer (G. Mémeteau, M. Girer, *op. cit.*, p. 310 et s. ; M. Girer, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, avant-propos M.-F. Callu, F. Villa, préf. G. Mémeteau, Bordeaux : Les Études hospitalières, 2008). V. également L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, G. Wicker (dir.), Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 437, spéc. p. 749 et s. (« Il nous semble qu'à force de multiplier les dérogations aux principes contractuels, le rapport patient-médecin s'en éloigne trop. Le contenu n'est pas contractuel, le consentement à l'acte n'est pas contractuel. Il convient donc de quitter le modèle contractuel, et plus largement le modèle des actes juridiques. »). Également *ibid.*, p. 756 (« l'acte juridique n'a donc pas le monopole du consentement »).

le point de départ de la thèse de Benjamin Moron-Puech, qui construit l'acte médical comme alternative aux limites juridiques conceptuelles du contrat<sup>1997</sup>. Dans ce cas, le consentement médical répondrait de cette théorie générale. Enfin, en se focalisant sur le consentement médical lui-même, Anne Laude rappelle que pour certains auteurs, le consentement constitue un droit fondamental et non plus une obligation contractuelle depuis la loi de 2002<sup>1998</sup>.

**518.** Reste une approche médiane, selon laquelle il pourrait toujours exister un contrat médical, l'exigence de consentement du patient relevant en revanche du domaine extracontractuel. Il existerait donc un consentement au contrat médical et un consentement du patient à l'acte médical<sup>1999</sup>. Cette approche montre précisément que l'existence d'un consentement n'implique pas toujours un contrat, alors même qu'il est donné dans le cadre d'une relation contractuelle. Il pourrait donc exister une déconnexion intellectuelle entre le consentement et le contrat. Mustapha Mekki l'avance dans sa thèse, en affirmant qu'« il faut opérer une distinction entre le consentement au contrat et le consentement légitimant l'intervention portant atteinte à l'intégrité corporelle. Lorsque le corps humain est l'objet d'un contrat, il existe un consentement à “triple détente”. Le premier consentement forme le contrat. Le second consentement, “assentiment distinct du contrat”, intervient pour légitimer l'atteinte à l'intégrité corporelle. Cet assentiment est fondé sur le respect d'une liberté individuelle, composante de la dignité de la personne humaine. Le consentement ainsi donné n'a donc pas pour source le contrat, mais le respect de la dignité de la personne humaine »<sup>2000</sup>. Stéphane Prieur présentait déjà une analyse similaire, sur laquelle Mustapha Mekki s'appuie. Il y aurait un consentement au contrat médical et un « consentement autonome », « manifestation d'une volonté particulière, celle d'un acte unilatéral d'autorisation autonome, au sein d'un rapport contractuel », qui « n'est plus une condition de formation du contrat, c'est un acte d'autorisation qui est déplacé au stade de l'exécution de ce contrat »<sup>2001</sup>.

L'originalité de la déconnexion entre consentement et contrat se trouve toutefois érodée si le consentement extracontractuel est pensé comme l'élément d'un acte juridique. Dans ce cas, son appréhension revient aux analyses classiques, peu éloignées de l'appréhension contractuelle.

---

<sup>1997</sup> B. Moron-Puech, *L'acte juridique : une réponse à la crise du contrat*, préf. D.Fenouillet, postface J. Combacau, Paris La Défense : LGDJ, 2020, n° 57 et s.

<sup>1998</sup> A. Laude, D. Tabuteau, X. Bioy, *Droit de la santé*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Puf, 2020, n° 300 et s.

<sup>1999</sup> *Ibid.* ; B. Moron-Puech, *op. cit.*, n° 78 et s.

<sup>2000</sup> M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 2004, p. 305, n° 499.

<sup>2001</sup> S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. E. Loquin, Bordeaux : Les Études hospitalières, 1999, p. 171 et s., n° 243 et s., spéc. p. 174-175, n° 246.

Nous avons précisément évoqué cette limite à propos de l'argumentation de Mustapha Mekki, qui qualifie le consentement non contractuel d'acte juridique unilatéral<sup>2002</sup>.

**519.** Des qualifications originales du consentement non contractuel ont toutefois été développées. Le consentement pourrait faire partie de la décision médicale. Pascal Lokiec, partant des rapports entre consentement et contrat dans la relation médicale, propose de développer l'analyse à partir du terme de décision<sup>2003</sup>, figurant dans la loi du 4 mars 2002<sup>2004</sup>. Selon lui, en effet, « c'est que le droit médical abrite une double conception du rapport entre le patient et son médecin, d'un côté un rapport contractuel par lequel le patient est un contractant et exprime sa volonté, de l'autre un rapport de pouvoir par lequel il est une personne et oppose ses droits fondamentaux »<sup>2005</sup>. Dans la continuité des analyses faisant cohabiter consentements contractuel et non contractuel, une qualification originale du consentement voit le jour. Rapportée face à la décision, cette fois du médecin, liée au « rapport de pouvoir qui se noue entre le médecin et son patient », le médecin étant « détenteur du pouvoir », il y aurait une « co-décision »<sup>2006</sup>. L'auteur propose alors d'appliquer le régime du pouvoir à cette décision<sup>2007</sup>. Il reste que la place du consentement au sein de la décision, tout à fait envisagée en droit médical par le Code de la santé publique, est discutée en doctrine<sup>2008</sup>.

---

<sup>2002</sup> M. Mekki, *op. cit.*, p. 303, n° 497.

<sup>2003</sup> P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641. Sur la décision médicale, v. P. Lokiec, « La personne de confiance », *RDSS*, 2006, p. 865 ; R. Bouvet, *Liberté du médecin et décision médicale*, dir. M.-L. Moquet-Anger, P. Pierre, th. dactyl., Université Rennes 1, 2016 ; D. Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, p. 611. Sur la décision, v. P. Lokiec, « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293 ; L. Huttner, *La décision de l'algorithme : étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, dir. Judith Rochfeld, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2022 (Liane Huttner définit la décision comme « une manifestation unilatérale de volonté, produisant des effets juridiques ou matériels, sur son auteur ou sur autrui », *ibid.*, p. 32, n° 29) ; L. Molina, *La prérogative contractuelle*, préf. L. Aynès, Paris La Défense : LGDJ, 2022, p. 42 et s., n° 40 et s.

<sup>2004</sup> CSP, art. L. 1111-4 (L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 11) : « 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. »

<sup>2005</sup> P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641.

<sup>2006</sup> *Ibid.* L'auteur empreinte ces mots à Florence Bellivier et Judith Rochfeld. Notons que ces dernières soutiennent toutefois qu'« à la relation médicale de type paternaliste s'est véritablement substitué un contrat médical entre deux partenaires censément égaux », adoptant dès lors une approche contractuelle (F. Bellivier, J. Rochfeld, « Droits des malades - Qualité du système de santé », *RTD civ.*, 2002, p. 574).

<sup>2007</sup> P. Lokiec, *loc. cit.* : « La décision médicale obéit précisément au régime juridique du pouvoir qui en fait non plus une liberté de conscience mais une décision contrôlée, dans sa justification comme dans son mode d'élaboration. Ce régime, dont on trouve déjà des traces dans le droit en vigueur avant la loi du 4 mars 2002, renouvelle les valeurs du droit médical en mettant au premier plan les droits fondamentaux de la personne. » V. sur ce point P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, Paris : LGDJ, 2004 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, Paris La Défense : LGDJ, 2021.

<sup>2008</sup> Liane Huttner propose une théorie générale de la décision pour ensuite l'appliquer à la décision de l'algorithme et pose le critère de « l'absence de consentement ». Même si la manifestation de volonté caractérise la décision (qui constitue une « manifestation unilatérale de volonté », v. la note de bas de page *supra*), le consentement n'en serait pas un critère. Lorsque la personne prend une décision, en effet, « il n'y a pas de consentement, car la volonté

**520.** Une autre approche originale du consentement médical consisterait à l'appréhender essentiellement sous l'angle des droits et libertés fondamentaux. L'importance de cette influence était d'ailleurs déjà signalée par Pascal Lokiec<sup>2009</sup>. Les juristes en droit public ont ainsi, de leur côté, davantage tendance à analyser le consentement médical de cette manière, autour de principes<sup>2010</sup>. Le consentement est ainsi pensé dans le cadre du principe d'inviolabilité du corps humain et d'un droit au refus de traitement<sup>2011</sup>, comme norme au service de l'intégrité corporelle<sup>2012</sup> ou inversement d'une « liberté corporelle »<sup>2013</sup> ou dans le cadre d'un « ordre public de protection » garantissant l'intégrité physique de la personne<sup>2014</sup>. En droit privé, Muriel Fabre-Magnan a pensé le consentement précisément sous l'angle de la liberté, tout en pointant les difficultés à ne pas le séparer du contrat<sup>2015</sup>. Ces choix de ne pas chercher à qualifier le consentement mais de le penser dans un autre cadre théorique montrent, là encore, qu'il est tout à fait possible de penser juridiquement les consentements de manière différente.

## 2) *L'exemple récent des données personnelles*

**521.** La régulation du traitement des données personnelles offre une perspective du même ordre. Depuis une directive de 1995<sup>2016</sup>, le consentement et le contrat constituent deux bases de traitement différentes - c'est-à-dire deux fondements distincts nécessaires à établir la licéité du

---

de l'auteur est la source de la décision. On ne peut pas consentir à sa propre décision » (L. Huttner, *op. cit.*, p. 47, n° 43) ; v. également L. Molina, *op. cit.*, p. 45, n° 43.

<sup>2009</sup> P. Lokiec, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641 : « L'apport des droits fondamentaux au droit médical se situe peut-être davantage encore dans une perception renouvelée du patient, qui n'est plus saisi essentiellement en tant qu'être doué de volonté mais avant tout en tant que personne à part entière. La figure du contractant s'efface ainsi au profit d'une personne saisie jusque dans son corps. Les droits fondamentaux confèrent également à celle-ci une universalité ; si chaque patient a sa propre volonté, différente de celle d'un autre patient, tous ont les mêmes droits fondamentaux, peu important notamment qu'ils soient juridiquement capables ou incapables. Le contraste est frappant entre la "personne" du patient au sens de la loi du 4 mars 2002 et le "client" auquel faisait référence la Cour de cassation le 20 mai 1936. Il est révélateur d'un changement profond dans la conception que l'ordre juridique se fait de la relation médicale, qui est de plus en plus saisie comme un rapport extra-patrimonial mettant en jeu des droits fondamentaux. »

<sup>2010</sup> S. Henneville-Vauchez, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004, p. 154 et s. ; X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. H. Roussillon, Paris : Dalloz, 2003, n° 919 et s.

<sup>2011</sup> S. Henneville-Vauchez, *op. cit.*, p. 154 et s.

<sup>2012</sup> X. Bioy, *op. cit.*, p. 483 et s., n° 929 et s.

<sup>2013</sup> *Ibid.*, p. 483, n° 929 et p. 484 et s., n° 931 et s.

<sup>2014</sup> M.- X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018, p. 139, n° 155 : « L'intégrité physique semble donc impliquer un ordre public de protection spécifique. Le consentement est inopérant, tant sur le plan pénal que civil, parce que les actes portent atteinte au corps. » Il faut toutefois noter que Marie-Xavière Catto interroge des principes relatifs au corps (en particulier le principe d'indisponibilité corporelle, sujet de sa thèse) dans une thèse de droit public, mais en s'appuyant aussi sur des règles de droit civil et pénal.

<sup>2015</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 55 et s.

<sup>2016</sup> Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

traitement. Cette norme a été intégrée au RGPD, dont l'article 6. 1<sup>2017</sup> dispose ainsi que « le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ; b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci [...] ». Le consentement au sens du RGPD pourrait donc être différent du consentement contractuel.

**522.** Le Groupe de travail « Article 29 »<sup>2018</sup> avait justement souligné cette différence à propos de la directive de 1995. Soulignant que « le consentement est une notion également utilisée dans d'autres domaines du droit, en particulier dans le droit des contrats »<sup>2019</sup>, des lignes directrices précisaient en même temps que les conditions civiles du consentement devaient être aussi respectées<sup>2020</sup>. Le Comité européen de la protection des données précise en 2020, dans ses règles spécifiques au consentement, la différenciation des deux bases légales du traitement. De manière générale, « le RGPD veille à ce que le traitement de données à caractère personnel pour lequel le consentement est sollicité ne puisse pas devenir directement ou indirectement la contre-performance d'un contrat. Ces deux bases juridiques du traitement de données à caractère personnel, à savoir le consentement et le contrat, ne peuvent pas être fusionnées et amalgamées »<sup>2021</sup>. Par ailleurs, à propos des règles propres au consentement parental, « les exigences d'un consentement valable pour l'utilisation de données concernant des enfants font [...] partie d'un cadre juridique devant être considéré comme distinct du droit des contrats national. Ce document d'orientation ne traite par conséquent pas de la question de savoir s'il est licite pour un mineur de conclure des contrats en ligne »<sup>2022</sup>. L'EDPB conçoit donc le consentement autrement que par le prisme contractuel.

**523.** Dans la doctrine, des auteurs se sont ainsi interrogés sur les similitudes entre le consentement « RGPD » et le consentement contractuel, avec des avis divergents<sup>2023</sup>. En raison de la libre révocabilité du consentement au traitement, le traitement des données reposant sur

---

<sup>2017</sup> Qui correspond à l'article 7 de la directive de 1995 précitée.

<sup>2018</sup> Devenu le Comité européen de la protection des données (EDPB).

<sup>2019</sup> G29, Avis 15/2011 sur la définition du consentement, Avis n° WP 187, 13 juill. 2011, p. 7.

<sup>2020</sup> *Ibid.* : « Outre l'application des conditions générales de validité d'un consentement prévues par le droit civil, le consentement requis à l'article 7, point a), doit aussi être interprété en tenant compte de l'article 2, point h), de la directive. »

<sup>2021</sup> CEPD, *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, 4 mai 2020, n° 26.

<sup>2022</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>2023</sup> S. Vergnolle, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, avant-propos M.-L. Denis, Bruxelles : Bruylant, 2022, p. 282, n° 340.



le consentement ne constituerait pas un contrat entre la personne concernée et le responsable de traitement, alors qu'une telle hypothèse aurait pu être envisagée<sup>2024</sup>. Les deux consentements auraient d'ailleurs des fonctions différentes. « Caractéristique d'un droit de la personne concernée à l'auto-détermination », le consentement au sens du RGPD « se rapproche beaucoup plus du consentement donné en matière médicale »<sup>2025</sup>. Le consentement au traitement de données personnelles révèle la possibilité d'une nature extracontractuelle du consentement. La théorie générale est donc bien relative. Une analyse alternative du consentement comme fait justificatif de responsabilité le confirme.

### 3) *L'exemple original du consentement comme fait justificatif*

**524.** Si le consentement ne constitue pas un fait justificatif de responsabilité en droit positif, certains auteurs ont pourtant développé des analyses en ce sens. La thèse emblématique de cette doctrine a été portée par Pascal Ancel<sup>2026</sup>. Pourtant méconnue<sup>2027</sup>, elle propose une conception nouvelle du consentement autour de la critique de la théorie des droits de la personnalité<sup>2028</sup>. Or, cette proposition doctrinale serait ignorée pour cette raison<sup>2029</sup>. Alors que cette critique « ne constitue [...] que le point de départ de la thèse », « son apport fondamental est ailleurs, c'est le développement d'une théorie originale du consentement en tant qu'il justifie une atteinte à la

---

<sup>2024</sup> S. Pellet, « RGPD : l'effacement du consentement », *RGDA*, 2019, p. 6 : « L'expression même de "retrait du consentement" employée par le RGPD constitue donc, à cet égard, une bizarrerie. Plus encore, elle commande de considérer qu'aucun contrat ne peut naître entre le responsable du traitement et la personne physique dont l'objet serait le traitement des données. Il aurait pourtant pu être conçu qu'en exprimant un consentement au traitement, la personne physique accepterait l'offre de traitement du responsable et formerait ainsi un contrat. La faculté offerte au sujet du traitement de rétracter, à tout moment, sa volonté condamne cette analyse. De manière en quelque sorte congénitale, le consentement, entendu comme fondement du traitement, est donc fragile et le raisonnement contractualiste est impuissant à l'affermir. »

<sup>2025</sup> F. Rogue, « Capacité et consentement au traitement de données à caractère personnel et au contrat », *AJ Contrat*, 2019, p. 370 : « Le consentement au traitement se distingue par de nombreux aspects du consentement au contrat. Il est caractéristique d'un droit de la personne concernée à l'auto-détermination s'agissant de l'utilisation de ses données personnelles. S'agissant d'un élément de sa vie privée, on comprend bien cette volonté de conférer à la personne un plus grand contrôle. En ce sens, le consentement au traitement de données à caractère personnel se rapproche beaucoup plus du consentement donné en matière médicale ».

<sup>2026</sup> P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, dir. G. Couturier, th. Dactyl. Université de Bourgogne, 1978.

<sup>2027</sup> I. Tosi-Dupriet, « Le consentement aux atteintes aux droits de la personnalité, un fait juridique : la doctrine Ancel », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, P. Deumier, O. Gout, D. Hiez, I. Maria, A. Prüm (dir.), Bruxelles : Larcier, 2021, p. 587 et s.

<sup>2028</sup> Dans la thèse de Pascal Ancel, « il [...] est soutenu que les droits de la personnalité n'existent pas, que sont ainsi désignés de simples intérêts protégés par les techniques classiques du droit pénal et de la responsabilité civile » (I. Tosi, *loc. cit.*, p. 590).

<sup>2029</sup> Pour Isabelle Tosi, « cette analyse a vieilli mais doit être rappelée parce qu'elle explique le rejet dont le travail d'ensemble est l'objet, n'étant pas en phase avec la place considérable prise par ces droits en droit positif » (*ibid.*, p. 590).

personne»<sup>2030</sup>. Selon Pascal Ancel, la portée du consentement dépendrait non pas de la disponibilité des droits<sup>2031</sup> mais du « contenu des règles prohibant [les atteintes à la personne] »<sup>2032</sup>. Le consentement a alors une « valeur justificative »<sup>2033</sup> et constitue un fait juridique. L'auteur participe donc au rejet de la qualification doctrinale classique du consentement comme acte juridique ou contrat<sup>2034</sup>, conception exacerbée dans le cadre de la théorie des droits de la personnalité<sup>2035</sup>. Le consentement constitue à l'inverse un fait juridique<sup>2036</sup>. Ce n'est pas le consentement qui serait la source de la licéité ou l'illicéité de l'atteinte, mais la loi<sup>2037</sup>. Pascal Ancel différencie les types de règles dans lesquelles le consentement serait justificatif : « une distinction fondamentale s'impose entre les règles de conduite qui protègent l'intérêt général, au regard desquelles le consentement de la victime est sans influence [...], et les règles de conduite protectrices d'intérêts individuels, qui, à l'inverse, permettront en principe de prendre ce consentement en considération [...]. »<sup>2038</sup> La conception du consentement comme fait justificatif pourrait tout à fait être admise. Elle l'a été à d'autres reprises dans la doctrine<sup>2039</sup>.

**525.** Cette théorie générale alternative souligne la relativité de l'inclusion du consentement dans une théorie générale du contrat ou de l'acte juridique. Si plusieurs théories générales sont possibles, c'est le principe même de la théorie générale qui doit être remis en cause.

---

<sup>2030</sup> *Ibid.*, p. 591.

<sup>2031</sup> P. Ancel, *op. cit.*, p. 22, n° 14.

<sup>2032</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>2033</sup> *Ibid.*, p. 22, n° 14.

<sup>2034</sup> *Ibid.*, p. 23, n° 15.

<sup>2035</sup> *Ibid.* : « Cette tendance est encore renforcée lorsqu'il s'agit du consentement aux atteintes à la personnalité : plaçant le fait générateur de responsabilité dans une atteinte aux droits de la victime, la théorie des droits de la personnalité conduit à voir dans le consentement, qui exclut la responsabilité, un acte juridique relatif à ces droits. »

<sup>2036</sup> *Ibid.*, p. 49, n° 47 : « le consentement de la victime n'est pas un acte juridique, mais une simple circonstance de fait à laquelle est parfois attachée, indépendamment des vœux de la personne consentante, une certaine modification de la situation juridique (l'exclusion du caractère illicite du comportement autorisé) ».

<sup>2037</sup> *Ibid.*, p. 54, n° 54 : « Envisagé en tant que fait justificatif, le consentement n'est pas à proprement parler, nous l'avons montré, créateur d'effets juridiques. La licéité ou l'illicéité du comportement autorisé dépendent uniquement des règles de conduites instaurées par le système juridique : ces règles fixent les limites de l'interdiction du comportement considéré, le contenu des devoirs qui s'imposent aux individus. »

<sup>2038</sup> *Ibid.*, p. 79, n° 78.

<sup>2039</sup> J.-C. Saint-Pau, *JCL. Civil Code*, Art. 9 fasc. 15, mars 2017, n° 4 : « Au regard d'autrui, l'autorisation se présente comme un fait justificatif de l'atteinte à la liberté d'action privée ou au secret d'une information personnelle. Au regard de l'individu, le consentement apparaît comme une condition subjective d'exercice du droit de la personnalité. » V. aussi L. Bloch, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Guillaume Wicker (dir.), Paris : LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 437 et s., spéc. p. 753, à propos d'une conception de l'acte médical comme fait juridique : « La place du consentement dans l'acte médical marque toutefois sa singularité parmi les faits juridiques. Ce fait sera par nature illicite en l'absence de consentement [...]. En revanche, en ce qui concerne la responsabilité, ce fait juridique regagne le droit commun, l'acte médical devient injuste lorsqu'il est dommageable. »

### C. Les limites de toute théorie générale du consentement

**526.** L'inadaptation de la théorie générale à la diversité des consentements (1) est confirmée par la perspective alternative offerte par le droit allemand (2).

#### *1) L'inadaptation de la théorie générale du consentement*

**527.** La théorie générale du consentement s'avère inadaptée face à la diversité des consentements. La fonction de la théorie générale se trouve en effet confrontée à l'absence de qualification et de régime unique des consentements. Pour rappel, « les constructions juridiques [...] ont plus largement vocation à régler scientifiquement et par avance les conflits d'intérêts. Elles incarnent une idée du droit - et de la science - exprimée en un système objectif préexistant qu'il revient à la doctrine de construire ou, au moins, de révéler »<sup>2040</sup>. Une théorie générale du consentement aurait donc pour objectif de former un système de règles cohérent et autonome. Cette construction permettrait de trouver des solutions juridiques aux questionnements sur les consentements.

**528.** Or, les règles relatives au consentement sont déjà prévues par la loi et la jurisprudence. Certes, certaines questions demeurent sans réponse. Par exemple, la qualification d'acte juridique pour le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire résulte seulement d'une circulaire et le traitement du consentement des personnes vulnérables dans le Code de la santé publique a été jugé incomplet. Mais les sanctions, délais, modalités en cas de décès ou d'impossibilité d'exprimer le consentement figurent en grande majorité dans les textes normatifs et sont au besoin précisés dans la jurisprudence. À ce premier constat s'ajoute un deuxième : les règles applicables aux consentements sont particulièrement diverses. Cette pluralité s'explique par les logiques différentes irriguant les domaines dans lesquels les consentements sont exprimés au sein même du droit des personnes.

**529.** En raison de l'existence et de la diversité des règles encadrant les consentements en droit des personnes, la théorie générale ne peut remplir correctement sa fonction. Soit nombre de règles existantes doivent être modifiées : cette solution assure la cohérence du système juridique mais s'avère tout à fait irréaliste. Soit la théorie générale doit proposer des catégories

---

<sup>2040</sup> S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 417.

élargies adaptées au droit positif : cette solution réaliste fait pourtant perdre tout son intérêt à une construction juridique.

**530.** Placer tous les consentements dans le cadre d'une ou deux catégories conduit à modifier nécessairement les règles relatives à ces consentements, lesquelles ne correspondent pas au régime de l'une ou l'autre de ces constructions, en raison de la diversité des régimes des consentements. Par exemple, les règles relatives à la capacité et, plus largement, aux personnes vulnérables, sont toutes différentes<sup>2041</sup>. En conséquence, indiquer que tous les actes impliquant des consentements en droit des personnes peuvent être regroupés sous une même catégorie imposerait de modifier ces règles. Il en va de même pour la sanction de l'absence de consentement : alors que les actes juridiques et les contrats devraient être sanctionnés par la nullité<sup>2042</sup>, la nullité est rarement la sanction prévue par la loi en cas de consentement vicié ou de défaut d'information<sup>2043</sup>. La nullité d'un acte médical déjà réalisé dont les effets ont été produits sur le corps de la personne est d'ailleurs difficilement concevable. Il en va de même pour la divulgation d'un élément de la vie privée.

**531.** À l'inverse, admettre que la qualification de contrat ou d'acte juridique ne fait pas obstacle à une diversité de régimes suppose d'établir des catégories larges. Cette solution se révèle peu utile d'un point de vue pratique comme didactique. Par exemple, les règles applicables au consentement dans les actes juridiques personnels et familiaux résulteraient généralement d'une simple « adaptation des techniques contractuelles »<sup>2044</sup>. Une telle manœuvre dénature l'esprit de la catégorie : les règles du contrat sont acceptées, tout en admettant que le régime du consentement puisse être différent dans certains cas. L'utilité même de la qualification intermédiaire d'acte juridique se perd si elle ne s'accompagne d'aucune règle déterminée. L'acte juridique aurait une vocation très large pour la plupart des auteurs. Or, plus des hypothèses différentes sont envisagées dans un esprit unificateur du droit, moins la catégorie est pertinente. À vouloir attribuer la qualification d'acte juridique à toute volonté dont résultent des effets de droit tout en connaissant la diversité de régimes applicables, la catégorie d'acte juridique se déforme ou perd tout intérêt pratique. Cette critique avait d'ailleurs été

---

<sup>2041</sup> V. *supra*, n° 474.

<sup>2042</sup> B. Maumont, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, dir. J. Hauser, th. dactyl., Université de Bordeaux, 2015, n° 178 : « En somme, à rebours de l'idée selon laquelle la protection du consentement personnel ou familial reposerait sur des concepts autonomes, il apparaît que le consentement, comme sa sanction, repose sur une technique analogue à celle consacrée par le droit des contrats. »

<sup>2043</sup> V. *supra*, n° 483 et s.

<sup>2044</sup> B. Maumont, *op. cit.*, p. 256, n° 205.

formulée à l'égard de la conception du contrat dans les discours sur la contractualisation : « le concept de contrat perd en précision ce qu'il gagne en étendue, et l'incertitude gagne sur ce qu'il recouvre »<sup>2045</sup>. Même d'un point de vue analytique, attribuer largement la qualification d'acte juridique et en faire une catégorie englobante n'a pas le même effet qu'une distinction. La différenciation de plusieurs qualifications pourrait faire comprendre un balancement ou des antagonismes dans le droit, ce que ne permettent pas de saisir ces subtilités.

**532.** Penser les consentements sous forme de théories générales offre ainsi une vision purement intellectuelle contraire à la réalité du droit : « L'importance accordée aux théories générales conduit souvent à confondre le droit tel qu'il est, une collection de "phénomènes juridiques", avec ce qu'il devrait être, une abstraction idéalisée. »<sup>2046</sup> De sorte qu'« en somme, à trop méditer et enseigner les théories, il y a ce qu'on ne voit plus dans la loi et ce qu'on ne voit pas dans les arrêts »<sup>2047</sup>. Si le choix des théories générales « a fondé les plus grandes réussites de la doctrine française » ses limites sont multiples « une rationalité plus apparente que réelle », une légitimation de solutions discutables, un contournement du raisonnement scientifique par la simple « affirmation », la simplification et la conséquence de « fermer le système sur lui-même »<sup>2048</sup>. Conceptualiser les consentements dans une théorie générale les enferme dans un cadre qui n'est pas fidèle à la réalité, même à la simple lecture des textes de loi. Ce choix épistémologique crée des œillères épistémologiques qui empêchent de saisir la réalité sociale des consentements. Les critiques ont été formulées à l'égard des formalismes juridiques. Sur le plan axiologique, la focalisation du dogmatisme sur le contenu du droit empêche de se positionner sur ses « finalités »<sup>2049</sup>. Sur le plan heuristique, le « diagnostic commun d'abstraction et d'étroitesse de l'esprit formaliste qui habite la méthode juridique classique » aurait comme conséquence une « conceptualisation en vase clos » inapte à saisir la réalité et de ne pas être à même de saisir « le réel »<sup>2050</sup>. En raison de cette limitation, cette méthode aboutirait à une « simplification des phénomènes juridiques »<sup>2051</sup>. Loin d'être propre

---

<sup>2045</sup> Pascal Ancel, rappelant cette phrase et partageant ce constat, relève qu'il a été maintes fois formulé, v. P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 16, n° 19.

<sup>2046</sup> S. Pimont, *loc. cit.*

<sup>2047</sup> *Ibid.*

<sup>2048</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>2049</sup> V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, n° 238 et s., p. 151 et s.

<sup>2050</sup> *Ibid.*, n° 257, p. 160.

<sup>2051</sup> *Ibid.*, p. 171.

au consentement, la remise en cause d'une théorie générale et d'un choix épistémologique s'inscrit dans une critique scientifique déjà exprimée.

**533.** Au-delà de ses limites épistémologiques, le choix d'une théorie générale du consentement revient aussi à perpétuer un ordre établi. La théorie générale permet en effet de perpétuer deux ordres. Elle occupe une « fonction de légitimation » de l'ordre juridique<sup>2052</sup> en étant l'objet de l'attention des juristes<sup>2053</sup> et en systématisant le droit<sup>2054</sup>. La construction dogmatique des théories générales renforce la doctrine en garantissant son unité<sup>2055</sup>. Sans utilité, les fonctions politiques du formalisme juridique se trouvent être ses seules justifications.

Le droit allemand offre une perspective alternative intégrant la diversité des consentements.

## 2) *Une perspective alternative offerte par le droit allemand*

**534.** Le droit allemand offre une perspective alternative renforçant le rejet de toute théorie générale du consentement. Il montre qu'un système juridique peut tout à fait reconnaître la diversité des consentements. Sur le plan linguistique, plusieurs termes recouvrent le « consentement » du droit français (a) et un même terme, celui d'*Einwilligung*, est conceptualisé de plusieurs manières (b).

### a) De nombreux termes correspondant au « consentement » du droit français

**535.** Lorsque le droit français conditionne un acte au consentement d'une personne, le droit allemand prévoit régulièrement des règles similaires<sup>2056</sup>. Ces textes constituent de bons outils de comparaison, car ils permettent de voir quel terme est choisi en droit allemand pour exprimer

---

<sup>2052</sup> P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, p. 245.

<sup>2053</sup> *Ibid.* : « Dès lors qu'elle œuvre au perfectionnement de l'ordre juridique, la doctrine légitime celui-ci en lui apportant la caution du droit savant. »

<sup>2054</sup> S. Pimont, *loc. cit.* : « Compte tenu de leur genèse, les théories générales acquièrent alors une sorte d'autorité d'emprunt, celle du droit qu'elles systématisent. Accédant à la positivité, elles prétendent exprimer une vérité. Ce qui suggère qu'il existerait une réalité juridique objective, scientifiquement exprimable - un ordre juridique. »

<sup>2055</sup> C. Jamin, P. Jestaz, *op. cit.*, p. 157 : « En rénovant les “théories générales”, dont ils demeurent les ardents défenseurs, les professeurs français auront réussi non seulement à préserver le droit contre toute tentative d'accaparement venant d'un autre champ de la connaissance, mais encore à fortifier leur magistère sur la communauté des juristes. »

<sup>2056</sup> Inversement, le droit allemand ne prévoit parfois pas d'équivalent au consentement français, soit parce que le dispositif correspondant n'existe pas, soit parce qu'une autre expression est employée. Par exemple, la notion de demande en justice, ou *Antrag*, terme employé pour le changement de prénom et de sexe pour une personne trans (§ 1 et § 8 TSG) et de nom (§ 2 NamÄndG).

la condition de manifestation de volonté. La comparaison révèle que plusieurs mots sont employés pour décrire le consentement de droit français.

**536.** La *Zustimmung* se retrouve en matière de divorce<sup>2057</sup>, d'acceptation de la reconnaissance de paternité par la mère et l'enfant<sup>2058</sup> ou de divulgation du prénom d'une personne trans<sup>2059</sup>. Les individus représentant une personne vulnérable pour une demande de changement de nom doivent quant à eux recevoir la *Genehmigung* d'un tribunal<sup>2060</sup>. Lors de la célébration du mariage, les époux font une déclaration (*Erklärung*)<sup>2061</sup> qu'ils veulent contracter mariage ensemble (*die Ehe miteinander eingehen zu wollen*)<sup>2062</sup>. Une forme de déclaration de volonté semble ainsi de mise en matière de mariage<sup>2063</sup>. Le terme d'*Einwilligung* (consentement) occupe une place particulière. Traduction du consentement dans la version en langue allemande du RGPD, on le retrouve pour désigner le consentement de l'enfant à son adoption<sup>2064</sup> et, d'une certaine manière, pour un consentement dans l'assistance médicale à la procréation<sup>2065</sup>. Ce mot est aussi employé pour la mise en œuvre de la maxime *volenti non fit injuria* en matière de responsabilité pénale<sup>2066</sup>. En matière de responsabilité civile, c'est encore la *Einwilligung* qui est exigée pour l'acte médical<sup>2067</sup> et elle représente en ce sens un fait justificatif de la responsabilité<sup>2068</sup> qui vaut, au-delà du droit médical, en matière de responsabilité civile selon une interprétation doctrinale consensuelle<sup>2069</sup>.

**537.** Des matières particulières offrent des exemples intéressants. Les infractions sexuelles font référence à plusieurs termes pour désigner la volonté de la victime. Le premier alinéa du § 177 du Code pénal allemand fait référence aux actes réalisés « contre la volonté (*Willen*)

---

<sup>2057</sup> BGB, § 1566 (1) (trad. : accord).

<sup>2058</sup> BGB, § 1595 (trad. : assentiment).

<sup>2059</sup> TSG, § 5 (1) (qu'on pourrait traduire par l'acceptation ou l'autorisation).

<sup>2060</sup> FamFG, § 2 (le tribunal est le *Betreuungsgericht* ou le *Familiengericht*).

<sup>2061</sup> BGB, § 1310 (1) et § 1311.

<sup>2062</sup> BGB, § 1310.

<sup>2063</sup> De même, la doctrine majoritaire s'accorde à qualifier la reconnaissance de paternité de « Willenserklärung » (BGB, § 1592 (2)) : N. Dethloff, G. Beitzke, A. Lüderitz, *Familienrecht: ein Studienbuch*, 31<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2015.

<sup>2064</sup> BGB, § 1746.

<sup>2065</sup> BGB, § 1600 (4). Cette question est particulièrement controversée en droit allemand, et le § 1600 du BGB concerne seulement l'annulation de la paternité. Pour une comparaison franco-allemande, v. K. Parizer-Krief, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, préf. M.-A. Hermitte, Aix-en-Provence : PUAM, 2016, p. 335.

<sup>2066</sup> StGB, § 228.

<sup>2067</sup> BGB, § 630d.

<sup>2068</sup> *Rechtfertigungsgrund*.

<sup>2069</sup> D. Looschelders, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14<sup>e</sup> éd., Munich : Franz Vahlen, 2019, p. 483 ; L. Specht-Riemenschneider, *Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann (dir.), Munich : C. H. Beck, 2021, v<sup>o</sup> « BGB § 823 - Schadenersatzpflicht », n<sup>o</sup> 83 et s.

reconnaissable d'un tiers »<sup>2070</sup>. Parmi les cinq autres cas d'agression sexuelle prévus par le deuxième alinéa, deux visent directement l'expression de la volonté<sup>2071</sup>. Le premier envisage la situation dans laquelle « l'auteur exploite le fait que la personne n'est pas en mesure de former ou d'exprimer une volonté (*Willen*) contraire »<sup>2072</sup> et le second sanctionne que « l'auteur exploite le fait que la personne est considérablement limitée dans la formation ou l'expression de sa volonté en raison de son état physique ou psychique, à moins qu'il ne se soit assuré du consentement (*Zustimmung*) de cette personne »<sup>2073</sup>. La qualification d'infraction sexuelle en droit allemand renvoie ainsi à deux termes : *Willen* (volonté) ou *Zustimmung* (consentement).

Le domaine de l'hospitalisation sans consentement témoigne lui aussi d'une pluralité d'expressions. Alors que le § 1906 du BGB relatif à l'intervention du tuteur ou curateur ne mentionne pas l'expression de la volonté de la personne, des lois régionales sur l'hospitalisation sans consentement le font. La loi bavaroise se réfère aux mesures contraires à la volonté naturelle (*natürliche Willen*)<sup>2074</sup>, qui ne peuvent notamment être ordonnées que si « des efforts sérieux et préalables ont été faits pour obtenir le consentement (*Zustimmung*) de la personne placée, sans pression »<sup>2075</sup>. Dans tous les cas, l'acte « n'est autorisé qu'avec l'autorisation (*Genehmigung*) préalable du tribunal compétent », « le consentement (*Einwilligung*) de la personne placée n'est pas requis » et, « pour les mineurs, l'autorisation (*Genehmigung*) du tribunal est remplacée par le consentement (*Zustimmung*) du titulaire de l'autorité parentale »<sup>2076</sup>. La loi équivalente en Baden-Württemberg adopte un vocabulaire similaire<sup>2077</sup>.

**538.** L'utilisation de ces différents mots, qui correspondent tous au « consentement » français souligne que l'unité linguistique du consentement ne va pas d'elle-même. Un système juridique peut prévoir des règles similaires à celles du droit français en utilisant une diversité de mots

<sup>2070</sup> StGB, § 177 (1) (« *wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt [...]* »).

<sup>2071</sup> Les trois derniers ne visent pas directement le consentement mais la surprise, la crainte et la menace.

<sup>2072</sup> StGB, § 177 (2) 1 : « *der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern* ».

<sup>2073</sup> StGB, § 177 (2) 2 : « *der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert* ».

<sup>2074</sup> Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (BayPsychKHG) du 24 juill. 2018, § 20 (3) (*Behandlungsmaßnahmen im Sinne des Abs. 1, die dem natürlichen Willen der untergebrachten Person widersprechen*).

<sup>2075</sup> *Ibid.*, § 20 (4) 2 (*zuvor frühzeitig, ernsthaft und ohne Druck auszuüben versucht wurde, die Zustimmung der untergebrachten Person zu erhalten*).

<sup>2076</sup> *Ibid.*, § 20 (4). (*Eine Behandlung nach Abs. 3 ist nur mit vorheriger Genehmigung des zuständigen Gerichts zulässig. Der Einwilligung der untergebrachten Person bedarf es nicht. Bei Minderjährigen tritt an die Stelle der gerichtlichen Genehmigung die Zustimmung des Personensorgeberechtigten.*)

<sup>2077</sup> Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten (Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz - PsychKHG) du 25 nov. 2014, § 20.



pour désigner les consentements. Le droit allemand va plus loin en conférant des acceptions différentes à un terme unique.

b) De nombreux régimes pour un même terme désignant le consentement

**539.** Un terme particulièrement utilisé pour désigner le consentement, la *Einwilligung*, est conceptualisé de différentes manières au sein du droit allemand. Cette diversité d'appréhension souligne que la théorie générale n'est pas la seule option possible pour penser les consentements en droit.

Contrairement au droit français, une organisation harmonieuse des manifestations de volonté semble pourtant régner en droit allemand. Le BGB consacre en effet des développements importants à la déclaration de volonté (*Willenserklärung*)<sup>2078</sup> dans sa présentation de l'acte juridique. Différentes notions rattachées à la déclaration de volonté correspondent pour beaucoup aux termes identifiés comme équivalents du consentement. Tous ces termes partageraient leur rapport à la déclaration de volonté construite de manière systématique dans le BGB. Le droit allemand décrit les différents termes qui correspondraient au consentement en droit français précisément parce qu'ils représentent des sous-catégories de la déclaration de volonté<sup>2079</sup>. En particulier, la *Zustimmung* correspond à une condition de validité tenant à l'assentiment d'un tiers à l'acte juridique à accomplir à son égard. Elle constituerait un type de déclaration de volonté : une déclaration (unilatérale) de volonté qui doit être reçue<sup>2080</sup>. Deux autres expressions constitueraient des sous-catégories de la *Zustimmung* : la *Einwilligung* renvoie à la *Zustimmung* préalable<sup>2081</sup> et la *Genehmigung* correspond à la *Zustimmung* donnée ultérieurement<sup>2082</sup>. Le droit allemand permettrait de résoudre bien des problèmes résultant de la diversité de régimes des consentements. L'usage de mots divers pour désigner les consentements correspondrait à un système juridique bien organisé.

---

<sup>2078</sup> Sur une explication en français de la déclaration de volonté allemande, v. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, C. Witz, Paris : LGDJ, 2004, p. 43 et s. et 105 et s. La traduction semble constante du fait de la transparence de nombre de termes allemands : le *Wille* ou *Willen* signifie la volonté ; la *Erklärung*, renvoie à l'explication ou, dans son sens ici, la déclaration.

<sup>2079</sup> Pour une présentation en français de cette notion et son évolution en droit français et allemand, v. F. Limbach, *op. cit.*

<sup>2080</sup> « (*Einseitige*) *Empfangsbedürftige Willenserklärung* » (v. H. Köhler, H. Lange, *BGB, Allgemeiner Teil : ein Studienbuch*, 40<sup>ème</sup> éd., München : C. H. Beck, 2016, p. 213).

<sup>2081</sup> BGB, § 183 (« *die vorherige Zustimmung (Einwilligung)* [...] »).

<sup>2082</sup> BGB, § 184 (1) (« *die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung)* [...] »).

540. L'absence d'un système similaire en droit français pourrait être expliquée par les « techniques législatives » différentes qui structurent les deux ordres juridiques nationaux<sup>2083</sup>. Le Code civil, promulgué en 1804, était avant tout destiné à tout citoyen<sup>2084</sup>. Il est construit selon une division tripartite, issue des *Institutes* de Gaius, qui a pour vocation de représenter un « ordre naturel »<sup>2085</sup> : les personnes, les biens et les acquisitions de la propriété. Le BGB, entré en vigueur un siècle plus tard, relève d'une logique toute différente<sup>2086</sup>, scientifique, issue de l'École des pandectes, qui s'est elle-même inscrite dans la filiation de l'École du droit naturel<sup>2087</sup>. C'est un code scientifique, destiné aux praticiens qui maîtrisent déjà la science juridique<sup>2088</sup>. Beaucoup plus abstrait, il a pour vocation de prévoir l'ensemble des situations qui pourraient se présenter<sup>2089</sup>. Pour cette raison, le premier livre du BGB est une « partie générale » (*allgemeiner Teil*), qui rassemble toutes les notions communes en droit civil qui seront ensuite mobilisées dans les livres qui la suivent<sup>2090</sup>. Le Code civil ne comporte à l'inverse qu'une partie introductive composée d'un titre préliminaire de moins de dix articles ne traitant que du régime des lois<sup>2091</sup>. Le traitement des actes juridiques par la partie générale du BGB est représentatif de ce système : il s'agit d'une catégorie plus large que le contrat, à vocation englobante. À rebours de cette construction<sup>2092</sup>, le Code civil ne traitait pas des actes juridiques jusqu'en 2016 et renvoie désormais, pour leur régime, au régime du contrat<sup>2093</sup>, qui en est pourtant une sous-catégorie. Le traitement de la déclaration de volonté en droit allemand est représentatif de cette logique. Valérie Lasserre-Kiesow montre que le contenu est indissociable du contenant<sup>2094</sup>. La déclaration de volonté témoigne de la vocation exhaustive et englobante de la partie générale, c'est-à-dire de la technique législative qui a présidé à l'élaboration du BGB<sup>2095</sup>. Or, si la manifestation de volonté n'est pas définie en elle-même, son régime est détaillé dans le titre 2

<sup>2083</sup> V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative : étude sur les codes civils français et allemand*, préf. M. Pédamon, Paris : LGDJ, 2002.

<sup>2084</sup> *Ibid.*, p. 167 et s.

<sup>2085</sup> V. V. Lasserre-Kiesow, *op. cit.*, p. 110.

<sup>2086</sup> V. Constantinesco, U. Hübner, *Einführung in das französische Recht*, 4<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2001, p. 158-159.

<sup>2087</sup> V. V. Lasserre, *op. cit.*, p. 96 ; O. Ionescu, « Le problème de la partie introductive du code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, n° 3, 1967, p. 594.

<sup>2088</sup> V. Lasserre, *op. cit.*, p. 167 s., spéc. p. 170.

<sup>2089</sup> V. Lasserre, *op. cit.*, p. 95 s. ; C. Crome, « Les Similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », trad. P. Verdelot, in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Société d'études législatives (dir.), préf. A. Sorel, Paris : A. Rousseau, 1904, réédition présentation J.-L. Halpérin, Paris : Dalloz, 2004, p. 591 et s.

<sup>2090</sup> Successivement les obligations, les biens, la famille, les successions.

<sup>2091</sup> V. en général sur cette différence O. Ionescu, *loc. cit.*

<sup>2092</sup> M. Fromont, J. Knetsch, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017, p. 91 ; pour une analyse du point de vue allemand, v. V. Constantinesco, U. Hübner, *Einführung in das französische Recht*, 4<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2001.

<sup>2093</sup> C. civ., art. 1100-1.

<sup>2094</sup> V. V. Lasserre, *op. cit.*, p. 121 et s. (« l'indissociabilité du fond et de la forme »).

<sup>2095</sup> *Ibid.*, p. 127 et s.

de la section traitant des actes juridiques<sup>2096</sup>. Cette étude détaillée pourrait donc constituer une solution au problème que nous constatons, qui tient au fait que pour des raisons de technique juridique, le Code civil de 1804 ne détaillait ni la catégorie des actes juridiques ni la catégorie des manifestations de volonté.

**541.** L'organisation des manifestations de volonté est issue des règles du BGB relatives aux actes juridiques (*Rechtsgeschäfte*) et la *Willenserklärung* en est une composante fondamentale. Le BGB structure un droit des manifestations de volonté. Le régime de la *Willenserklärung* est particulièrement détaillé : sanction de l'intégrité, prise d'effets, forme, etc.<sup>2097</sup> Si elle n'est pas définie par le BGB, il est constant d'énoncer que deux conditions sont nécessaires pour la qualifier : une volonté (*Wille*), décomposée en trois conditions (« volonté d'agir », « conscience de faire une déclaration », « volonté d'accomplir un acte juridique déterminé »<sup>2098</sup>) et une *Erklärung*, c'est-à-dire une déclaration<sup>2099</sup>. Se retrouvent ici les caractéristiques du consentement français telles que nous les avons décrites : une manifestation de volonté, qui conditionne un acte et qui doit être intègre, éclairée ou informée. Dans ce cadre, la *Einwilligung*, la *Zustimmung* ou la *Genehmigung* ont chacune une acception particulière dans le droit des actes juridiques allemand. Elles sont conçues dans le cadre d'un acte juridique dont la validité dépendrait d'une manifestation d'un tiers et un régime particulier leur est alors appliqué<sup>2100</sup>. La *Zustimmung* désigne l'« assentiment » du tiers auquel est subordonnée la validité de l'acte<sup>2101</sup> et est régie par des règles particulières. Elle devient une *Einwilligung* lorsqu'elle est antérieure à la conclusion de l'acte<sup>2102</sup> et une *Genehmigung* lorsqu'elle lui est postérieure<sup>2103</sup>.

**542.** Pourtant, ces définitions et ces régimes ne sont pas utilisés lorsque les mots sont employés dans un autre contexte juridique. À la différence du droit français, qui n'envisage pas l'acte juridique en tant que tel, la figure de l'acte juridique se trouve au cœur du droit allemand<sup>2104</sup>. Elle est donc régulièrement utilisée dans d'autres branches du droit<sup>2105</sup> et avec elle les *Willenserklärungen*. Dans le même temps, les termes tels que *Zustimmung*, *Einwilligung*

---

<sup>2096</sup> H. Köhler, H. Lange, *op. cit.*, p. 47 et s.

<sup>2097</sup> BGB, § 116 et s.

<sup>2098</sup> En allemand, respectivement *Handlungswille*, *Erklärungswille*, *Geschäftswille*. C. Witz, *Le droit allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 118 (dont sont issues les traductions) ; W. Wolf-Dietrich, H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 42<sup>e</sup> éd., Munich : Franz Vahlen, 2018, p. 44 et s.

<sup>2099</sup> C. Witz, *op. cit.*, p. 117 ; W. Wolf-Dietrich, H. Brox, *op. cit.*, p. 44.

<sup>2100</sup> BGB, § 182 et s.

<sup>2101</sup> BGB, § 182.

<sup>2102</sup> BGB, § 183.

<sup>2103</sup> BGB, § 184.

<sup>2104</sup> C. Witz, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2105</sup> F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Paris : Dalloz, 1997, p. 213.

ou *Genehmigung* recouvrent, dans d'autres domaines, des réalités juridiques différentes de celles décrites dans la théorie de l'acte juridique du BGB<sup>2106</sup>. Les *Einwilligungen* sont présentes dans différents domaines, comme le droit de la responsabilité<sup>2107</sup> et le droit médical<sup>2108</sup> ou encore le droit de la protection des données personnelles<sup>2109</sup>. La *Einwilligung* correspond alors, en droit allemand, à la justification d'une atteinte. Les débats sur la nature juridique de ces *Einwilligungen* ne mentionnent même pas la possibilité qu'elles aient le sens qui lui est conféré au § 183 du BGB. En revanche, la nature juridique des différentes *Einwilligungen* prévues par les textes juridiques a entraîné des discussions importantes, en particulier sur leur qualification de *Willenserklärungen*. Cette catégorie juridique englobante des manifestations de volonté supposerait l'application de son régime prévu dans le BGB<sup>2110</sup>.

**543.** La *Einwilligung* en droit médical constitue un exemple topique des conceptualisations différentes des *Einwilligungen* en droit allemand. Le § 630d du BGB prévoit qu'« avant de procéder à un acte médical, en particulier une intervention sur le corps ou la santé, le praticien est obligé d'obtenir le consentement du patient »<sup>2111</sup>. Cette norme correspond à l'exigence de consentement à l'acte médical prévu par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique en droit français. En droit allemand, ce consentement est conçu comme une condition supplémentaire du contrat se formant entre le médecin et son patient<sup>2112</sup>. Comme le texte allemand se réfère à la *Einwilligung* du patient, faut-il, en application de la partie générale du BGB, appliquer le régime des déclarations de volonté ? Les juristes allemands adoptent des positions différentes<sup>2113</sup> et la doctrine a évolué. Alors qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, elle apportait

<sup>2106</sup> E. Schilken, S. Klumpp, S. Herrler, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin : Sellier - de Gruyter, 2017, v<sup>o</sup> « § 166-240 », p. 740. Ainsi, la *Genehmigung* officielle (*behördlich*) ne se verrait pas appliquer le régime des § 182 et s. du BGB, alors que la *Genehmigung* judiciaire (*gerichtliche*) le pourrait (*ibid.*, p. 740 et 752).

<sup>2107</sup> Selon une interprétation du BGB, § 823.

<sup>2108</sup> BGB, § 630d.

<sup>2109</sup> BDSG, § 4 (1) avant 2018, RGPD, art. 6. 1. a) depuis.

<sup>2110</sup> Pour une présentation de l'évolution du débat et de ses termes actuels, v. M. Voigt, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung: zum Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und ökonomischer Verwertung personenbezogener Daten*, Baden Baden : Nomos, 2020 ; A. Ohly, « *Volenti non fit iniuria* » : *die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2002. À l'origine de ces débats doctrinaux, les auteurs suggèrent un article de 1906 : E. Zitelmann, « Ausschluß der Widerrechtlichkeit », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 99, n<sup>o</sup> 1, 1906, p. 1.

<sup>2111</sup> « *Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen.* »

<sup>2112</sup> *Behandlungsvertrag*, BGB, § 630a et s. (C. Katzenmeier, V. Lipp (dir.), *Arztrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2021).

<sup>2113</sup> G. Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV*, 8<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2020, v<sup>o</sup> « § 630d », n<sup>o</sup> 9-10.

une réponse positive à cette question, la doctrine majoritaire estime aujourd'hui le contraire<sup>2114</sup>, tout comme la Cour fédérale de justice<sup>2115</sup>. En principe, les dispositions sur la déclaration de volonté prévues à la partie générale du BGB ne doivent pas s'appliquer à la *Einwilligung* médicale. En revanche, les règles relatives à la compétence d'émettre une *Einwilligung*<sup>2116</sup> trouvent à l'inverse application<sup>2117</sup>. Autrement dit, la *Einwilligung* médicale ne correspond ni à la *Einwilligung* de la partie générale, ni même à la *Willenserklärung*, pièce fondamentale de la partie générale.

**544.** Le droit allemand montre qu'un système juridique peut admettre une diversité de conceptions et de régimes pour le consentement. Il participe ainsi à la remise en cause de toute théorie générale du consentement. Les frontières épistémologiques des théories générales du consentement doivent alors être interrogées.

**545. Conclusion de la Section 1.** L'analyse civiliste était séduisante, mais ses limites se révèlent trop importantes. Elle ne permet pas de penser la diversité des consentements à travers les cadres qu'elle offre. Ces premières limites sont observées en demeurant dans un champ théorique et en s'appuyant sur de nombreux exemples offerts par la loi et la jurisprudence. Le rejet de l'analyse civiliste et de la théorie générale se trouve confirmé face à la diversité des notions de consentement.

## **Section 2. La théorie générale confrontée à la diversité des notions de consentement**

**546.** La théorie générale est aussi confrontée à la diversité des notions de consentement, qui souligne les limites de l'analyse civiliste. Le consentement ne doit en effet pas être seulement envisagé de manière abstraite et conceptuelle au regard des règles de droit. Seul le consentement juridique théorique est perçu de cette manière. L'ensemble des débats de société sur les conditions juridiques de consentement justifie de prendre en compte les différents regards posés sur ce terme. Or, la théorie générale ne prend pas en compte ces perspectives qui s'éloignent du formalisme juridique. Relevant davantage des méthodes alternatives au formalisme comme le

---

<sup>2114</sup> C. Katzenmeier, *Beck Online Grosskommentar BGB*, 61<sup>e</sup> éd., W. Hau, R. Poseck (dir.), Munich : C. H. Beck, 2022, v<sup>o</sup> « BGB § 630d Einwilligung » ; H.-P. Mansel, *Bürgerliches Gesetzbuch*, O. Jauernig (dir.), Munich : C.H. Beck, 18<sup>e</sup> éd., 2021 v<sup>o</sup> « BGB § 630d Einwilligung » ; A. Spickhoff, *Medizinrecht*, A. Spickhoff (dir.), 3<sup>e</sup> éd., 2018, v<sup>o</sup> « BGB § 630d Einwilligung ».

<sup>2115</sup> BGH, 5 déc. 1958, BGHZ 29, 33 ; A. Ohly, *op. cit.*, p. 54-55 ; M. Voigt, *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>2116</sup> C'est-à-dire la *Einwilligungsfähigkeit*.

<sup>2117</sup> G. Wagner, *loc. Cit.* ; C. Katzenmeier, *loc. cit.* Mais non les dispositions sur la capacité à conclure un acte juridique, c'est-à-dire la *Geschäftsfähigkeit*.

réalisme<sup>2118</sup> ou la sociologie<sup>2119</sup>, elles s'avèrent pourtant indispensables. En montrant la diversité des consentements sur le plan pratique, elles soulignent les limites de l'analyse civiliste.

**547.** Les consentements factuel, légal et judiciaire doivent être différenciés (§1) et les *Legal Consciousness Studies* proposent une notion de consentement encore différente (§2).

## **§1. Consentement factuel, consentement légal et consentement judiciaire**

**548.** L'appréhension jurisprudentielle du consentement est détachée de la volonté personnelle (A). Cette approche est confirmée par la doctrine qui distingue réalité factuelle et expression juridique du consentement (B).

### **A. L'appréhension jurisprudentielle du consentement détachée de la volonté personnelle**

**549.** L'existence de consentements factuels aux côtés d'un consentement théorique juridique résulte du contentieux. Le consentement est en effet loin d'être rattaché à la volonté factuellement exprimée par la personne, comme le montrent les exemples du consentement médical (1), aux atteintes à la vie privée (2), à l'adoption (3), en matière de données personnelles (4) et aux relations sexuelles (5).

#### *1) La preuve du consentement médical par l'information*

**550.** La preuve du consentement médical est généralement établie indirectement par référence à l'information délivrée au patient.

**551.** En matière médicale<sup>2120</sup>, l'absence de respect du consentement constitue une faute qui entraîne la responsabilité du médecin, sauf en cas d'urgence et de nécessité médicale ou encore

---

<sup>2118</sup> P. Jestaz, C. Jamin, *op. cit.*, p. 273 et s.

<sup>2119</sup> V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022, p. 243 et s. ; P. Jestaz, C. Jamin, *op. cit.*, p. 291 et s. sur la pluridisciplinarité.

<sup>2120</sup> Notons que le contentieux civil n'est lui-même pas tout à fait représentatif des recours contre des médecins. La MACSF, un assureur de professionnels de santé, indiquait à partir des données de ses sociétaires qu'en 2021, les recours les plus courants étaient ceux amiables (39 % des recours contre des médecins), suivis des recours devant les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation (34 % des recours) puis seulement ensuite des

d'impossibilité à consentir<sup>2121</sup>. Par l'absence de recueil ou de respect du consentement, le médecin « a [...] manqué à son obligation de se conformer à la volonté de ce dernier en ne tenant pas compte de sa demande »<sup>2122</sup> ou a omis « de recueillir le consentement » de sa patiente<sup>2123</sup>. Les hypothèses où la volonté expresse du patient n'est pas respectée sont cependant rares dans le contentieux civil et administratif et la preuve de la faute ne soulève pas de difficultés, comme en témoignent plusieurs affaires.<sup>2124</sup> Dans ces hypothèses, la preuve de l'absence de consentement est facilitée par la production d'un écrit<sup>2125</sup>.

**552.** Les manquements aux dispositions relatives au consentement portent le plus souvent sur un défaut d'information, de sorte que le consentement est caractérisé non pas à travers l'expression réelle de la volonté de la personne, mais pas la délivrance de l'information. Le nombre de décisions de justice relatives à l'information médicale est beaucoup plus élevé que

---

procédures civiles (18 % des recours), les recours pénaux et ordinaires ne couvrant quant à eux que 3 % et 4 % des recours (MACSF, « Bilan 2022 sur la responsabilité médicale : retour à une situation d'avant crise sanitaire », 29 sept. 2022, en ligne : <https://presse.macsf.fr/actualites/bilan-2022-sur-la-responsabilite-medicale-retour-a-une-situation-davant-crise-sanitaire-725e-ddf57.html> (consulté le 11 sept. 2023)).

<sup>2121</sup> Actes « indispensables à sa survie [de la patiente] » (CAA Versailles, 12 mai 2023, n° 21VE01323, n° 8) ; « les actes chirurgicaux pratiqués sur les métatarsiens latéraux avaient été envisagés avant l'intervention, en dehors de toute urgence » (*Ibid.*, n° 9) ; « à supposer qu'une prise en charge chirurgicale était nécessaire et en tout état de cause en l'absence caractérisée d'urgence absolue faute de comorbidité relevée par l'expert, de nécessité de réalisation d'un acte indispensable à la santé du patient et proportionné à son état accompli dans le seul but de tenter de le sauver », le consentement n'a pas été recueilli (CAA Paris, 5 juill. 2023, n° 21PA02487, n° 10) ; « hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention » (CAA Bordeaux, 13 juill. 2021, n° 19BX02007, n° 3 ; CAA Lyon, 20 avr. 2021, n° 19LY03449) ; « sauf cas d'urgence ou d'impossibilité, et alors même qu'une telle opération est indispensable, une intervention chirurgicale ne peut être pratiquée sans que le consentement du patient ait été recueilli, après qu'il ait été informé de la nature et des modalités de l'intervention, ainsi que de ses conséquences éventuelles et des risques qu'elle comporte » (CAA Paris, 10 juill. 2020, n° 19PA02657, n° 22).

<sup>2122</sup> CAA Paris, 5 juill. 2023, n° 21PA02487.

<sup>2123</sup> CAA Versailles, 12 mai 2023, n° 21VE01323.

<sup>2124</sup> CAA Paris, 5 juill. 2023, n° 21PA02487, n° 10 (« il n'est pas contesté que le chirurgien, en dépit des objurgations du patient lors de l'intervention réalisée sous anesthésie locale, n'a pas suspendu et sursis au geste consistant à la pose d'un stent ») ; CAA Douai, 1<sup>er</sup> févr. 2022, n° 21DA00044 (affaire où il y a eu une « absence d'information, de consentement et d'indication médicale à l'intervention effectivement pratiquée à l'insu » de la patiente, en l'espèce « une hystérectomie subtotale et une annexectomie bilatérale ») ; CAA Nancy, 23 juill. 2020, n° 18NC02390, n° 8 (l'infirmier « ne conteste pas ne pas avoir demandé le consentement préalable de la patiente avant de procéder à son examen »).

<sup>2125</sup> Il en va ainsi d'une affaire où un « formulaire atteste [...] que l'hôpital a recueilli le consentement de [la patiente] sur un acte médical précis », mais pas celui à d'autres actes accomplis au cours de l'opération, alors qu'ils « avaient été envisagés avant l'intervention, en dehors de toute urgence » et, dans ce dernier cas, le formulaire portait en réalité sur l'information de la patiente (CAA Versailles, 12 mai 2023, n° 21VE01323, n° 8 et 9). Dans une autre affaire, « le praticien a, au cours du geste opératoire et en raison de l'indisponibilité d'un matériel, décidé non pas de pratiquer une ligature des trompes, pour laquelle la patiente avait donné son consentement écrit, mais une ablation bilatérale des trompes », de sorte que la patiente n'a pas donné son consentement éclairé à l'opération et la responsabilité du centre hospitalier est engagée pour les préjudices qui en résultent (CAA Lyon, 20 avr. 2021, n° 19LY03449, n° 6 - en l'espèce, la patiente souhaitait procéder à une stérilisation à visée contraceptive et les effets des deux opérations étaient identiques).

celui relatif au consentement médical<sup>2126</sup>. Les décisions de justice sur le consentement, qui reposent sur le quatrième alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, sont très souvent liées à l'obligation d'information du patient, prévue à l'article L. 1111-2 du même code.

**553.** Le lien entre consentement et information est développé par une jurisprudence selon laquelle le défaut d'information impacte la possibilité pour le patient de consentir ou de refuser le traitement<sup>2127</sup>. Il résulte ainsi de la jurisprudence que l'information conditionne la possibilité de consentir et qu'un défaut d'information a des conséquences sur le consentement. Un lien de dépendance étroit unit donc l'information et le consentement.

Dans un premier temps, la jurisprudence a estimé que le défaut d'information entraînait la réparation intégrale du préjudice corporel qui était causé<sup>2128</sup>. Le défaut d'information devait être considéré comme ayant empêché le patient de prendre une décision médicale en toute connaissance de cause.

---

<sup>2126</sup> Une recherche sur la base de données Légifrance « L. 1111-4 du Code de la santé publique » donne 13 résultats pour la jurisprudence judiciaire et 76 pour la juridiction administrative (dont 30 décisions du Conseil d'État), tandis que la recherche « L. 1111-2 du Code de la santé publique » donne 64 résultats pour la jurisprudence judiciaire et 510 pour la juridiction administrative (dont 27 décisions du Conseil d'État). De même, la recherche « L. 1111-4 » ET « médecin » ET « consentement » donne 14 résultats pour la jurisprudence judiciaire et 83 pour la jurisprudence administrative (dont 30 décisions du Conseil d'État) tandis que la recherche « L. 1111-2 » ET « médecin » ET « information » donne 73 résultats pour la jurisprudence judiciaire et 425 pour la jurisprudence administrative (dont 26 décisions du Conseil d'État).

<sup>2127</sup> Lorsque l'information n'a pas été donnée ou pas de manière complète, le consentement n'est en effet pas éclairé - or, l'article L. 1111-4, alinéa 4, exige un « consentement libre et éclairé de la personne ». Pour un rappel de l'évolution jurisprudentielle et légale, v. par ex. C. Lantero, « Devoir d'information du patient : le Conseil d'État rejoint la Cour de cassation », *AJDA*, 2012, p. 2231).

<sup>2128</sup> Ainsi, « le défaut d'information (n'avait) pas permis (aux parents de l'enfant) de prendre une décision éclairée et de motiver un refus » (motifs de l'arrêt CA Paris, 17 nov. 1983, cités dans Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 1986, n° 84-10.845, publié) ; le praticien « devait informer sa patiente afin de lui permettre de prendre sa décision après avoir comparé les avantages et les risques qu'elle courait » (motifs de l'arrêt CA Aix-en-Provence, 15 mai 1986, cités dans Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 1988, n° 86-15.607, publié) ; le lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage avait « été nécessairement établi dès lors que l'arrêt attaqué retient que [la patiente] n'aurait pas donné son consentement à l'opération si elle avait su que celle-ci la priverait de toute chance de maternité » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1989, n° 87-11.263). Cela étant, ce lien entre information et consentement était parfois tu (CAA Lyon, 3 oct. 1996, n° 94LY00891 - transfusion sanguine sans information des risques de contamination par le VIH ; CE, 17 févr. 1988, n° 71974).



Dans un second temps, la jurisprudence a estimé que le préjudice corporel résultant du défaut d'information devait être indemnisé comme une perte de chance<sup>2129</sup>. Le défaut d'information aurait privé le patient d'une possibilité de prendre une autre décision médicale<sup>2130</sup>.

Cette jurisprudence fait de l'information la condition de réalisation de la décision du patient et de son consentement.

**554.** La détermination du consentement du patient est liée à la délivrance de l'information et la volonté de la personne ne joue qu'un rôle mineur. Elle n'est que reconstituée *a posteriori*<sup>2131</sup>, non pas au regard d'éléments propres à la personne, mais au regard de données extérieures relatives au risque de l'acte médical<sup>2132</sup>. Ainsi, une patiente qui n'a pas été informée complètement des risques de troubles cognitifs engendrés par une radiothérapie « a été [...] privée de la possibilité de se convaincre en toute connaissance de cause [...] de sa nécessité, ou d'exercer, compte tenu de leur nature et de leur gravité, la faculté que lui reconnaît l'article L. 1111.4 du Code de la santé publique de refuser le traitement, y compris lorsque son refus met en cause le processus vital »<sup>2133</sup>. Inversement, si une patiente n'a pas été informée du risque de dyskinésies tardives induit par un neuroleptique, cette faute « n'a pas entraîné, dans les circonstances de l'espèce, de perte de chance [...] de se soustraire au risque qui s'est réalisé »

---

<sup>2129</sup> Pour la jurisprudence civile : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, publié, *Jugnet*. Pour la jurisprudence administrative : CE, 5 janv. 2000, n°s 181899 (*Consorts Telle*) et 198530, publié au Recueil ; D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, n° 132.231 et 133.232 ; C. Grossholz, *Rép. resp. puiss. publ. Dalloz*, v° « Évaluation du préjudice », avr. 2015, act. sept. 2023, n° 292 et s. Par ailleurs, le défaut d'information peut entraîner un préjudice d'impréparation, qui est consacré depuis les années 2010 : CE, 10 oct. 2012, n° 350426, publié au Recueil ; v. par ex. ; C. Grossholz, *Rép. resp. puiss. publ. Dalloz*, v° « Hôpitaux : régimes de responsabilité et de solidarité », févr. 2018, act. oct. 2023, n° 94 et s. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123, publié ; v. E. Terrier, J. Penneau, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires », oct. 2020, act. nov. 2023, n° 127 ; CE, 10 oct. 2012, n° 350426, publié au Recueil, n° 5 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2017, n° 15-27.898, publié.

<sup>2130</sup> La Cour de cassation affirme que le manquement à l'obligation d'information privait le patient « d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, publié, *Jugnet*). Dans ce cas, la Cour estime cependant que cette perte de chance « constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation » du patient. De même, le Conseil d'État applique une jurisprudence largement reprise selon laquelle « un manquement des médecins à leur obligation d'information engage la responsabilité de l'hôpital dans la mesure où il a privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée », la perte de chance n'étant exclue « seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus » (CE, 24 sept. 2012, n° 339285, Lebon T., n° 3 ; CE, 10 oct. 2012, n° 350426, publié au Recueil, n° 3 ; CE, 23 oct. 2019, n° 420485, Lebon T., n° 4. Pour un exemple d'application par une juridiction du fond, v. CAA Paris, 10 juill. 2020, n° 19PA02657, n° 18).

<sup>2131</sup> V. C. Bergoignant-Esper, P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2020, p. 418.

<sup>2132</sup> La jurisprudence retenait déjà que le défaut d'information sur les risques encourus ne peut causer un préjudice quand, « compte tenu de la gravité de l'état du malade, du caractère évolutif de la maladie et de ses conséquences inéluctables, il n'y avait pas d'autre conduite thérapeutique possible et l'intervention s'avérait nécessaire » (CAA Bordeaux, 26 avr. 1999, n° 96BX01753, Lebon T.).

<sup>2133</sup> CA Paris, 15 nov. 2018 (cité par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 sept. 2020, n° 19-10.404).

car ce médicament était nécessaire parce que « compte tenu de l'état de santé de [la patiente] lors de chacune de ses nombreuses hospitalisations et de l'éventualité d'un passage à l'acte suicidaire, l'administration de neuroleptiques, à des doses plus ou moins importantes, était alors impérieusement requise et qu'il n'existait aucune autre alternative »<sup>2134</sup>.

Il existe ainsi un décalage entre ce qu'on pourrait attendre du consentement, comme l'expression de la volonté du patient et sa décision médicale, et la manière dont il est qualifié dans la jurisprudence à travers l'information du patient.

**555.** Ce décalage est renforcé par les règles de preuve applicables. La charge de la preuve de l'information incombe légalement au praticien ou à l'établissement de santé<sup>2135</sup>. En l'absence de preuve rapportée par le médecin et si le patient allègue un défaut d'information, il sera jugé que le praticien n'a pas respecté son obligation d'information. Cela rejaillit sur la preuve du consentement libre et éclairé, qui dépend de la bonne information donnée. Il a ainsi pu être affirmé qu'« il appartient à l'établissement hospitalier d'établir l'existence de ce consentement éclairé »<sup>2136</sup>.

En outre, la preuve de l'information « peut être apportée par tout moyen »<sup>2137</sup> et l'information « est délivrée au cours d'un entretien individuel »<sup>2138</sup>, mais la preuve d'une information orale est complexe<sup>2139</sup>. Il résulte ainsi du contentieux que l'écrit, s'il est suffisamment précis<sup>2140</sup>, constitue un moyen de preuve de l'information particulièrement solide<sup>2141</sup>. Cette dualité entre l'attachement au caractère oral de l'information et le retour à l'écrit dans le contentieux se trouve bien exposée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 novembre 2018. Après avoir affirmé que « l'information donnée par le médecin à son patient doit être loyale, claire et appropriée et qu'elle doit l'être au cours d'un entretien individuel, sous une forme

<sup>2134</sup> CAA Lyon, 25 juin 2020, n° 18LY02562.

<sup>2135</sup> CSP, article L. 1111-2, al. 9. V. déjà Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 1997, *Hédreul*, n° 94-19.685, publié, et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 1997, n° 95-19.609, publié ; CE, 5 janv. 2000, n°s 181899 (*Consorts Telle*) et n° 198530, publié au Recueil ; D. Duval-Arnould, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019, n° 132.281, p. 259-260.

<sup>2136</sup> CAA Paris, 10 juill. 2020, n° 19PA02657, n° 22.

<sup>2137</sup> CSP, art. L. 1111-2, al. 9.

<sup>2138</sup> CSP, art. L. 1111-2, al. 3.

<sup>2139</sup> D. Duval-Arnould, *op. cit.*, n° 132.282, p. 260 : « Cette tâche est nécessairement délicate puisqu'elle consiste à évaluer une information essentiellement orale et qui peut être liée à des actes très anciens. », de sorte que « des écrits peuvent ainsi permettre de restituer l'information orale donnée. »

<sup>2140</sup> *Ibid.*, p. 260 : « En revanche, la seule production de formulaires types pré-imprimés, ne faisant aucune allusion à l'acte médical envisagé, se bornant à mentionner que le patient reconnaît avoir été informé des risques pouvant survenir, même préalablement signés par ce dernier, s'ils sont de nature à établir que le patient a reçu une information préalable, est insuffisante pour permettre d'en appréhender le contenu. »

<sup>2141</sup> Inversement, un faisceau d'éléments sans information écrite peut conduire à établir que toute l'information permettant au patient d'effectuer un « choix éclairé » lui a été transmise, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2012, n° 11-18.928, publié ; CAA Paris, 9 déc. 2021, n° 20PA01296, n° 9. Pour des exemples, v. D. Duval-Arnould, *op. cit.*, p. 260, n° 132.282.

essentiellement orale » et que « c'est au praticien qu'incombe la charge de prouver, par tous moyens, qu'il a rempli son obligation », la cour d'appel affirme que « l'Institut Curie ne s'est pas réservé la preuve d'un consentement éclairé de la patiente par la signature d'un document décrivant la radiothérapie cérébrale totale, ses effets secondaires et notamment le risque de troubles cognitifs massifs et dont la fréquence était documentée [...] »<sup>2142</sup>.

**556.** En droit médical, le consentement du patient n'est que rarement appréhendé en tant que tel. La délivrance de l'information conditionne l'établissement du recueil du consentement et la preuve du consentement dépend de celle de l'information. La détermination du consentement dans le contentieux diffère donc nettement de sa conception théorique.

La même logique se retrouve à propos des atteintes à la vie privée.

2) *Le consentement à l'atteinte à la vie privée caractérisé par la connaissance de l'atteinte*

**557.** Le consentement aux atteintes à la vie privée n'est pas déterminé dans le contentieux à partir de la volonté de la personne, mais de sa connaissance de l'atteinte. Le consentement constitue en effet un élément central pour déterminer s'il y a eu ou non une atteinte à la vie privée, en droit civil comme pénal. Pourtant, les règles de procédure dispensent les juges de s'intéresser à la volonté de la personne.

**558.** Le droit pénal en offre le meilleur exemple. L'article 226-1 du Code pénal sanctionne « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

3° En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci. »

---

<sup>2142</sup> CA Paris, 15 nov. 2018 (cité par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 sept. 2020, n° 19-10.404).

Son cinquième alinéa précise que « lorsque les actes mentionnés aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> du présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

**559.** La charge de la preuve de cette infraction est complexe. En principe, le ministère public doit rapporter la preuve de l'absence de consentement de la victime au titre des éléments matériels de l'infraction. Mais si le ministère public établit que les actes étaient entrepris sans que la personne ne puisse le savoir - c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été accomplis au su et vu de la personne - alors l'absence de consentement est démontrée, puisque la personne n'aura en effet jamais été en mesure de pouvoir donner son consentement. La Cour de cassation a estimé pour cette raison que la clandestinité est « un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ». En effet, ce délit « n'est caractérisé que lorsque la personne, dont les paroles ont été enregistrées sans son consentement est informée de leur captation ou de leur transmission », de sorte que la prescription ne peut intervenir avant que la victime connaisse les actes qui ont eu lieu<sup>2143</sup>. Ce faisant, elle a transformé « une règle de preuve en une règle de fond »<sup>2144</sup>.

Pour se défendre, le prévenu peut alors invoquer l'exception prévue par le cinquième alinéa. La détermination de la charge de la preuve de cette exception est illustrée dans un récent arrêt de la Cour de cassation, rendu dans une affaire où un policier municipal avait filmé un conducteur dans son véhicule<sup>2145</sup>. Pour les juges, la charge de la preuve de « l'admission de la présomption légale » revient au prévenu. Autrement dit, il doit démontrer que « les actes [...] ont été accomplis au vu et au su des intéressés »<sup>2146</sup>. Dans ce cas, le consentement de la personne est présumé et l'infraction n'est plus caractérisée. Cette présomption simple peut en revanche être renversée si le ministère public rapporte la preuve de l'opposition de la personne qui avait connaissance des actes<sup>2147</sup> ou de l'impossibilité pour elle de s'y opposer.

En résumé, soit le ministère public démontre que les actes ont été commis à l'insu de la personne et l'absence de consentement s'en déduit, soit le prévenu démontre que les actes ont

---

<sup>2143</sup> Cass. crim., 4 mars 1997, n° 96-84.773 : « ainsi, sauf à retirer son effectivité à la loi, ces deux infractions ne peuvent être prescrites avant qu'elles aient pu être constatées en tous leurs éléments et que soit révélée, aux victimes, l'atteinte qui a pu être portée à leurs droits » ; v. aussi un arrêt de la Cour de cassation qui estime que la cour d'appel a « énoncé à bon droit que l'atteinte à l'intimité à la vie privée par des écoutes téléphoniques était une infraction par nature clandestine conduisant à faire courir le délai de prescription seulement à partir du moment où elle était révélée aux victimes dans tous ses éléments » (Cass. crim., 30 sept. 2008, n° 07-82.249, publié).

<sup>2144</sup> P. Conte, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2019, p. 242, n° 334.

<sup>2145</sup> Cass. crim., 28 mars 2023, n° 22-83.069, n° 10 et 11.

<sup>2146</sup> *Ibid.*

<sup>2147</sup> *Ibid.*

été commis au vu et su de la personne, auquel cas le consentement est alors présumé, sauf au ministère public de démontrer l'opposition ou l'impossibilité d'opposition de la personne<sup>2148</sup>. C'est ce qui, selon nous, conduit des auteurs à affirmer que « c'est au prévenu de rapporter la preuve du consentement de la victime »<sup>2149</sup>.

**560.** Le consentement de la personne n'est donc pas réellement établi sous le prisme de ce que la personne souhaitait ou voulait. L'absence ou l'existence du consentement résulte plutôt de la preuve de la connaissance par la personne dont les paroles ou l'image sont saisies de l'atteinte à sa vie privée. La condition d'absence de consentement se voit remplacée par la condition de clandestinité. La Cour de cassation a ainsi pu estimer que « les faits reprochés au prévenu [...] commis à l'aide d'une caméra, dans le vestiaire d'une piscine municipale, interrompus par la réaction de la victime, caractérisaient, au sens de l'article 226-1, alinéa 2 du Code pénal, l'intention du prévenu de fixer et enregistrer, à son insu, l'image d'une personne se déshabillant dans un vestiaire, lieu privé ».

La preuve de l'opposition de la personne n'est pas non plus toujours caractérisée en s'attachant à la volonté de la personne. La personne n'est ainsi parfois pas en mesure de s'opposer au procédé d'atteinte à la vie privée dont elle a connaissance, lorsqu'elle est en garde à vue<sup>2150</sup> ou si elle est mineure<sup>2151</sup>. Lorsque la preuve de l'opposition ou de l'absence de consentement est effectivement recherchée<sup>2152</sup>, elle peut être établie à travers le comportement de la personne<sup>2153</sup>.

---

<sup>2148</sup> Par exemple, lorsqu'elle est mineure (Cass. crim., 24 mai 2023, n° 21-87.509 : « en prononçant ainsi, par des motifs dénués d'insuffisance comme de contradiction, dont il résulte que le prévenu a volontairement porté une atteinte à l'intimité de la vie privée de la victime qui, étant mineure, n'était pas en mesure de s'opposer à la captation, l'enregistrement ou la transmission de ses paroles ou de son image, la cour d'appel a fait l'exacte application du texte visé aux moyens ») ou en garde-à-vue (Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507, publié : « une personne faisant l'objet d'une garde à vue n'est pas en mesure de s'opposer à cet enregistrement »).

<sup>2149</sup> H. Pelletier, D. Beauvais, *JCl. Pénal Code*, Art. 226-1 à 226-3-1, fasc. 20, juin 2023, n° 35.

<sup>2150</sup> Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507, publié.

<sup>2151</sup> Cass. crim., 24 mai 2023, n° 21-87.509 : « En prononçant ainsi, par des motifs dénués d'insuffisance comme de contradiction, dont il résulte que le prévenu a volontairement porté une atteinte à l'intimité de la vie privée de la victime qui, étant mineure, n'était pas en mesure de s'opposer à la captation, l'enregistrement ou la transmission de ses paroles ou de son image, la cour d'appel a fait l'exacte application du texte visé aux moyens. »

<sup>2152</sup> L'absence de consentement n'est parfois pas contestée, de sorte que la preuve de l'opposition n'est pas nécessaire, v. par ex. Cass. crim., 20 nov. 2007, n° 06-82.753.

<sup>2153</sup> La cour d'appel de Paris (CA Paris, 11<sup>e</sup> chambre, 17 févr. 2006, cité par Cass. crim., 20 nov. 2007, n° 06-82.753) retient « que l'absence de consentement [de la personne] à être photographié se déduit de la volonté manifeste de ce dernier d'échapper aux photographes en se dissimulant le visage de sa main, ainsi que cela ressort de photographies prises place Vendôme lors de son arrivée à l'hôtel Ritz, en recherchant un stratagème pour sortir discrètement de l'hôtel et en quittant cet établissement par la sortie de service ».

**561.** En droit civil également, la volonté de la personne n'est pas recherchée en elle-même lorsqu'il s'agit d'établir son consentement à l'atteinte à sa vie privée<sup>2154</sup>. Rappelons que le premier alinéa de l'article 9 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée » et permet ainsi de protéger civilement les « atteintes à l'intimité de la vie privée »<sup>2155</sup>. Si l'article ne prévoit pas que le respect de la vie privée est subordonné au consentement de la personne atteinte, la jurisprudence a développé cette condition<sup>2156</sup>. Dans le contentieux civil, l'appréciation du consentement se distingue d'une appréhension directe de la volonté de la personne. Sur le plan probatoire, les juridictions du fond affirment que la personne qui publie ou reproduit l'image d'une autre personne doit rapporter la preuve du consentement de cette dernière<sup>2157</sup>, de sorte que la charge de la preuve du consentement pèse sur le défendeur.

**562.** Le contentieux s'appuie rarement sur la recherche directe de la volonté de la personne pour déterminer son consentement. Le consentement peut être établi à partir d'écrits dans lesquels les personnes ont déclaré leur volonté<sup>2158</sup>. En l'absence de consentement exprès, l'absence de consentement peut être déduite de l'absence de connaissance de l'atteinte à la vie

---

<sup>2154</sup> Sur les atteintes à l'intimité de la vie privée dans le contentieux administratif, on peut se référer à des affaires en milieu hospitalier. La même logique qu'en droit civil prévaut : la charge de la preuve pèse sur celui qui a pris ou publié l'élément relatif à la vie privée et la preuve est le plus souvent écrite. Pour des exemples, v. CAA Nancy, 7 avril 2016, n° 14NC01294, n° 16 et s. (responsabilité engagée sur le fondement des articles 9 du Code civil et L. 1110-4 du Code de la santé publique, après la diffusion « au sein de l'établissement hospitalier à des fins pédagogiques pour le personnel médical » d'une photographie d'un enfant atteint du syndrome de Silver Russell alors que « le centre hospitalier de Mulhouse n'établit pas qu'il avait reçu l'autorisation de M. et Mme E de réaliser ces photographies et les exploiter ») ou encore CAA Bordeaux, 2 mars 2023, n° 21BX00304 n° 9 et s. (responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique suite à la transmission par un praticien hospitalier à des médecins de courriers « afin notamment de dresser un compte-rendu de la prise en charge de la patiente dans le service du CHU et de faire état de son attitude à l'égard de l'autorité médicale » alors qu'« il est constant que l'auteur de ces courriers n'a pas recueilli au préalable le consentement exprès de la patiente, exigé par les dispositions précitées de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique »).

<sup>2155</sup> C. civ., art. 9, al. 2.

<sup>2156</sup> En ne se limitant pas nécessairement au mot « consentement ».

<sup>2157</sup> « Il appartient à celui qui publie la photographie d'une personne de rapporter la preuve du consentement de l'intéressé. » (TJ Paris, 23 juin 2023, n° 20/09672 ; TJ Paris, 16 déc. 2022, n° 21/08452.) V. aussi CA Versailles, 4 mai 2006, n° 04/07751 (« il incombe à celui qui reproduit l'image d'une personne d'apporter la preuve de l'autorisation donnée par celle-ci et de son étendue ») et CA Basse-Terre, 6 janv. 2020, n° 18/000451 (« le principe est que la réalisation de l'image d'autrui dans un lieu privé n'est licite qu'à la condition que l'intéressé, qu'il soit inconnu ou célèbre, ait donné son consentement »).

<sup>2158</sup> Ainsi, dans le cas de la signature d'un règlement intérieur par des parents, « les juges du fond en ont déduit, appréciant souverainement l'intention des parties, qu'ils avaient donné l'autorisation de prendre des photographies et des films de leur enfant conformément à la finalité pédagogique expressément prévue et acceptée par eux » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 2004, n° 02-16.903, publié).

privée<sup>2159</sup>. Le consentement à l'atteinte à la vie privée peut aussi être tacite<sup>2160</sup>. Il ne peut par exemple être déduit d'un sourire de la personne ou de sa seule participation à un événement<sup>2161</sup>. À l'inverse, des panneaux informant de la présence de caméras de vidéosurveillance dans les parties communes d'un immeuble permettent de déduire la connaissance de l'atteinte à la vie privée et le consentement implicite<sup>2162</sup>.

La notion de consentement telle qu'appréciée par les juges diffère ainsi du consentement tel qu'il peut être élaboré sur le plan théorique. Le même constat peut être fait à propos du consentement à l'adoption.

### 3) *Le consentement à l'adoption limité à l'information et au formalisme*

**563.** De la même façon, l'examen du consentement des parents à l'adoption de leur enfant par les juges<sup>2163</sup> ne s'attache pas à établir directement la volonté des parents.

**564.** L'existence du consentement est généralement satisfaite lorsqu'il est formellement donné. Si, « le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant [...] peut être recueilli par tous moyens »<sup>2164</sup>, les juges recherchent le plus souvent l'existence d'un écrit.

---

<sup>2159</sup> Par ex. dans le cas de photographies « prises au tournoi de tennis de Monte-Carlo, à l'insu des intéressés avec un cadrage les isolant du public environnant », images qui « ont été publiées et divulguées sans leur autorisation, sans que la société Hachette Filipacchi associés puisse se prévaloir du caractère public du lieu où les photos ont été prises pour invoquer une renonciation quelconque de [l'intéressé] à ses droits ». La Cour de cassation a estimé que « la cour d'appel a exactement déduit que la publication avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée et de l'image » de l'intéressé (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 01-15.322, publié).

<sup>2160</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2006, n° 04-20.715, publié : la cour d'appel a « exactement retenu que le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite ».

<sup>2161</sup> Le consentement « ne saurait être déduit du sourire de la personne photographiée, l'absence d'objection n'impliquant nullement une information quant à une éventuelle publication » et « les énonciations du site internet quant au renoncement du droit à l'image par les participants à la manifestation sont également sans incidence, le consentement, au titre d'une tel cliché dans le contexte ainsi décrit, qui devait être effectif et non équivoque, ne pouvant s'évincer de la seule participation à l'événement » (CA Basse-Terre, 6 janv. 2020, n° 18/000451).

<sup>2162</sup> La cour d'appel a pu, selon la Cour de cassation, exclure l'atteinte à la vie privée lorsque des caméras de vidéosurveillance avaient été installées dans les parties communes d'un immeuble (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009, n° 08-19.482). Selon la cour d'appel, en effet, « il ne peut être argué d'une atteinte à la vie privée et de l'absence de consentement des personnes filmées, dans la mesure où trois panneaux d'information de la présence des caméras sont placés dans les parties communes de l'immeuble » et « en conséquence, parfaitement informées de l'existence de ce système de vidéosurveillance, ces personnes ont implicitement consenti à l'enregistrement de leur passage dans l'immeuble » (CA Aix-en-Provence, 11 juill. 2008, n° 06/20278).

<sup>2163</sup> Nous nous attacherons au contentieux civil. Sur le plan pénal, l'analyse repose sur l'article 227-12 du Code pénal, qui sanctionne la provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise lucrative. Toutefois, ce contentieux est réduit et est principalement limité à des affaires de gestation pour autrui. Pour un exemple d'arrêt hors du cas de la gestation pour autrui, v. Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.342, publié.

<sup>2164</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2002, n° 00-12.360, publié. L'article 348-3 du Code civil, dans ses différentes versions depuis 1966, a toutefois toujours eu une exigence formaliste du consentement. Il dispose désormais que « le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. »

En outre, les juges s'attachent spécialement à au contrôle de la connaissance des effets de l'adoption, simple ou plénière, par les parents. La loi prévoit en effet que « le consentement à l'adoption doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant »<sup>2165</sup>. La connaissance des effets de l'adoption est généralement établie ou réfutée à partir de l'écrit qui atteste du consentement et est rarement vérifiée à travers d'autres éléments.

L'enjeu de l'adoption reposait ainsi sur l'information du consentement de la mère, vérifiée dans un écrit, dans une affaire où des époux français avaient saisi un tribunal français pour que l'adoption simple prononcée par un tribunal russe produise les effets d'une adoption plénière. La mère avait souscrit une déclaration « de refus d'enfant »<sup>2166</sup>. La cour d'appel avait estimé qu'« il ne résulte pas de cette déclaration, effectuée selon les règles du droit russe qui ignore l'adoption plénière, que la mère de l'enfant ait été informée du caractère complet et irrévocable de l'adoption de son enfant, dans le cas où celui-ci serait adopté par des ressortissants français qui solliciteraient l'adoption plénière prévue par la loi française »<sup>2167</sup>. Le consentement est encore apprécié à partir de l'information du parent à travers un écrit dans une affaire relative à une adoption réalisée en Bulgarie<sup>2168</sup>, une affaire d'adoption en Dominique<sup>2169</sup> ou encore une au Vietnam<sup>2170</sup>.

**565.** Les adoptions internationales peuvent générer des doutes quant au consentement des parents d'origine et des arrêts d'appel s'en font l'écho. Une cour d'appel affirme ainsi que le consentement à l'adoption doit correspondre à « celui d'une mère à renoncer symboliquement

---

<sup>2165</sup> C. civ., art. 348-3. De 2001 à 2022, cette règle ne valait que pour les adoptions internationales (C. civ., art. 370-3, al. 3).

<sup>2166</sup> CA Besançon, 18 nov. 2009, n° 09/01064.

<sup>2167</sup> *Ibid.*

<sup>2168</sup> CA Amiens, 9 mai 2001, n° 00/04416 et 01/00153 : « s'il est exact que le consentement à l'adoption donné par le chef d'établissement de l'enfant en vue du jugement, qui le vise expressément, ne fait aucune mention du fait que les conséquences de l'adoption plénière française ont été envisagées, et se limite à rappeler le consentement de principe à une adoption plénière bulgare, donné en octobre 1996 par la mère biologique, seule connue, lors de la remise de l'enfant à l'établissement, les requérants fournissent un document émanant de cette même autorité, daté du 19 décembre 2000, précisant que le consentement est bien donné pour une adoption plénière selon la législation française, c'est-à-dire donnant à l'enfant le statut d'enfant légitime, entraînant la rupture totale et irrévocable des liens avec les parents de naissance » et « il en résulte que le consentement à l'adoption de [l'enfant] a bien été donné de façon éclairée au sens des articles 370-3 et 370-5 du Code civil [...] ». À l'inverse, le procureur de la République soutenait l'absence de consentement éclairé. Il estimait qu'il ne résultait pas du consentement écrit qu'il avait été donné en connaissance des conséquences de l'adoption plénière française et qu'« il ne peut en outre être présumé qu'un citoyen bulgare, amené à donner son consentement à une adoption bulgare, ait envisagé les conséquences de son consentement au regard de la législation française ».

<sup>2169</sup> CA Fort-de-France, 3 nov. 2020, n° 19/00292.

<sup>2170</sup> CA Paris, 22 sept. 2020, n° 19/11746.



et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique»<sup>2171</sup>. Dans cette affaire, l'argumentation visait à rejeter le consentement à l'adoption d'une mère porteuse dans le cadre d'une gestation pour autrui. Toutefois, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel car « elle constatait l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant »<sup>2172</sup>.

Pourtant, les règles de droit international privé conduisent à limiter la recherche du consentement du parent par les juges. La Cour de cassation a ainsi affirmé à plusieurs reprises que l'article 370-3 du Code civil sur le consentement des parents d'origine<sup>2173</sup> n'était pas opposable à l'exequatur d'un jugement d'adoption étranger<sup>2174</sup>.

**566.** Par ailleurs, les adoptions nationales font l'objet d'un contrôle visant à protéger la volonté à l'origine du consentement des parents. Ainsi, « l'intégrité du consentement de l'adoptant, en tant que condition légale à l'adoption, est vérifiée au moment où le tribunal se prononce sur celle-ci »<sup>2175</sup>. Dans ce cadre, le contournement de la procédure d'adoption empêchant de contrôler le consentement peut constituer une fraude à la loi<sup>2176</sup>.

---

<sup>2171</sup> CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057.

<sup>2172</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455, publié.

<sup>2173</sup> La disposition n'a pas fondamentalement changé depuis la réforme de l'adoption. Désormais, l'article renvoie à l'article 348-3 pour les conditions du consentement à l'adoption.

<sup>2174</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mai 2023, n° 21-24.178, n° 8. La cour d'appel a violé les articles 370-3, al. 3, du Code civil et 509 du Code de procédure civile ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2019, n° 18-18.855 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2016, n° 16-23.471, publié. Sur le contrôle du consentement dans l'exequatur du jugement d'adoption suite à une gestation pour autrui, v. A. K. Danziger, M.-C. Gaffinel, « L'exequatur des décisions de GPA étrangères à la cour d'appel de Paris », *AJ fam.*, 2023, p. 385 ; L. Brunet, M. Mesnil, « Étude jurisprudentielle sur l'exequatur après GPA à l'étranger », *AJ fam.*, 2023, p. 374. La fraude à la loi pourrait aussi être invoquée au soutien d'un vice du consentement du parent d'origine. Dans un arrêt d'appel, les « incertitudes [...] quant aux circonstances de la naissance de l'enfant », adopté en Inde, étaient soulignées, mais les juges concluent qu'« il n'y a pas d'éléments suffisants pour considérer comme établi le vice du consentement du père biologique et par suite la fraude alléguée » et que « la preuve d'une fraude n'est donc pas rapportée ». L'adoption plénière est alors jugée dans l'intérêt supérieur de l'enfant et la demande d'exequatur acceptée (CA Caen, 5 mai 2022, n° 20/02113).

<sup>2175</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2020, n° 19-13.419, publié. L'arrêt vise toutefois à en conclure que « la contestation ultérieure du consentement de l'adoptant, qui est indissociable du jugement d'adoption, ne peut se faire qu'au moyen d'une remise en cause directe de celui-ci par l'exercice des voies de recours et non à l'occasion d'une action en révocation de cette adoption ». Pour un exemple d'évaluation de la volonté de la mère d'origine pour déterminer son consentement, v. CA Orléans, 11 mai 2010, n° 09/01827 : une mère d'origine « a maintenu devant le juge d'instruction, le 12 décembre 2007, se trouver dans la continuité de sa démarche d'abandon de l'enfant, faute de pouvoir l'assumer, de telle sorte que, si il convient bien d'admettre, en considération de la dissimulation totale de sa grossesse, qu'elle se trouvait dans une situation psychologique difficile, le recueil de son consentement à adoption par le personnel de la clinique ne peut être qualifié comme le résultat d'une pression sur personne vulnérable ». Cette affaire montre que la volonté de la mère d'origine pourrait faire l'objet d'un contrôle au-delà du formalisme. Pourtant, une telle vérification est bien rare et l'affaire elle-même était particulière : la mère déclarait que l'enfant était né d'un viol et le père puis la mère biologique de l'enfant ont reconnu ce dernier un an et demi après sa naissance (l'arrêt a fait l'objet d'un recours en cassation qui a conclu au rejet du pourvoi, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 10-20.554, publié).

<sup>2176</sup> Les juges de la cour d'appel de Papeete ont estimé qu'une reconnaissance d'un enfant avec lequel aucun lien biologique n'est établi, réalisée pour échapper à la procédure d'adoption et ses conditions, « s'épargnant l'intervention d'un tiers, ou d'une autorité, à même de contrôler et recueillir le consentement des parents et vérifier

**567.** Le contrôle du consentement à l'adoption s'inscrit donc dans le formalisme de la procédure d'adoption. Dans bien des cas, le contrôle du consentement exercé par les juges ne vise pas à établir la volonté réelle des parents d'origine.

De même, la vérification du consentement de la personne au traitement de ses données personnelles ne correspond pas à la recherche de la volonté réelle de cette dernière.

#### 4) *Le consentement dépersonnalisé dans la protection des données personnelles*

**568.** Le droit des données personnelles définit très précisément le consentement et une jurisprudence abondante le précise. Pourtant, la volonté de la personne en elle-même importe peu pour les juges et les autorités régulatrices. Le respect du consentement est établi à travers des indices externes, prévus par le RGPD, qui correspondent à des modalités techniques mises en œuvre par le responsable de traitement.

**569.** La définition du consentement dans le RGPD en fait une « manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. »<sup>2177</sup> Il n'est donc jamais question de la volonté interne de la personne et toute manifestation de volonté suppose la réunion des critères prévus par le RGPD. Plus encore, le consentement doit constituer une manifestation de volonté explicite. Le consentement tacite ne constitue pas un consentement au sens du RGPD, interprétation qui s'étend au consentement aux cookies. La Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé dans un arrêt relatif à l'interprétation du consentement dans le cadre de la directive ePrivacy<sup>2178</sup> et le Conseil d'État a tiré les conséquences de cet arrêt en 2020<sup>2179</sup>.

---

les situations respectives des parents biologiques et candidats à l'adoption, et évitant ainsi le risque d'un refus du père biologique ou du juge judiciaire », constituait une fraude à la loi (CA Papeete, 28 juin 2022, n° 21/00370).

<sup>2177</sup> RGPD, art., 4. 11.

<sup>2178</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° C-673/17, *Bundesverband c. Planet49*, ECLI:EU:C:2019:801, n° 62 : « Un consentement actif est ainsi désormais expressément prévu par le règlement 2016/679. Il importe de relever à cet égard que, selon le considérant 32 de ce règlement, l'expression du consentement pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site Internet. Ledit considérant exclut en revanche expressément qu'il y ait un consentement "en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité". »

<sup>2179</sup> CE, 19 juin 2020, n° 430810, Lebon T. Le Conseil d'État rejette l'interprétation *a contrario* de l'article 9 du RGPD applicable aux données sensibles. Cette disposition exige pour traiter ces données un « consentement explicite » de la personne concernée, parmi d'autres bases de traitement. Il avait pu en être déduit que le consentement de droit commun du RGPD n'avait donc pas à être explicite et pouvait être tacite (par ex. C. Koumpli, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O.

**570.** Le consentement n'est pas pour autant déterminé à partir de la volonté manifestée par la personne, mais selon le comportement du responsable de traitement. Il revient en effet au responsable de traitement de s'assurer de la licéité du traitement<sup>2180</sup>, laquelle est notamment établie par le consentement. La preuve du consentement pèse en outre sur le responsable de traitement<sup>2181</sup>.

Par ailleurs, le recueil du consentement se déroule souvent au travers d'une interface utilisée par de nombreuses personnes : ce qui pose essentiellement problème est le principe et le processus de recueil du consentement mis en place par le responsable de traitement dans une interface. Ainsi, la réalité de la volonté de telle ou telle personne importe peu.

**571.** Il s'agit donc de déterminer si le responsable de traitement a permis aux utilisateurs de donner leur consentement dans les conditions prévues par les textes. Cela s'explique aussi par la réalité du droit des données personnelles : le consentement est recueilli à travers une interface utilisée par de nombreuses personnes. Il s'agit donc de déterminer si la procédure de recueil du consentement mise en place par le responsable de traitement permet de donner un consentement répondant aux critères prévus par le RGPD.

**572.** La détermination du consentement des personnes repose ainsi sur des éléments dépersonnalisés et la réalité de la volonté de telle ou telle personne importe peu. En témoignent les décisions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés à propos de la collecte des données de consommation électrique<sup>2182</sup>, du recueil du consentement sur les sites google.fr et youtube.com<sup>2183</sup>, lors de prestations de voyance<sup>2184</sup> ou par le site Doctissimo<sup>2185</sup>.

De même, la jurisprudence prévoyant que le consentement soit un acte positif clair, le consentement n'est pas conforme lorsque l'utilisateur doit décocher une case cochée par

---

Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 438). Le Conseil d'État se prononce contre cette interprétation (CE, 19 juin 2020, n° 430810, Lebon T, n° 24), faisant du consentement au sens du RGPD une manifestation de volonté explicite.

<sup>2180</sup> RGPD, art. 5. 1. a) combiné avec RGPD, art. 5. 2.

<sup>2181</sup> RGPD, art. 7.1 : « Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant. »

<sup>2182</sup> CNIL, délib. n° MED 2019-035, 31 déc. 2019, *EDF*.

<sup>2183</sup> CNIL, délib. n° 2021-054, 12 mai 2021, *portant avis sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux, événements ou établissements impliquant de grands rassemblements de personnes* et CNIL, délib. n° SAN-2023-12, 13 juill. 2023, *relative à l'injonction prononcée à l'encontre des sociétés Google LLC et Google Ireland Limited par la Délib n° SAN-2021-023 du 31 déc. 2021*.

<sup>2184</sup> CNIL, délib. n° SAN-2023-008, 8 juin 2023, *Société KG COM*.

<sup>2185</sup> CNIL, délib. n° SAN-2023-006, 11 mai 2023, *DOCTISSIMO*.

défaut<sup>2186</sup>, conformément au principe du *opt-in*. Le traitement ne sera pas licite si le recueil du consentement n'en fait pas un acte positif clair, peu importe la volonté réelle de chaque individu. Une clause de consentement au traitement au sein d'un contrat ne suffit par exemple pas à prouver le consentement si la case a été précochée avant la signature du contrat, dès lors que l'utilisateur peut penser que le contrat ne pourra être conclu en cas de refus ou si un formulaire de refus doit être rempli<sup>2187</sup>. De même, les collectes de données de consommation électrique par demi-heure et quotidienne poursuivent des finalités différentes qui justifient que la personne concernée coche des cases différentes pour exprimer sa volonté de manière licite<sup>2188</sup>. La Commission nationale de l'informatique et des libertés a aussi pu affirmer que « la simple volonté de recevoir une prestation de voyance et le fait de livrer spontanément des informations sensibles ne constituent pas un consentement explicite des personnes concernées » au sens de l'article 9 du RGPD sur le traitement de données sensibles<sup>2189</sup>.

La volonté de la personne n'est ainsi pas non plus recherchée pour elle-même dans le droit des données personnelles. Il en va de même lors de l'établissement du consentement sexuel lors d'une procédure pénale.

5) *Le consentement sexuel établi sans la détermination directe de la volonté de la victime*

**573.** La qualification des violences sexuelles ne passe pas tout à fait par la détermination de la volonté de la victime, que ce soit dans la loi pénale ou dans l'enquête policière. Ce faisant, une différence s'établit entre le consentement tel qu'il est conçu sur le plan judiciaire et le consentement factuel.

**574.** L'élément matériel de qualification des agressions sexuelles et des viols, outre l'acte sexuel, n'est pas constitué par la preuve de l'absence de consentement de la personne, mais par celle de violence, contrainte, menace ou surprise<sup>2190</sup>. Il convient donc de montrer que la pénétration sexuelle, ou l'acte bucco-génital (viol) ou toute autre atteinte sexuelle<sup>2191</sup> (autres

---

<sup>2186</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° C-673/17, *Bundesverband c. Planet49*, ECLI:EU:C:2019:80, n° 65 et CE, 19 juin 2020, n° 430810, Lebon T., n° 23.

<sup>2187</sup> CJUE, 11 nov. 2020, n° C-61/19, *Orange România SA c. Autoritatea Nationala de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, ECLI:EU:C:2020:901, n° 52.

<sup>2188</sup> CNIL, délib. n° MED 2019-035, 31 déc. 2019, *EDF*.

<sup>2189</sup> CNIL, délib. n° SAN-2023-008, 8 juin 2023, *Société KG COM*, §86.

<sup>2190</sup> C. pén., art. 222-22, al. 1<sup>er</sup>. Les critères sont précisés pour le viol à l'article 222-23, al. 1<sup>er</sup> du Code pénal

<sup>2191</sup> C. pén., art. 222-22.

agressions sexuelles), « a été imposée au moyen de l'un des quatre "procédés" énumérés par le législateur »<sup>2192</sup>. Lorsque la victime est âgée de moins de quinze ans ou est mineure et à certaines conditions, des infractions différentes sont prévues par le Code pénal et cet élément matériel n'y figure pas<sup>2193</sup>. Autrement dit, alors que l'absence de consentement sexuel se situe au cœur de l'ensemble des discussions sur les violences sexuelles, sa caractérisation n'est pas exigée par la loi pénale<sup>2194</sup>. Elle passe en droit par la qualification d'actes émanant non pas de la victime, mais de l'agresseur<sup>2195</sup>. Une première césure se crée donc entre l'appréhension sociétale du consentement sexuel et son appréhension juridique.

**575.** La détermination du consentement sexuel au stade de l'enquête pénale en témoigne. Océane Pérona, sociologue, a mené des enquêtes auprès de différents services de police et ses résultats sont révélateurs d'un déplacement de l'attention à la volonté de la personne vers des éléments de preuve externes. Les statistiques de traitement pénal des violences sexuelles justifient en effet de s'intéresser au travail des policiers lors de l'enquête pénale, et non pas seulement des jugements qui ont été rendus.

Rappelons en effet que la différence entre le nombre déclaré d'agressions sexuelles, sans préjuger de leur qualification pénale, et le nombre de plaintes déposées pour agressions sexuelles témoigne d'une sous-déclaration majeure des atteintes<sup>2196</sup>.

Même signalées, les affaires ne sont pas toutes jugées. Le taux d'affaires classées sans suite est élevé. En 2016, des poursuites ont été engagées pour 30,8 % des affaires de viol et 25,3 % des affaires d'agressions sexuelles. Les violences sexuelles se distinguent du reste du contentieux sur ce plan. Dans les affaires où l'auteur est identifié, Infostat Justice constatait « une sur-représentation des classements pour affaire non poursuivable (62 % des auteurs traités) » et analyse que « ce schéma procédural diffère sensiblement de celui que l'on peut

---

<sup>2192</sup> C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021, p. 51.

<sup>2193</sup> C. pén., art. 222-23-1 et 222-23-2 (viols), 222-29-2 et 222-29-3 (agressions sexuelles), L. n° 2021-478 du 21 avr. 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>2194</sup> C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 15.

<sup>2195</sup> *Ibid.* : « Le consentement de la victime est donc apprécié à l'aune du comportement de l'agresseur. »

<sup>2196</sup> D'après l'enquête Cadre de vie et sécurité, « En moyenne entre 2011 et 2018, 81 % des victimes ["de violences sexuelles hors ménage"] ne se sont pas déplacées en commissariat ou en gendarmerie. » (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, *Rapport d'enquête « Cadre de vie et sécurité » 2019*, 2019, p. 166.) Selon l'enquête Genese menée en 2021, 21 % des victimes de violences physiques et sexuelles au sein du couple (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, Eurostat, *Panorama des violences en France métropolitaine. Enquête Genese 2021*, 2022, p. 26), 8 % des victimes de violences sexuelles intrafamiliales avant l'âge de 15 ans et 4 % des victimes de violences sexuelles hors du cadre familial avant l'âge de 15 ans (*Ibid.*, p. 14) ont « fait un signalement à la police ou la gendarmerie ».

observer, par exemple, dans les autres contentieux d'atteintes à la personne »<sup>2197</sup>, où « les classements liés à la validité de l'infraction sont moins fréquents (43 %) », mais où le taux de poursuite est également moins élevé (21 %).

En revanche, des enquêtes montrent que lorsque l'affaire est jugée au tribunal correctionnel ou en cour d'assises, le taux de condamnation est relativement élevé. Par exemple, en 2013 et 2014, à la cour d'assises de Bobigny, « lorsque le parquet décide de poursuivre l'agresseur, 91 % des mis en examen sont mis en accusation pour être jugés, à la suite de quoi, 93 % sont jugés coupables »<sup>2198</sup>. Quant aux affaires devant le tribunal correctionnel de Bobigny à la même période, « 46 % des agressions sexuelles sont en réalité des viols correctionnalisés » et « suite à l'instruction, 82 % des mis en examen sont renvoyés devant le tribunal correctionnel pour jugement » ; enfin, « 83 % des agresseurs sont jugés coupables tandis que 17 % sont relaxés »<sup>2199</sup>. Une étude menée par Véronique Le Goaziou sur des dossiers de viols dans trois juridictions différentes entre la fin des années 1990 et la fin des années 2000 montrait que sur 464 décisions de justice, 5 % avaient fait l'objet d'un acquittement<sup>2200</sup>.

**576.** Il résulterait des rapports entre policiers et médecins légistes qu'une attention importante est attachée par les policiers à l'examen physique de la victime réalisé par l'expert<sup>2201</sup>. Alors même que les médecins exprimeraient une distance face à l'absence de traces physiques sur la victime, les policiers s'y rattacheraient. Océane Pérona en conclut que « ce que l'expert ne peut attester ne peut être reconnu par l'institution judiciaire : l'absence de traces et de lésions implique alors l'absence de viol, au sens procédural du terme »<sup>2202</sup>. Cette recherche de preuves physiques pour qualifier l'infraction s'expliquerait par la volonté de résoudre l'enquête en vue d'un procès en cour d'assises<sup>2203</sup>. Or, les policiers enquêtés se mettraient à la

---

<sup>2197</sup> M. Juillard, O. Timbart, « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction », *Infostat Justice*, n° 160, 2018, p. 2.

<sup>2198</sup> E. Ronai, E. Durand (dir.), *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité*, Malakoff : Dunod, 2021, p. 199 (étude de Bertille Bodineau).

<sup>2199</sup> *Ibid.*

<sup>2200</sup> V. Le Goaziou, *Le viol, aspects sociologiques d'un crime : une étude de viols jugés en cour d'assises*, préf. M. Jaspard, Paris : La Documentation française, 2011, p. 189.

<sup>2201</sup> O. Pérona, « Médecins légistes et policiers face aux expertises médico-légales des victimes de violences sexuelles », *Déviance et Société*, vol. 41, n° 3, 2017, p. 415. La démonstration va cependant au-delà de ces observations et s'intéresse aux relations entre les deux professions dans le cadre de l'enquête policière. La chercheuse montre notamment que la victime est appréhendée différemment par les policiers (« logique de constat ») et par les médecins (« logique d'assistance »).

<sup>2202</sup> *Ibid.*

<sup>2203</sup> *Ibid.* : « Pour comprendre l'importance que les policiers attachent aux constats médicaux, il faut rappeler l'horizon répressif du travail policier et restituer la place du certificat médical dans la chaîne pénale. Les policiers apprécient les enquêtes qu'ils ont à mener à l'aune de la réponse pénale qu'elles reçoivent de la part des magistrats. Dans les affaires de violence sexuelle, la "belle affaire" est définie comme l'enquête qui débouche sur un procès aux assises [...] ».

place des magistrats dans la résolution future de l'affaire, provoquant « un alignement du jugement policier sur celui des magistrats »<sup>2204</sup>. Une attention particulière serait consacrée par les policiers au certificat médical car ils estiment qu'il est important pour le ministère public<sup>2205</sup>. Pour les deux acteurs de la chaîne pénale, ces certificats médicaux permettraient de prouver les deux éléments matériels de l'infraction<sup>2206</sup>. Les positions des médecins sont pourtant différentes : « De la même manière qu'ils distinguent le fait d'avoir été pénétrée et le fait d'avoir des lésions génitales, ils différencient l'absence de consentement de la victime de l'absence de traces de violences sur son corps. »<sup>2207</sup>

Cela constituerait d'ailleurs l'une des explications de la faible considération des viols conjugaux par les policiers<sup>2208</sup>. L'attention accordée aux traces physiques d'un viol revient à examiner les actes de la personne mise en cause<sup>2209</sup>.

**577.** Le poids de l'examen de la volonté de la victime ne doit pas pour autant être éludé. Océane Pérona souligne tout de même l'attachement des policiers à déterminer la conduite des différents protagonistes et donc à évaluer le consentement. Ainsi, « le travail policier de qualification des énoncés produits par les déclarantes est un travail de mise en récit des conduites sexuelles féminines à l'intérieur du cadre normatif de la loi pénale. Celui-ci consiste en la production, par les policiers, d'un "script pénal de sexualité contrainte" »<sup>2210</sup>. Elle en

---

<sup>2204</sup> *Ibid.*

<sup>2205</sup> *Ibid.* : « Pour juger de l'intérêt d'une affaire, les policiers anticipent les suites qu'elle est susceptible de connaître. On observe alors un alignement du jugement policier sur celui des magistrats : les éléments que les magistrats recherchent deviennent ceux que les policiers s'efforcent de trouver. Or de l'avis des policiers, le certificat médical constitue une preuve appréciée et demandée par les parquets. »

<sup>2206</sup> *Ibid.* : « Le certificat médical est très souvent invoqué par les policiers, mais surtout par les magistrats, comme un "élément clé" de leur procédure. Les constats de lésions permettent de "faire tenir" une affaire parce qu'ils attestent de la matérialité de deux éléments constitutifs de l'infraction de viol : la pénétration sexuelle et l'usage de la violence physique. »

<sup>2207</sup> *Ibid.*

<sup>2208</sup> O. Pérona, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017. D'autres explications sont avancées, parmi lesquelles « la crainte qu'ont les policiers de voir leur action détournée à des fins privées » et des « stéréotypes de genre » sur les sexualités féminine et masculine.

<sup>2209</sup> *Ibid.* : « Au sein de cette culture professionnelle, partagée par tous les policiers et les policières du service, les viols conjugaux sont dévalués. Ils ne nécessitent pas la mise en œuvre de techniques d'investigations valorisées par les enquêteurs, car ils sont élucidés dès le moment où ils sont signalés. Ils ne marquent pas physiquement les déclarantes, soit parce qu'ils sont dénoncés trop tard pour que des traces soient observables sur leur corps, soit parce que l'agresseur n'a pas utilisé la violence physique pour contraindre la victime. Comme le note Mac Kinnon au sujet des lois sur le viol aux États-Unis, peu importe l'existence ou l'absence du consentement de la victime, c'est bien au comportement de l'agresseur que s'intéressent prioritairement les policiers à travers leurs investigations sur les corps et les récits des victimes. C'est principalement l'usage de la violence par ce dernier qui permet alors de distinguer, dans le cadre conjugal, la sexualité consensuelle de la sexualité forcée. »

<sup>2210</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.

déduit que la détermination du consentement de la victime, malgré son absence dans la loi pénale, demeure pour eux une condition centrale dans leur travail<sup>2211</sup>.

B. L'analyse doctrinale distinguant réalité factuelle et expression juridique du consentement

**578.** L'appréhension légale et contentieuse du consentement se distingue du consentement factuel. Peter Westen, un professeur de droit étasunien, a élaboré une classification des différents consentements à partir de cette distinction entre le droit et les situations factuelles<sup>2212</sup>. Si l'auteur propose une étude du consentement comme défense en droit pénal<sup>2213</sup>, sa classification permet tout de même de mieux comprendre les difficultés d'appréhension du consentement en France. Elle permet de donner toute sa place au consentement juridique.

**579.** Peter Westen distingue deux types principaux de consentement lorsque la loi utilise ce terme : le consentement factuel et le consentement juridique. La pluralité d'acceptions du concept de consentement mènerait à des « confusions » entre les différents consentements et donc à des erreurs juridiques<sup>2214</sup>.

Le consentement factuel représente un consentement « empirique »<sup>2215</sup>. S'il est à l'origine du consentement juridique, il n'est pas question, dans sa définition, d'être qualifiable juridiquement. Il y aurait deux types de consentements factuels. D'une part, un « état d'esprit factuel d'acquiescement », qui constitue la conception centrale du consentement<sup>2216</sup>, et qui peut renvoyer à de nombreux états d'esprit, actifs ou passif<sup>2217</sup>. D'autre part, l'expression de cette conception centrale, c'est-à-dire un consentement « comme une expression plutôt qu'un état d'esprit »<sup>2218</sup>, nommé « consentement factuel expressif »<sup>2219</sup>. Dans ces deux hypothèses, la loi

---

<sup>2211</sup> *Ibid.* : « Enfin, l'observation de la construction du jugement policier en matière de violences sexuelles confirme la place du consentement dans l'enquête policière. L'absence de référence au consentement dans la définition du viol donnée par le code pénal ne fait pas obstacle à la recherche de celui-ci par les enquêteurs. La présence ou l'absence de consentement est le critère principal qui permet aux policiers de juger les interactions sexuelles qu'ils ont à connaître. Ce faisant, ils agissent en dépositaires d'une morale sexuelle libérale. »

<sup>2212</sup> P. K. Westen, *The logic of consent: the diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct*, Aldershot ; Burlington : Ashgate, 2004.

<sup>2213</sup> Le sous-titre de l'ouvrage s'intitule *The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*.

<sup>2214</sup> Sur les confusions, v. P. K. Westen, *op. cit.*, p. 4.

<sup>2215</sup> *Ibid.*, p. 4 et p. 25.

<sup>2216</sup> *Ibid.*, p. 4 et p. 25 et s. (« *the core conception of consent consists of a factual state of mind of acquiescence* », « *factual attitudinal consent* »).

<sup>2217</sup> *Ibid.*, p. 25 et s.

<sup>2218</sup> *Ibid.*, p. 5. (« *Consider the conception of consent as an expression rather than a state of mind.* »)

<sup>2219</sup> *Ibid.* : « *factual expressive consent* ».



utilise le mot « consentement », mais l'entend d'un point de vue factuel car, en droit américain, il ne suffira pas nécessairement à constituer une défense<sup>2220</sup> ou un fait justificatif. Le mot « consentement » est alors entendu dans une acception de langage courant<sup>2221</sup> et non juridique.

Le « consentement juridique »<sup>2222</sup>, lui, renvoie aux deux types de consentement factuel mais dans le langage juridique<sup>2223</sup>. Il correspond ainsi à deux types de consentements. D'un côté, le « consentement prescriptif » est un consentement qui « incorpore en lui les éléments du consentement factuel »<sup>2224</sup>, tout en pouvant exiger des conditions supplémentaires<sup>2225</sup>. De l'autre, le « consentement imputé » est une fiction du consentement prescriptif et ne nécessite donc pas de réunir les éléments du consentement factuel<sup>2226</sup>.

**580.** Il ne convient pas d'appliquer directement les distinctions opérées par Peter Westen au droit français. Il les a en effet élaborées à propos d'une règle de droit qui n'existe pas dans notre système juridique, le consentement ne constituant jamais un fait justificatif, et restreint son analyse au droit pénal. La démarche de l'auteur n'en demeure pas moins éclairante. On y trouve d'abord des parallèles avec le droit français. Par exemple, l'interchangeabilité fréquente des mots « consentement », « accord » et « autorisation » dans la jurisprudence de l'article 9 du Code civil pourrait signaler la faible juridicité du terme consentement dans ces actions. Inversement, le recours à l'expression « consentement libre et éclairé » comme la définition du consentement en droit des données personnelles en fait dans ces cas un terme juridique. Surtout, le travail de Peter Westen illustre que, même dans la loi (anglo-saxonne), différentes acceptions se rattachent au terme consentement. Importée en droit français, la classification illustre le décalage entre les nombreuses conceptions du consentement dans le langage courant d'un côté, et les acceptions restreintes juridiquement du consentement dans la loi.

**581.** La question n'est pas nouvelle sur le plan doctrinal. La distinction entre volonté interne, et volonté externe, déclarée ou objective, se trouve au cœur de la théorie contractuelle.

---

<sup>2220</sup> *Ibid.*, p. 25 et s., p. 107 (*defense*).

<sup>2221</sup> *Ibid.*, p. 107 (« *ordinary language* »).

<sup>2222</sup> *Ibid.*, p. 6 (« *legal consent* »).

<sup>2223</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>2224</sup> *Ibid.*, p. 6 : « *Prescriptive conceptions of consent incorporate within themselves the elements of factual consent - much in the way that a larger nesting doll incorporates a smaller doll.* »

<sup>2225</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>2226</sup> *Ibid.* : « *In contrast to prescriptive consent, "imputed consent" is a subset of legal consent that does not achieve legal effects by incorporating elements of factual consent. Rather, imputed consent consists of fictions of prescriptive consent that are attributed to S without S's otherwise experiencing or expressing such factual consent.* »

La problématique du débat consiste à se demander quelle solution retenir en cas de dissociation entre la volonté interne ou subjective (ce que le contractant voulait) et la volonté externe, déclarée ou subjective (ce que le contractant a exprimé)<sup>2227</sup>. Le droit français a été présenté comme un système favorisant alors la volonté interne<sup>2228</sup>, en raison notamment de l'attachement à l'autonomie de la volonté comme fondement du contrat<sup>2229</sup>. De la sorte, il se distinguerait de droits privilégiant dans ce cas la volonté déclarée. Il en irait ainsi du droit allemand. À partir d'un débat entre théorie de la volonté (*Willenstheorie*) et de la déclaration (*Erklärungstheorie*), le droit des contrats allemand aurait finalement fait le choix de la volonté déclarée, ce à partir de quoi le droit français aurait souligné sa différence<sup>2230</sup>. En droit allemand, les déclarations de volonté qui doivent être reçues doivent être interprétées selon leur destinataire<sup>2231</sup>. La distinction serait également marquée avec le droit étasunien<sup>2232</sup>.

**582.** Pourtant, cet attachement à la volonté interne en droit français doit être grandement relativisé. Paul Gaiardo souligne lui-même la distance prise au regard de cette théorie par les auteurs français eux-mêmes<sup>2233</sup>. Les règles procédurales, comme de fond, favorisent la recherche de la manifestation de la volonté, plus que d'une volonté interne. Du point de vue des actes juridiques, l'importance attachée à l'écrit et aux limites de l'interprétation lorsque l'acte

<sup>2227</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil : les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. 167, n° 147, qui parle de « distorsion » entre les deux.

<sup>2228</sup> Pour Paul Gaiardo, l'attachement à une conception subjective de la volonté en droit français est beaucoup moins évident que l'attachement à une conception objective de la volonté en droit étasunien (P. Gaiardo, *Les théories objective et subjective du contrat : étude critique et comparative (droits français et américain)*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris : LGDJ, 2020, n° 12, p. 11).

<sup>2229</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, *La formation du contrat. Tome I, le contrat, le consentement*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ : Lextenso éditions, 2013, p. 683, n° 917 : « la conception individualiste, qui sous-tend le dogme de l'autonomie de la volonté, a toutefois fait prévaloir dans la doctrine française, au XIX<sup>e</sup> siècle et jusqu'à une époque récente, la volonté interne » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 167, n° 147. Théorie qui, nous l'avons vu, est controversée (v. *supra*, n° 73).

<sup>2230</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, *op. cit.*, p. 684, n° 917 : en particulier après la réception de l'œuvre de Raymond Saleilles en France (R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris : F. Pichon, 1901). V. aussi F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 167, n° 147.

<sup>2231</sup> Ce qui n'empêche pas de prêter attention à la connaissance réelle ou attendue par le destinataire de la volonté de l'autre. C. Witz, *Le droit allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 118-119 : « Partant de deux normes divergentes (§ 133 consacrant l'interprétation subjective de la déclaration de volonté et § 157 selon lequel les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages), la jurisprudence privilégie l'interprétation objective des déclarations de volonté sujettes à réception : le contenu de la déclaration est déterminé, non d'après la volonté réelle du déclarant, mais "selon l'horizon du destinataire", à moins que le destinataire n'ait compris ce que voulait réellement le déclarant, auquel cas la volonté réelle commune l'emporte (*falsa demonstratio non nocet*). » V. également F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, C. Witz, Paris : LGDJ, 2004, p. 50-51, n° 75.

<sup>2232</sup> P. Gaiardo, *op. cit.*, p. 8 et s., n° 10 et s.

<sup>2233</sup> P. Gaiardo, *op. cit.*, p. 10, n° 12 : « En effet, même lorsque des auteurs indiquent que le droit français adopte une appréhension subjective du consentement, ils nuancent immédiatement leur propos en précisant qu'une volonté purement interne ne saurait être prise en compte par le droit. »

est clair laisse une faible place à la recherche de la volonté interne<sup>2234</sup>. De même, la définition de l'offre et de l'acceptation repose sur l'extériorisation de la volonté<sup>2235</sup>, le régime des vices du consentement, qui pourrait faire prévaloir la volonté interne, comporte des conditions propres à la volonté déclarée<sup>2236</sup>. Enfin, le traitement judiciaire de l'erreur-obstacle, laquelle repose pourtant précisément sur la volonté interne des cocontractants, exclut que le droit français attache en pratique de l'importance aux volontés subjectives<sup>2237</sup>.

La spécificité du droit français serait elle-même exagérée. En droit allemand, il ne faut pas oublier que la déclaration de volonté (*Willenserklärung*) comprend la volonté interne, composée elle-même de trois éléments, et sa déclaration<sup>2238</sup>. Le droit envisage d'ailleurs la discordance entre les volontés internes des parties à travers la notion de *versteckter Einigungsmangel*<sup>2239</sup>. Quant au droit étasunien, au-delà des apparences, ce droit aurait une position commune avec le droit français que Paul Gaiardo nomme l'« accord apparent des volontés »<sup>2240</sup>. Le droit français accorderait en fait une place importante à la volonté déclarée. Dans les deux droits, « on ne cherche pas simplement à comparer deux manifestations objectives de volonté, ni à vérifier qu'il existe une rencontre des volontés subjectives, mais simplement qu'une personne raisonnable pouvait se fonder sur la manifestation de volonté de l'autre partie et qu'elle s'est effectivement fondée sur elle »<sup>2241</sup>. Les recherches de Paul Gaiardo soulignent ainsi le recours nécessaire à la manifestation de volonté, malgré la position apparente du droit français.

**583.** La compréhension juridique du consentement se distingue ainsi clairement d'une définition factuelle. Le consentement juridique est fait d'extériorité, mais aussi de preuve, de

---

<sup>2234</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, *op. cit.*, p. 685-686, n° 219. De manière générale, l'absence de preuve conduira à retenir la volonté déclarée sur la volonté interne qui, si elle est prouvée, l'emportera à l'inverse (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 168, n° 147).

<sup>2235</sup> P. Gaiardo, *op. cit.*, p. 10, n° 12.

<sup>2236</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, *op. cit.*, p. 685-686, n° 219.

<sup>2237</sup> P. Gaiardo, *op. cit.*, p. 45 et s., n° 52 et s. En particulier parce que la sanction devrait théoriquement être l'inexistence du contrat, alors qu'elle consiste en la nullité du contrat dans la jurisprudence. De sorte que « l'erreur-obstacle semble être restée à l'état de construction doctrinale et n'a jamais trouvé sa place dans la jurisprudence » (*ibid.*, p. 46, n° 52).

<sup>2238</sup> C. Witz, *op. cit.*, p. 117 ; F. Limbach, *op. cit.*, p. 46 et s., n° 65 et s.

<sup>2239</sup> Ou de *versteckter Dissens* (« dissentiment caché ») : C. Witz, *op. cit.*, p. 119 ; F. Limbach, *op. cit.*, p. 248 et s., n° 482 et s. Le § 155 BGB dispose que « si les parties à un contrat, qu'elles ont considéré comme conclu, ne se sont en réalité par entendues sur un point sur lequel un accord devait être trouvé, la chose convenue est valable, sauf si le contrat n'aurait pas été conclu sans une disposition sur ce point ». (« *Haben sich die Parteien bei einem Vertrag, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.* »)

<sup>2240</sup> Selon l'auteur, il n'y a pas deux théories différentes du consentement entre les deux pays (théorie objective ou subjective) mais deux théories différentes du contrat, l'une objective (États-Unis) protégeant l'intérêt économique et l'une subjective (France) protégeant le respect de la parole donnée (P. Gaiardo, *op. cit.*).

<sup>2241</sup> P. Gaiardo, *op. cit.*, p. 18-19, n° 21.

présomption ; il correspond parfois à l'action de recueillir le consentement. En droit positif, on n'envisage donc pas la volonté interne par pragmatisme. Lorsqu'il s'agit de qualifier le consentement, il n'est jamais question de déterminer ce qu'une personne voulait vraiment, si sa volonté consistait à céder à un acte ou à l'accueillir avec enthousiasme, si elle acceptait ou si elle proposait. Pourtant, ces questions agitent les discussions sociales sur le consentement.

**584.** Le consentement légal ou judiciaire ne peut ainsi se faire l'écho de certaines problématiques. La question a déjà été formulée à propos du consentement sexuel, envisagé comme une condition de la qualification pénale des agressions sexuelles. Dans un article fondateur, Catharine MacKinnon remet en cause cette condition formelle de consentement. Parmi ses arguments, elle différencie « *consent* » et « *welcomeness* »<sup>2242</sup>. Le consentement serait utilisé pour désigner le désir, alors même qu'il ne recouvre cette acception ni dans le langage courant, ni en droit : le consentement ne correspond pas aux relations sexuelles positivement voulues par les femmes<sup>2243</sup>. À l'inverse, la *welcomeness* serait le critère adapté, contrairement au consentement, comme en témoignerait l'appréhension du harcèlement sexuel aux États-Unis. Une loi visant l'égalité des sexes fait ainsi du caractère bienvenu un critère de l'infraction, contrairement à la volonté<sup>2244</sup>. Les critères du harcèlement sexuel en France résonnent avec ces développements. Selon sa définition principale en droit pénal « le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante »<sup>2245</sup>. Il n'est ainsi jamais question de consentement, ni même des critères de qualification des agressions sexuelles (violence, contrainte, menace, surprise).

---

<sup>2242</sup> Ce que Catherine Le Magueresse traduit comme le « caractère bienvenu » de la relation sexuelle (C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnamarie-Dontilly : iXe, 2021, p. 112).

<sup>2243</sup> « *Consent can be considered to include authentic desire, but the term is never used in that context in real life, and nothing limits it to that in law. In social reality, the crucible of meaning, sex that is actually desired or wanted or welcomed is never termed consensual. It does not need to be; its mutuality is written all over it in enthusiasm. Consenting is not what women do when they want to be having sex. Sex women want is never described by them or anyone else as consensual. No one says, "We had a great hot night, she (or I or we) consented."* » (C. A. MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431, spec. p. 450, cité par Catherine Le Magueresse, *op. cit.*, p. 112.)

<sup>2244</sup> C. A. MacKinnon, *loc. cit.*, p. 450-451.

<sup>2245</sup> C. pén., art. 222-33, I. En droit du travail, le harcèlement sexuel subi par un salarié est principalement « constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante » (C. trav., art. L. 1153-1).

De la même manière, Manon Garcia souligne les limites du consentement juridique. Cette condition posée par la loi ne peut en effet recouvrir les exigences que la société peut avoir moralement à l'égard du consentement sexuel<sup>2246</sup>. En posant des limites à ce qui est contrôlé par le consentement - limites imposées par l'insaisissabilité de la volonté interne - le droit est distingué de la morale : « que le droit pénal n'ait à statuer que sur ce qui est incriminé ne signifie pas que la morale consiste simplement à s'abstenir de ce qui est interdit. Et il ne suffit pas de ne pas être violé·e ou agressé·e pour avoir une expérience sexuelle épanouissante ou joyeuse »<sup>2247</sup>.

**585.** On en conclut que le consentement juridique constitue en droit positif un minimum exigé par le droit. Si le juge ne peut contrôler que la manifestation de volonté sous certaines conditions, cela ne signifie pas pour autant que la société en attend collectivement autant. La distinction entre consentement factuel, consentement légal et consentement judiciaire exprime des limites consubstantielles au système juridique.

Les *Legal Consciousness Studies* permettent de révéler une autre notion de consentement, moins connue, et soulignent la diversité des réalités sociales du consentement.

## **§2. Consentement et Legal Consciousness Studies**

**586.** Le consentement doit également se comprendre dans la perspective qu'ont les individus de cette condition juridique dans leur vie quotidienne. La réception des règles de droit relatives au consentement s'avère complexe. Les individus n'intègrent pas nécessairement le droit comme il a pu être pensé. Alors que le consentement pourrait représenter l'occasion pour une personne d'exprimer sa volonté, il n'est pas tout le temps envisagé en ce sens, que ce soit parce que la volonté de la personne importerait peu dans telle ou telle situation ou parce que la protection offerte par le consentement juridique n'est pas intégrée dans sa totalité. Cette « conscience du droit » ne repose pas exclusivement sur une mauvaise connaissance, mais plutôt sur des expériences de rapport quotidien au droit, sur le positionnement social de la personne innervé par des inégalités, mais aussi sur des conceptions morales.

---

<sup>2246</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 79 : « Ainsi, si l'on veut s'en tenir à une définition formelle du consentement, éventuellement sanctionnable par le droit, alors le consentement seul ne peut pas suffire à poser les bases d'une sexualité bonne. Et si l'on veut une conception du consentement qui pose les bases d'une sexualité moralement bonne, cette conception est vraisemblablement trop exigeante pour être sanctionnable par le droit. »

<sup>2247</sup> *Ibid.*, p. 226-227.

587. Les *Legal Consciousness Studies* appréhendent précisément le droit sous cet angle. Ce courant épistémologique « permet d'analyser comment les profanes se réfèrent au droit dans la vie de tous les jours »<sup>2248</sup>. Y est étudié « le processus à travers lequel les gens donnent sens à leurs expériences en s'appuyant sur des catégories et des concepts juridiques et, ce faisant, participent à la construction de la légalité [...] »<sup>2249</sup>. Importées en France<sup>2250</sup>, ces études ont été utilisées pour analyser la compréhension du temps de travail légal et des « 35 heures »<sup>2251</sup>. Différents chercheurs ont identifié des rapports à la légalité qui permettent de situer le positionnement des différents individus<sup>2252</sup>. Ce comportement à l'égard du droit peut être envisagé en relation étroite avec le positionnement social de la personne<sup>2253</sup>.

Les études sur la conscience du droit permettent d'apporter un nouveau regard sur le consentement. D'un point de vue épistémologique, elles créent des « ruptures dans le régime de connaissance sur le droit »<sup>2254</sup> qui permettent de penser différemment la matière. En particulier, les *Legal Consciousness Studies* pensent indissociablement le « droit en société » et non plus « les rapports entre droit et société »<sup>2255</sup> et élargissent la compréhension du droit en partant de son appréhension par les individus<sup>2256</sup>. Ce courant épistémologique propose ainsi des « ressources » permettant de penser le droit autrement en le pensant avec la société<sup>2257</sup>. Cette approche permet de comprendre comment le droit est réceptionné dans la vie courante et donc

<sup>2248</sup> C. Herlin-Giret, A. Lejeune, *Droit et inégalités : approches sociologiques*, Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2022, p. 123.

<sup>2249</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>2250</sup> C. Vincent-Arnaud, J. Pélisse, A. Egea. « Importations, diffusions et inflexions des *Legal Consciousness Studies* dans la recherche française », *Droit et Société*, vol. 100, n° 3, 2018, p. 665.

<sup>2251</sup> J. Pélisse, « La mise en œuvre des 35 heures : d'une managérialisation du droit à une internalisation de la fonction de justice », *Droit et Société*, vol. 77, n° 1, 2011, p. 39.

<sup>2252</sup> V. C. Herlin-Giret, A. Lejeune, *op. cit.* : par exemple les trois rapports d'Ewick et Silbey « face au droit », « avec le droit » et « contre le droit ». Cécile Vigour distingue les « défiants », « illégitimes », « confiants distants » et « légitimistes » (C. Vigour (dir.), *Les rapports des citoyen·nes face à la justice. Expériences, représentations et réceptions*, Rapport final de recherche, juin 2021, p. 317 et s.).

<sup>2253</sup> C. Herlin-Giret, A. Lejeune, *op. cit.* et l'exemple de l'étude menée par Laura Beth Nielsen (au regard du genre et de la « race ») ou Emilia Schijman. Cécile Vigour situe également socialement certains des rapports au droit (Cécile Vigour, *op. cit.*, p. 317 et s.), de même que Lucile Quéré (L. Quéré, « Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et Société*, vol. 102, n° 2, 2019, p. 413).

<sup>2254</sup> J. Commaille, S. Lacour, « Les *Legal Consciousness Studies* comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit. Présentation du dossier », *Droit et Société*, vol. 100, n° 3, 2018, p. 547.

<sup>2255</sup> *Ibid.*

<sup>2256</sup> *Ibid.* : « Le droit, la vie du droit peut être approchée, non pas uniquement au travers d'une étude surplombante, celle d'un droit qui s'imposerait de facto à la société et à ses membres, mais également à partir de ce que les citoyens font, pensent, voire, dans certains cas, ignorent du droit. »

<sup>2257</sup> C. Vincent-Arnaud, J. Pélisse, A. Egea. « Importations, diffusions et inflexions des *Legal Consciousness Studies* dans la recherche française », *Droit et Société*, vol. 100, n° 3, 2018, p. 665-684 : « Ces quelques pistes appellent à saisir les LCS non pas comme un paradigme par rapport auquel il faudrait se positionner, mais comme un ensemble de ressources théoriques, critiquables et ouvertes aux hybridations, afin de penser la présence de la légalité et la place et l'action du droit et par le droit dans nos sociétés. »

les limites des règles fixées lorsqu'elles ne sont pas comprises et mobilisées de la même manière par toutes et tous. Le recours aux études sur la conscience du droit permet alors d'observer un décalage dans la perception et l'appropriation des règles de droit - affirmation déjà avancée dans les études doctrinales<sup>2258</sup>.

**588.** Le consentement sexuel en est un exemple topique. Alors que la loi qualifie les agressions sexuelles et les viols sur majeurs par référence à la violence, la contrainte, la menace ou la surprise, le langage courant emploie à l'inverse le terme de consentement. De la sorte, un viol, dans le langage courant, est qualifié en l'absence de consentement de la personne. Pourtant, comme le montre Catherine Le Magueresse, la différence entre les deux critères est importante. L'un se centre sur les actions du mis en cause, l'autre sur celles de la victime. Par ailleurs, l'utilisation d'un mot largement utilisé dans d'autres domaines du droit conduit à établir des parallèles là où, en droit, il n'y en a pas. Cette confusion linguistique masque un véritable questionnement de politique juridique<sup>2259</sup>. D'ailleurs, si cela est passé relativement inaperçu, le choix entre les deux critères a provoqué des débats importants à l'Assemblée nationale en 2018<sup>2260</sup> puis en 2021<sup>2261</sup>. Cette confusion n'est pas absente de la pratique du droit, comme il ressort des travaux d'Océane Pérona auprès de policiers dans les enquêtes pour viols. Les policiers travaillent ainsi au regard du critère du consentement sexuel, même si celui-ci ne figure pas dans la loi<sup>2262</sup>. Même le Code de l'éducation parle d'« une obligation de

---

<sup>2258</sup> Cette distinction est par exemple évoquée par Maxence Christelle : « L'une des difficultés posées par l'étude du concept de consentement tient au fait qu'il est mobilisé dans de nombreux champs disciplinaires et dans des contextes qui peuvent différer profondément. » (M. Christelle, *Le consentement*, Paris : Que sais-je ?, 2023, p. 29.) Pour l'auteur, ces différentes acceptions sont à l'origine d'incompréhensions : « Tout cela pourrait ne pas poser de difficultés significatives si les registres d'expression étaient clairement démarqués. En réalité, c'est tout l'inverse. Nombreux sont celles et ceux qui, dans leur réflexion, partent du consentement au sens du langage ordinaire et croient pouvoir ainsi en tirer des conséquences particulières sur le plan juridique. » (*Ibid.*, p. 8.) Cela dit, la thèse principale de l'auteur dans son travail doctoral consiste justement à s'appuyer sur le consentement philosophique pour mieux définir le consentement juridique (M. Christelle, *op. cit.*). V. également Ansgar Ohly, qui différencie l'acception de la *Einwilligung* dans le langage courant, plutôt unique, et ses nombreuses acceptions dans le langage juridique : « Le terme *Einwilligung* est moins délimité. Dans le langage courant, il désigne principalement la Zustimmung à une proposition faite par une autre personne, mais dans la terminologie juridique, il est utilisé dans une diversité déroutante de significations possibles. » (« Der Begriff "Einwilligung" ist wenig trennscharf. In der Alltagssprache bezeichnet er meist die Zustimmung zu einem von einer anderen Person gemachten Vorschlag, doch in der juristischen Terminologie wird er in einer verwirrenden Vielfalt von Bedeutungsvarianten gebraucht. ») (A. Ohly, « Volenti non fit iniuria » : die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen : Mohr Siebeck, 2002, p. 3.)

<sup>2259</sup> V. sur toute la question C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021.

<sup>2260</sup> Par ex. JOAN n° 48, séance du 16 mai 2018, 1<sup>re</sup> séance, p. 3876 et s.

<sup>2261</sup> Par ex. JOAN n° 33, 1<sup>re</sup> séance du 15 mars 2021, p. 2532 et s. et JOAN n° 33, 2<sup>e</sup> séance du 15 mars 2021, p. 2567.

<sup>2262</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147 : « Enfin, l'observation de la construction du jugement policier en matière de violences sexuelles confirme la place du consentement dans l'enquête policière. L'absence de référence

sensibilisation des personnels enseignants [...] au respect du non-consentement »<sup>2263</sup>. Alors qu'il existe un choix législatif clair de ne pas qualifier les agressions sexuelles par référence au consentement, le consentement constitue, aux yeux des « profanes » comme de professionnels du droit, le critère de qualification des violences sexuelles.

**589.** Passé ce premier décalage, ce qui constitue théoriquement une agression sexuelle ou un viol selon la loi et la jurisprudence ne l'est pas nécessairement pour les individus. D'ailleurs, les enquêtes qui estiment le nombre de victimes de violences sexuelles ne demandent pas directement aux personnes interrogées si elles ont été victimes d'un viol ou d'une agression sexuelle, même à partir de leur définition légale, mais utilisent un vocabulaire courant, en ne mentionnant pas le terme de « consentement »<sup>2264</sup>. Cela permet de rejoindre indirectement les critères juridiques<sup>2265</sup>, les « viols », « agressions sexuelles » ou « violences sexuelles » étant chiffrés au regard de ces réponses.

---

au consentement dans la définition du viol donnée par le code pénal ne fait pas obstacle à la recherche de celui-ci par les enquêteurs. La présence ou l'absence de consentement est le critère principal qui permet aux policiers de juger les interactions sexuelles qu'ils ont à connaître. Ce faisant, ils agissent en dépositaires d'une morale sexuelle libérale. »

<sup>2263</sup> C. éduc., art. L. 121-1.

<sup>2264</sup> Par exemple, les questions de l'enquête Virage : « *Question 1, pour les femmes* : “Quelqu'un a-t-il, contre votre gré, touché vos seins ou vos fesses, vous a coincé pour vous embrasser, s'est frotté ou collé contre vous ?” *Question 1, pour les hommes* : “Quelqu'un s'est-il, contre votre gré, frotté ou collé contre vous ?” *Question 2, pour les deux sexes* : “Vous a-t-on forcé.e à faire ou à subir des attouchements du sexe, a-t-on essayé ou est-on parvenu à avoir un rapport sexuel avec vous contre votre gré ?” *Question 3, pour les deux sexes* : “Vous a-t-on forcé.e à d'autres actes ou pratiques sexuels ?” » (C. Hamel et al., « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l'enquête Virage », *Population & Sociétés*, vol. 538, n° 10, 2016, p. 1-4). Pour l'enquête Cadre de vie et sécurité, cela est formulé plus directement : « Le champ des violences sexuelles de l'enquête “Cadre de vie et sécurité” est défini à partir de la question “est-il arrivé qu'une personne [...] vous impose des attouchements ou un rapport sexuel non désiré ou qu'elle tente de le faire, en utilisant la violence, les menaces, la contrainte ou la surprise ?” Ce champ couvre les viols et tentatives de viol mais possiblement pas l'ensemble des atteintes pouvant être pénalement qualifiées d'agressions sexuelles. » (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, *op. cit.*, p. 162.) Les questions ont été modifiées en 2017, entraînant une baisse du taux moyen de victimes recensées de 10 points dans les violences sexuelles « hors ménage » (*Ibid.*, p. 146). L'enquête Genese donne des exemples précis. Par exemple, « toucher vos parties génitales, vos seins, vos fesses ou vous embrasser alors que vous ne le vouliez pas » dans la catégorie des agressions sexuelles et autres violences sexuelles (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, Eurostat, *Panorama des violences en France métropolitaine. Enquête Genese 2021, 2022*, p. 37) ou « vous forcer à avoir un rapport sexuel en vous menaçant, en vous immobilisant ou en vous brutalisant » pour les viols ou tentatives de viol (*ibid.*, p. 9 pour les faits subis avant l'âge de 15 ans, p. 22 pour les faits subis venant du partenaire depuis l'âge de 15 ans, p. 37 pour les faits subis venant du non-partenaire depuis l'âge de 15 ans). L'enquête parle de « situations-types » (*ibid.*, p. 49). V. aussi le guide sur le sujet émis par l'ONU, cité dans C. Hamel et al., *loc. cit.*, et les questions proposées pour des études statistiques sur le sujet : United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women*, 2014, p. 58 et p. 171 et s. (annexe VII). Sur ces enquêtes statistiques, A. Debauche, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris : La Découverte, 2021, v° « Violence sexuelle », p. 841.

<sup>2265</sup> Le but est assumé : « Si la deuxième question est classique dans ce type d'enquêtes, la troisième avait pour objectif d'enregistrer des actes non identifiés comme des “rapports sexuels forcés” ou des “attouchements” mais relevant pourtant du viol ou des autres agressions sexuelles. En cas de réponse positive à l'une de ces deux questions, une série d'agissements était proposée à partir d'une liste pour éviter aux personnes enquêtées de les énoncer à haute voix. À partir de cette liste, l'enquête Virage permet de construire *a posteriori* des indicateurs de



Une étude menée entre fin 2014 et début 2015 auprès de jeunes d'Île-de-France, en particulier dans les cours d'éducation sexuelle sur le consentement, révèle que certaines violences sexuelles, pourtant considérées comme telles par la loi, ne le sont pas par les personnes interrogées<sup>2266</sup>. Ces dernières pensent ainsi le viol de manière stéréotypée, « comme une manifestation de violence de la part d'un inconnu, d'un agresseur qui, sous la contrainte ou la menace, chercherait à forcer une femme »<sup>2267</sup>. Non seulement, cette représentation suppose que la femme se soit exprimée ou défendue pour qualifier le viol<sup>2268</sup>, mais elle exclut aussi totalement les viols conjugaux<sup>2269</sup>. Cet « impensé »<sup>2270</sup> des violences sexuelles au sein du couple est le produit d'une conception des rapports conjugaux dans lesquels la femme doit satisfaire les besoins de l'homme<sup>2271</sup>. Or, elle ne se réduit pas aux jeunes mais s'étend aussi, dans l'étude, aux animateurs<sup>2272</sup>. Pourtant, la loi<sup>2273</sup> n'exclut pas la sphère conjugale du champ des agressions sexuelles et le législateur l'a affirmé explicitement dans le Code pénal<sup>2274</sup>. Cette conscience du droit déformée limite la capacité à mobiliser le droit pour dénoncer des violences sexuelles dont il est montré qu'elles sont pourtant importantes.

---

violence au plus proche des catégories juridiques. Les personnes interrogées n'ont pas eu à classer elles-mêmes les actes subis. » (C. Hamel et al., « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l'enquête Virage », *Population & Sociétés*, vol. 538, n° 10, 2016, p. 1.)

<sup>2266</sup> Y. Amsellem-Mainguy (coord.), C. Cheynel, A. Fouet, *Entrée dans la sexualité des adolescent-e-s : la question du consentement. Enquête auprès des jeunes et des intervenant-e-s en éducation à la sexualité*, Rapport d'étude, INJEP, 2015.

<sup>2267</sup> *Ibid.*, p. 78-79.

<sup>2268</sup> *Ibid.*, p. 79 : « Si le viol est présent dans les discours, c'est d'abord pour exprimer que s'il y a pu y avoir des désaccords autour de la sexualité et des rapports sexuels, c'est une faiblesse des filles de n'avoir pas su se faire comprendre, de s'être laissé faire tandis qu'elles auraient pu dire qu'elles n'avaient pas envie. Les filles, elles-mêmes, déclarent : "Il ne m'a pas violée !", "une fille peut pas se plaindre, si elle dit pas", "si je voulais vraiment pas, j'aurais pu le dire, mais j'ai rien dit... même si j'avais pas envie". Et les garçons renchérissent : "J'ai insisté mais je ne l'ai pas forcée non plus", "j'appelle pas ça un viol", "je ne sais pas si on peut appeler ça un viol", "je l'ai un peu manipulée, mais je lui ai pas mis un couteau sous la gorge". »

<sup>2269</sup> *Ibid.* : « Le viol conjugal reste impensé et le restera, tant que les filles et les garçons estimeront que le corps des filles est à la disposition de leur partenaire dans le cadre du couple. »

<sup>2270</sup> *Ibid.*

<sup>2271</sup> *Ibid.*, p. 64 : « Comme dans de nombreux autres entretiens et observations, l'existence du couple et de l'acte sexuel au sein du couple rend impossible celle du viol. Comme si avoir accepté la relation, être amoureuse impliquait d'avoir des rapports sexuels pour faire plaisir, lorsqu'on ne le désire pas. Comme Eva, d'autres filles insistent à plusieurs reprises dans l'entretien en soulignant qu'elles étaient "consentantes", comme pour repousser toute forme de violence au sein du couple, mais également toute forme de victimisation dans la relation. À l'inverse, la situation d'entretien a conduit certains garçons à se questionner sur leurs actes [...] ».

<sup>2272</sup> *Ibid.*, p. 65 : « Cette manière de consentir et d'aborder le consentement dans les relations amoureuses n'est pas une spécificité juvénile, le "viol conjugal" n'est reconnu ni par les jeunes ni par les animateurs·trices et, plus largement, très peu rapporté par les individus. »

<sup>2273</sup> Sur la mobilisation du droit dans les séances d'éducation sexuelle, v. *ibid.*, p. 47 et p. 52-53.

<sup>2274</sup> C. pén., art. 222-22, al. 2 : « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. » La loi de 2010 (L. n° 2010-769 du 9 juill. 2010, art. 36) a ainsi modifié le texte issu d'une loi de 2006 (L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006, art. 11) qui ajoutait que « dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».

**590.** Les discours d'éducation sexuelle véhiculent d'ailleurs une conception du rapport au corps qui se distingue de l'approche juridique. Ainsi, la non-patrimonialité du corps est affirmée par le Code civil<sup>2275</sup> et l'indisponibilité du corps humain est rappelée régulièrement par la Cour de cassation, cela dit exclusivement dans le cadre de la prohibition des gestations pour autrui<sup>2276</sup>. Pourtant, le caractère concret de l'éducation sexuelle nécessite de produire un discours sur le corps qui repose sur la maîtrise et l'appartenance. Dès lors, l'affirmation selon laquelle « mon corps m'appartient »<sup>2277</sup> se distancie du droit et des principes bioéthiques français. Pour autant, contrairement au décalage observé pour les violences conjugales, ce discours permet d'introduire un cadre pédagogique qui a pour but de lutter le plus possible contre les violences sexuelles. Dès lors, ce discours interroge en retour la pertinence des principes posés par le droit français. Le discours à destination de l'ensemble des individus pour permettre une sexualité respectueuse doit en effet énoncer des principes qui ne sont pas protégés légalement, voire même contredits.

**591.** Dans un autre registre, l'appropriation du consentement gynécologique dépendrait du positionnement social de la personne. Dans une étude française sur la perception du consentement gynécologique, Lucile Quéré souligne que « le recours au droit lors de l'émergence d'une critique politique de la consultation gynécologique ne doit en effet pas éclipser la question du rapport ordinaire des patientes en gynécologie à leurs droits »<sup>2278</sup>. La classe, déterminée par les « capitaux scolaires », et l'âge auraient un impact sur le rapport au gynécologue et aux droits. Pour montrer cela, la chercheuse distingue « trois cadres d'interprétation de l'expérience de la consultation gynécologique » : « conformiste, contractualiste et féministe »<sup>2279</sup>. Elle évalue alors le rapport au droit à l'information et au

---

<sup>2275</sup> C. civ., art. 16-1 et 16-5.

<sup>2276</sup> Cass. AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, publié, qui affirme que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, publié ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042, publié (les dispositions de l'article 16-7, qui prévoient la nullité de la convention de GPA, « reposent sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, qui interdisent, sauf exceptions prévues par la loi, de conclure une convention portant sur un élément du corps humain ou de disposer librement de sa qualité de père ou de mère »). Dans ce dernier arrêt, les juges excluent les délégations d'autorité parentale d'un enfant à naître du champ de l'article 16-7 du Code civil.

<sup>2277</sup> Par ex. J. Davidas, L. Nikki, *J'aime mon corps*, Montrouge : Bayard, 2021 : « *mon corps est à moi* » ; C. Vermont, *Corps, amour, sexualité : les 120 questions que vos enfants vont vous poser* : Paris : Albin Michel, 2022 : « Expliquer à un·e enfant que son corps lui appartient et que nul·le ne peut y avoir accès sans son consentement. »

<sup>2278</sup> L. Quéré, « Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et Société*, vol. 102, n° 2, 2019, p. 413.

<sup>2279</sup> *Ibid.*

recueil du consentement au regard de ce cadre. Toutefois, la chercheuse montre que ces cadres sont aussi des clés de lecture cumulables<sup>2280</sup>. Il résulterait de ses analyses que le rapport au droit en matière de consentement et d'information en gynécologie est influencé par les caractéristiques sociales et le rapport à la fois au médical et « à la cause des femmes »<sup>2281</sup>. En particulier, les femmes qui se situent plutôt dans le cadre conformiste « entretiennent [...] un rapport légitimiste à la médecine », qui « s'explique notamment par leur faible niveau d'études, et le fait qu'elles ont peu souvent développé des dispositions à négocier et à revendiquer »<sup>2282</sup>, mais qui n'est pas exclusif d'un militantisme dans d'autres domaines<sup>2283</sup>. Les travaux de Lucile Quéré mettent en évidence, avec subtilité, que la relation médicale « ordinaire »<sup>2284</sup> est imbriquée dans des rapports sociaux qui la modèlent et qui ont des répercussions sur le rapport au droit de la personne.

**592.** Dans ce cadre de lecture, si la règle de droit est appréhendée de multiples manières par les femmes, son appréhension ne couvre pas la totalité de la protection permise par le Code de la santé publique, même parmi les femmes ayant une attitude mobilisatrice. Le cadre « conformiste » exclut la problématique du consentement, puisque « le consentement éclairé est pensé en termes de confiance en la gynécologue » et que ce cadre « repose sur l'idée qu'aucune règle n'est nécessaire pour réguler la consultation en gynécologie »<sup>2285</sup>. Les femmes s'inscrivant dans le cadre contractualiste ne mobilisent pas la règle de droit exigeant un consentement libre et éclairé, mais leur discours s'en rapproche : c'est un « processus de production ordinaire de la légalité »<sup>2286</sup>. Mais les femmes se plaçant dans le cadre féministe, qui « permet la plus large interprétation du droit au consentement », ne mobilisent pas

---

<sup>2280</sup> *Ibid.* : « Les cadres d'interprétation de la consultation gynécologique peuvent ainsi être compris comme des répertoires parmi lesquels les individus puisent et sélectionnent des éléments différents pour élaborer des lignes de conduite et des stratégies d'action. Ces cadres sont constitués d'éléments discursifs disponibles dans la société mais accessibles de manière variable selon "les conditions structurelles" dans lesquelles les individus se trouvent. Les patientes en gynécologie mobilisent rarement un seul de ces cadres, mais puisent en effet de manière variable dans ces répertoires. Le cas de Marine met particulièrement en lumière cette mobilisation parallèle - et non nécessairement concurrente - des cadres d'interprétation de la relation gynécologique. »

<sup>2281</sup> *Ibid.* : « Les femmes rencontrées ont ainsi des rapports différenciés au droit et à leurs droits, en fonction de leurs caractéristiques sociales. Ces variations sont modelées par les cadres d'interprétation de l'expérience gynécologique, par le rapport au savoir médical et leur plus ou moins grande proximité à la cause des femmes. La compréhension des cadres d'interprétation permettant aux femmes d'interpréter les situations qu'elles vivent au sein de la consultation gynécologique est plus utile pour saisir si une situation a été préjudiciable pour une femme dans une consultation. »

<sup>2282</sup> *Ibid.*

<sup>2283</sup> *Ibid.*

<sup>2284</sup> *Ibid.*

<sup>2285</sup> *Ibid.*

<sup>2286</sup> *Ibid.* : « Si la notion de consentement libre et éclairé n'est pas utilisée en tant que telle, pas plus que le terme de "droit", le droit se trouve enchâssé dans son discours et dans son raisonnement, participant d'un processus de production ordinaire de la légalité. »

nécessairement la loi dans sa totalité et la restreignent à une « définition limitative du consentement », limitée à l'usage de la « contrainte » ou de « violences physiques » par le gynécologue<sup>2287</sup>. Ainsi, certes, « les femmes rencontrées ont [...] des rapports différenciés au droit et à leurs droits, en fonction de leurs caractéristiques sociales »<sup>2288</sup>. Mais ce rapport au droit, pour la femme interrogée, peut être décalé par rapport à la protection supérieure qui est offerte par la règle légale<sup>2289</sup>, cette mobilisation du droit étant influencée par la position sociale. Ce constat invite à réfléchir à la difficile mobilisation du consentement libre et éclairé par les personnes, que ce soit face au praticien, dans les discours de la vie quotidienne ou devant la justice.

**593.** Une étude étasunienne a quant à elle permis d'opérer un constat similaire à l'échelle du rapport ordinaire qu'entretiennent les individus aux consentements dans le droit étasunien<sup>2290</sup>. À partir de plusieurs études pratiques auxquelles ont participé les individus, Roseanna Sommers montre que les participants estiment que la tromperie (*deception*) ne fait obstacle ni à l'existence, ni à la validité juridique de différents consentements (parmi lesquels les consentements sexuel, médical, contractuel). Sur ce dernier point, la tromperie serait clairement différenciée d'autres formes de vices, comme le chantage, dont les participants estiment qu'il écarte la possibilité d'un choix et ainsi d'un consentement. Ces études permettraient de comprendre une ambiguïté juridique : d'un côté, pour la doctrine étasunienne, la tromperie exclurait le consentement notamment car elle empêcherait de prendre une décision en toute connaissance de cause et donc couperait le lien entre consentement et autonomie individuelle ; de l'autre, la jurisprudence compte des cas dans lesquels la tromperie ne fait pas obstacle au consentement. Alors que ces cas sont principalement appréhendés en doctrine comme une

---

<sup>2287</sup> *Ibid.*

<sup>2288</sup> *Ibid.*

<sup>2289</sup> *Ibid.* : « Les femmes donnent sens à leurs expériences vécues différemment selon leur interprétation du consentement. Toutes ne jugent pas l'absence de demande de consentement de la part de la gynécologue problématique. Lorsqu'elles le font, elles ne font pas de lien avec le non-respect d'un droit garanti par la loi du 4 mars 2002, ou alors estiment que le consentement en tant que catégorie juridique a une portée plus réduite que ce qu'elles en comprennent. Certaines ont ainsi compris l'introduction de la notion de consentement dans la loi comme obligeant à son recueil écrit, d'autres ont considéré que leur consentement a été respecté puisqu'aucune contrainte physique n'a été exercée sur elles. Cette construction de leur opinion sur la légalité peut être plus restrictive que ce qui a été pensé par la loi. »

<sup>2290</sup> R. Sommers, « Commonsense Consent », *Yale Law Journal*, vol. 129, n° 8, 2020, p. 2232 (article cité par M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 242) ; v. aussi J. Demaree-Cotton, R. Sommers, « Autonomy and the folk concept of valid consent », *Cognition*, vol. 224, 2022.

exception qui serait propre au consentement sexuel, ils dépassent pourtant ce simple domaine<sup>2291</sup>.

Cette conception du consentement dans le « langage courant » (*commonsense consent*) s'alignerait en effet sur un « jugement d'essentialité » : pour les individus, les mensonges qui ont trait à l'essence de l'acte vicieraient les consentements, contrairement aux mensonges sur des éléments accessoires (*tangential*), même s'ils étaient d'une grande importance pour la personne donnant son consentement<sup>2292</sup>. Le consentement, pour les personnes profanes interrogées, serait donc traversé par des considérations différentes du droit et serait objectif plus que subjectif<sup>2293</sup>.

**594.** Cette conception « intuitive » du consentement dévie de celle retenue par la doctrine juridique américaine<sup>2294</sup>. Or, cette différence de vue est importante. Du point de vue de l'élaboration du droit, les individus siègent comme jurés ou dans des commissions d'enquête sur les violences sexuelles, ou sont accusés dans des procès où ces représentations auront cours<sup>2295</sup>. Les juges eux-mêmes sont probablement imprégnés de cette conception du consentement<sup>2296</sup>, expliquant qu'elle se retrouve fréquemment dans les jugements, en contradiction avec la conception doctrinale<sup>2297</sup>. Du point de vue de la mobilisation du droit, les

---

<sup>2291</sup> Pour l'ensemble de ces développements, v. R. Sommers, « Commonsense Consent », *Yale Law Journal*, vol. 129, n° 8, 2020, p. 2232.

<sup>2292</sup> *Ibid.*, spéc. p. 2285 : « *The better explanation, this Part will conclude, is that commonsense consent tracks judgments of essentiality. Roughly speaking, lies that pertain to the essence of the activity in question are seen as vitiating consent, whereas lies that pertain to mere tangential matters are not (Study 5).* » V. aussi *ibid.*, p. 2238.

<sup>2293</sup> *Ibid.*, p. 2296 : « *Most important, the folk moral theory of consent is not subjectivized to the idiosyncratic preferences of the individual giving consent. Rather, commonsense consent embeds an objective judgment about the kinds of information a decision-maker must know in order to make a sufficiently autonomous decision.* »

<sup>2294</sup> *Ibid.*, p. 2236 : « *This Article asks whether folk intuition accords with this canonical view of consent. The startling answer, it uncovers, is no-not by a long shot. While laypeople largely agree that coercion and incapacitation invalidate consent, they believe that deception does not.* » *Ibid.*, p. 2237 : « *These findings suggest that there is a large-and largely unrecognized-disconnect between commonsense intuition and the canonical conception of consent that appears in myriad areas of law.* »

<sup>2295</sup> *Ibid.*, p. 2237 : « *This disconnect matters. Laypeople sit on juries and on campus sexual-misconduct panels. They are frequently entrusted to make decisions in cases involving consent, with little guidance from the law. Laypeople are also defendants in criminal cases. They have a right to be put on notice that their conduct is unlawful "in language that the common world will understand." This Article argues that one cannot craft an effective jury instruction or a transparent criminal statute without taking into consideration the commonsense understanding of consent.* »

<sup>2296</sup> *Ibid.*, p. 2237 : « *This Article instead suggests that judges may be influenced not (just) by patriarchal sexual moralism or sexist attitudes toward women but also by the commonsense understanding of consent, which conceives of deception as compatible with autonomous decision-making in all sorts of domains, including and beyond sex.* »

<sup>2297</sup> *Ibid.*, p. 2239 et s., spéc. p. 2247 : « *Although this Article does not claim that lay intuition aligns with the law in every instance, commonsense consent can shed new light on the puzzle of why various consent doctrines take inconsistent stances toward deception. Both the law and our moral intuitions seem to be of two minds when it comes to fraud cases. As we will see, deception cases feel intuitively compatible with autonomous choice, for reasons that go beyond traditional morality or gendered conceptions of sexual virtue.* »

individus, pensant qu'ils ont donné un consentement valide, ne vont pas exercer leur droit et, s'ils le font, ne seront pas pris au sérieux par leurs pairs<sup>2298</sup>. Si cette étude ne s'inscrit pas explicitement dans le courant des *Legal Consciousness Studies*, elle y a toute sa place. Au-delà d'un principe admis par tout le monde, la connaissance et l'appropriation des règles de droit applicables au consentement par les individus peuvent diverger de celles du monde juridique et reposer sur des considérations morales. Or, ces différences rejaillissent sur les mobilisations possibles du consentement et questionnent le rôle régulateur du droit dans ce domaine.

**595.** Inversement, la règle de droit, pourtant claire, peut être délaissée par les individus, comme l'illustre l'exemple du consentement en matière de données personnelles. Alors qu'il devait être une règle de droit au service des individus, il devient une tâche à accomplir plus qu'un outil mobilisable par les utilisateurs. Julien Rossi et Florian Hémon ont ainsi voulu battre en brèche l'argument du « privacy paradox » au profit de celui du « consentement résigné », à partir des bandeaux cookies<sup>2299</sup>. Selon le premier principe, il y aurait un paradoxe à ce que les individus se disent soucieux de leur vie privée, tout en laissant largement la captation de leurs données en ligne. Or, de nombreux sites internet proposent des bandeaux cookies qui ne respectent pas les normes du RGPD et le principe du *opt-in*, ou qui adoptent un design trompeur - on parle alors de *dark patterns*. Il semblerait donc plutôt que les individus aient intégré, au fur et à mesure de leurs usages numériques, une conception des cookies qui diffère de leur réglementation. Deux conséquences en sont à tirer pour les auteurs. Premièrement, les utilisateurs peuvent développer une conception faussée des règles de droit, pensant que le principe est celui du *opt-out*, voire étendre cette analyse au consentement juridique de manière générale<sup>2300</sup>. Deuxièmement, la confrontation permanente des individus à ces bandeaux cookies qui ne respectent pas les règles de droit sur le consentement peut avoir une influence sur le comportement de l'utilisateur : « interagir de manière répétée avec des bandeaux qui, sous

---

<sup>2298</sup> *Ibid.*, p. 2237-2238 : « Finally, the findings suggest that laypeople who are the victims of deceptive practices may fail to complain or otherwise assert their rights because they mistakenly believe they have waived their rights by granting valid consent. Even if they do come forward, their peers may feel little moved to vindicate their rights if they, too, subscribe to a theory of consent that departs from the canonical conception. »

<sup>2299</sup> F. Hémon, J. Rossi, « Farces et attrapes du recueil de consentement sur le Web », in *Gouverner par les données ? : Pour une sociologie politique du numérique*, A. Théviot (dir.), Lyon : ENS Éditions, 2023, p. 228 ; v. aussi F. Hémon et M. Gout, « Consentement résigné : en finir avec le Privacy Paradox », in *Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation*, A. Bensamoun, M. Boizard, S. Turgis (dir.), Paris : Mare & Martin, 2020, p. 21.

<sup>2300</sup> F. Hémon, J. Rossi, « Farces et attrapes du recueil de consentement sur le Web », in *Gouverner par les données ? : Pour une sociologie politique du numérique*, A. Théviot (dir.), Lyon : ENS Éditions, 2023, p. 228.

couvert de demande de consentement, ne permettent pas vraiment l'expression de la volonté de l'internaute, peut conduire ce dernier à se replier sur une attitude de consentement résigné »<sup>2301</sup>.

À partir des *Legal Consciousness Studies*, une autre notion de consentement apparaît. Elle exprime sa diversité, insaisissable par l'analyse civiliste.

**596. Conclusion de la Section 2.** La diversité des consentements s'exprime sur un plan pratique. Aux côtés d'un consentement juridique classique lui-même divers se dessinent d'autres regards sur le consentement. La différence entre le consentement de fait et le consentement juridique théorique, révélée par l'approche contentieuse, est grande. Quant au consentement populaire, il diverge lui-même de ces consentements. La conscience qu'ont les individus des règles de droit doit pourtant être prise en compte. La pluralité de ces regards doit être appréhendée par le droit pour saisir la diversité des consentements.

**597. Conclusion du Chapitre 2.** Le nombre de règles applicables aux consentements est le fruit de la grande diversité des actes imposant l'expression de la volonté. Cette diversité s'exprime sur le plan doctrinal. Aucune théorie générale, encore moins civiliste, ne peut saisir les consentements. La relativité du cadre civiliste et de la théorie générale contractuelle est renforcée par les limites propres à toute théorie générale. S'ouvrir à d'autres méthodes devient nécessaire, ce qui est confirmé par l'appréhension de la diversité des notions de consentement. L'inclusion d'autres méthodes d'analyse par les approches contentieuse et sociologique permet de dévoiler l'existence d'autres consentements. La prise en compte de cette diversité de consentements suppose de ne plus se tourner vers une approche du consentement sous forme de théorie générale.

**598. Conclusion du Titre 1.** Fruit d'une longue tradition civiliste, l'analyse du consentement par la théorie générale semblait être le choix épistémologique le plus approprié. D'ailleurs, de nombreux éléments plaident en faveur d'une telle appréhension. Les éléments communs aux consentements et les théorisations contractuelles existantes s'inscrivaient dans un contexte propice. Le consentement en droit des personnes paraissait avoir toute sa place dans une analyse civiliste classique, faite d'une théorie générale et d'une référence à l'acte juridique ou au contrat.

---

<sup>2301</sup> *Ibid.* : « Nous avons qualifié cette posture de “consentement résigné” comme relevant de “la formulation d’un accord explicite ou tacite dans un contexte d’absence de choix véritable”. Il nous semble qu’il est davantage ici question de céder que d’un réel consentement (pour reprendre l’expression de Nicole-Claude Mathieu en 1985). »

Les limites de l'analyse civiliste sont pourtant de taille. L'appréhension sous forme de théorie générale vise la cohérence de la matière. Elle est mise à mal par la diversité des consentements. Le recours aux méthodes de l'analyse civiliste permet de souligner la diversité des consentements sur le plan théorique, en droit positif comme dans la doctrine. Il est donc nécessaire de s'ouvrir à d'autres méthodes, ce qui permet de prendre en compte des consentements jusqu'ici ignorés, comme les consentements factuel et populaire. Signe de leur diversité sur le plan pratique, ils appellent à se détourner de l'analyse civiliste. Les analyses de justice sociale offrent une issue pour penser les consentements en droit.



## Titre 2

### L'issue des analyses de justice sociale

599. Les analyses en termes de justice sociale permettent à la fois de mettre en lumière les inégalités marquant l'expression des consentements et les remèdes pouvant y être apportés. Il est ainsi patent que les inégalités sociales affectant les consentements peuvent trouver une réponse dans les analyses de justice sociale. Cette notion, connue, est issue de la philosophie politique et a été particulièrement développée par John Rawls dans sa *Théorie de la justice*<sup>2302</sup>. Son objet est d'apporter une réponse aux situations d'injustice et d'inégalités par un libéralisme social-démocrate<sup>2303</sup>. Les théories de justice sociale permettent donc de répondre à une problématique située au cœur du consentement : le sentiment d'injustice<sup>2304</sup>. Ce prisme d'analyse conduit à identifier les différentes inégalités sociales imprégnant les consentements. Ainsi, les inégalités sociales conditionnant le consentement peuvent être appréhendées comme un « déni de reconnaissance »<sup>2305</sup> de la personne, qui est une forme élevée d'injustice sociale<sup>2306</sup>.

---

<sup>2302</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Points, 2009.

<sup>2303</sup> D. Tharaud, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, C. Boyer-Capelle (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, v<sup>o</sup> « Justice sociale », p. 229 et s., spéc. p. 230 : « John Rawls dépasse l'opposition dogmatique entre libéralisme et socialisme pour en proposer une combinaison ; il jette alors les bases d'une conception plus transversale de la justice sociale tendance à la sociale-démocratie. » V. également C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009, p. 402-403 : « Mais il existe une réponse proprement libérale et progressiste à la crise de l'État-providence [...], une réponse qui insiste sur la nécessité non plus seulement de la défense de la liberté, mais qui questionne sa "valeur" réelle en termes sociaux et économique et qui va essayer de concilier les demandes classiques de la liberté individuelle et celles, propres au libéralisme social et démocratique, de la réduction des inégalités et de l'inclusion démocratique de toutes les classes sociales, dans les termes nouveaux d'une "théorie de la justice", expression neuve dans l'histoire du libéralisme. » On sait ainsi que diverses conceptions de la justice ont été proposées, axant l'attention sur les besoins nécessaires aux personnes pour être autonomes. Rawls présente ainsi les « biens sociaux premiers » (v. C. Audard, *op. cit.*, p. 503 s.). Amartya Sen et Martha Nussbaum les « capacités » (« ce qu'un individu est à même de faire ou d'être », S. Chavel, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v<sup>o</sup> « Capacités », p. 129). Pour Sen, « ce qui peut véritablement transformer la solidarité et le calcul du minimum social, c'est la notion de capacité de base : la capacité de transformer les biens en possibilité d'agir. La demande d'égalité est en réalité une demande en termes de capacités. » (C. Audard, *op. cit.*, p. 509.)

<sup>2304</sup> J. Kellerhald, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v<sup>o</sup> « Sentiment de justice », p. 1516 et s. En particulier, « ces recherches empiriques montrent que le sentiment de justice, avec les normes qui le balisent, s'apparent davantage à une construction symbolique de reconnaissance d'autrui plutôt qu'à une seule comptabilisation des mérites et des dettes ». V. aussi M. Forsé, v<sup>o</sup> « Perception des inégalités », *op. cit.*, p. 1267 et s. qui note que « lorsque les inégalités vont au-delà de ce qu'exige la simple application du principe d'équité, elles apparaissent injustes et doivent, aux yeux des enquêtés, diminuer. Cela revient à rechercher ce que l'on pourrait appeler une "égalisation équitable des ressources". » (*Ibid.*, p. 1272.)

<sup>2305</sup> Le terme est une traduction de *misrecognition* proposée par Estelle Ferrarese (E. Ferrarese, « Postface. La reconnaissance, le tort et le pouvoir », in *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, N. Fraser, Paris : La Découverte, 2011, p.159).

<sup>2306</sup> V. C. Audard, *op. cit.*, p. 515 et s.

**600.** L'influence des inégalités sociales sur le consentement ainsi identifiée, il est nécessaire de vérifier si le droit peut y apporter une réponse. À ce titre, les théories de la reconnaissance sont d'une grande utilité. Il apparaît en effet possible de proposer un remède aux formes d'injustice précédemment constatées en soulignant que le juge pourrait, par une combinaison de la liberté, de la dignité et de l'égalité<sup>2307</sup>, interpréter le consentement comme l'expression nécessaire de la reconnaissance de la personne. Les conséquences d'une telle proposition sont à vérifier. Elle supposerait la nécessaire adaptation de certaines règles applicables au consentement. La ligne directrice serait d'exiger des « consentements respectueux ». Cette nouvelle lecture pourrait être illustrée par de nombreux exemples dont quatre<sup>2308</sup> se prêtent, on le verra, remarquablement au jeu de cette nouvelle construction.

**601.** Après avoir montré l'influence des inégalités sociales sur les consentements (**Chapitre 1**), des propositions pourront être formulées afin de tenter d'y remédier par une analyse du consentement comme un processus de reconnaissance (**Chapitre 2**).

---

<sup>2307</sup> Il s'agit du « triangle » développé par la juriste allemande Susanne Baer, sur lequel nous reviendrons.

<sup>2308</sup> Les consentements sexuel, médical, relatif aux données personnelles et à l'adoption.

## **Chapitre 1**

### **Les consentements influencés par des inégalités sociales**

**602.** L'expression des consentements est très largement influencée par des inégalités sociales. L'héritage de l'analyse contractuelle du consentement a déjà bien permis de mettre en lumière les déséquilibres des rapports entre les parties. Dans une autre mesure, les analyses féministes ont aussi démontré comment les inégalités sociales marquaient le consentement. Ainsi, les tenants de la critique du patriarcat montrent que le consentement est tout entier pris dans un mécanisme d'oppression des femmes. Par ailleurs, de nombreux autres travaux de nature sociologique se sont attachés à mettre en lumière la façon dont les consentements étaient conditionnés par la position sociale de la personne. Certains vont même jusqu'à mettre l'intersection des inégalités en termes de classe, de genre et de « race »<sup>2309</sup>. Ces analyses éclairent le sentiment d'injustice ressenti quant au consentement, dont le défaut de prise en compte peut être identifié comme un « déni de reconnaissance ».

**603.** La mise en lumière des inégalités sociales ayant une influence sur le consentement peut ainsi d'abord être présentée à l'aide des travaux des féministes qui se sont saisies de cette question. L'étude permet d'abord d'avoir une première approche renouvelée du consentement (**Section 1**). Poursuivant dans cette voie, tout en quittant les études purement féministes, une lecture plus générale des travaux des sociologues qui ont mis en avant les inégalités liées à l'intersectionnalité permet de révéler comment le consentement est pris dans des rapports de pouvoir (**Section 2**).

#### **Section 1. Une approche renouvelée du consentement par les féministes**

**604.** Tandis que l'analyse classique du consentement est axée sur les inégalités économiques (§1), les féministes ont renouvelé l'étude à propos du consentement sexuel au prisme des rapports de genre (§2).

#### **§1. L'analyse classique du consentement axée sur les inégalités économiques**

---

<sup>2309</sup> Comme pour le genre et la classe, le terme de « race » doit s'entendre ici d'une construction sociale. On peut ainsi penser la race « comme un objet sociologique et comme un outil analytique pour les sciences sociales » (S. Brun, C. Cosquer, *Sociologie de la race*, Paris : Armand Colin, 2022, p. 10-11).

**605.** Dénoncer les inégalités de fait qui ont une incidence sur les consentements ne date pas des approches féministes du consentement sexuel. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le consentement contractuel a été remis en cause en raison de l'inégalité des rapports de force entre contractants : contrat de travail, de consommation, de bail ou d'assurance. À la conception d'un contractant libre et rationnel du Code civil de 1804<sup>2310</sup>, succède celle d'un contractant pris dans la réalité des inégalités économiques<sup>2311</sup>. Le contrat prend désormais en compte la partie faible, reconnue comme telle<sup>2312</sup>. Ces réalités ont conduit à la défense d'une politique du « solidarisme contractuel »<sup>2313</sup>, qui conduit notamment à rééquilibrer le rapport contractuel en faisant appel au législateur et au juge<sup>2314</sup>.

Aussi, la figure du contrat d'adhésion caractérise les déséquilibres lors de la conclusion du contrat<sup>2315</sup>. Des effets juridiques en sont tirés, comme la sanction du déséquilibre significatif<sup>2316</sup>. De même, il est reconnu que la dépendance économique d'une partie à l'égard de l'autre puisse avoir une influence sur son consentement<sup>2317</sup>. Elle constitue désormais un vice du consentement susceptible de provoquer la nullité du contrat<sup>2318</sup>. Par ailleurs, tant le droit commun que les droits spéciaux prévoient des obligations précontractuelles d'information<sup>2319</sup>. Des délais de

<sup>2310</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 540 : « la proclamation de l'égalité abstraite et juridique des citoyens, ainsi que le maintien de ces inégalités à des échelles individuelles, avaient fait obstacle à la reconnaissance de ces déséquilibres » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 461 et s. : « Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, on a ainsi vu apparaître les flagrantes insuffisances du postulat de Fouillée, "qui dit contractuel dit juste" [...], remplacé alors par la célèbre formule de Lacordaire : "Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère." ».

<sup>2311</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 539 et s. ; *ibid.*, p. 539 : « La réalité sociale n'a jamais correspondu aux postulats proclamés de la rationalité et de l'égalité des parties. Mais il faudra attendre la remise en cause massive de ces prémisses, par la multiplication de nouvelles situations contractuelles inégalitaires, pour voir reconsidérer l'idée d'égalité abstraite des contractants. »

<sup>2312</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 540-541.

<sup>2313</sup> Muriel Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 134 et s., n° 151 : « Le contrat peut certainement être un instrument de pouvoir d'un contractant sur un autre, et l'aliénation volontaire être contraignante. Le solidarisme est intéressant en ce qu'il marque la volonté politique de prêter davantage attention à la partie la plus faible. »

<sup>2314</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 544.

<sup>2315</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 541-542.

<sup>2316</sup> C. civ., art. 1171 ; on peut également mentionner les règles relatives à l'interprétation du contrat (C. civ., art. 1190). V. J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 542.

<sup>2317</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021, p. 461 et s.

<sup>2318</sup> En application de l'article 1143 du Code civil, tel que modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

<sup>2319</sup> V. par ex. C. civ., art. 1112-1, C. conso., art. L. 111-1 et L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 2-1, art. 3. J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 547. V. également M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 1992, 2015, p. 224 et s., qui propose de distinguer les obligations d'information selon leurs conséquences en séparant celles sur le consentement au contrat et celles sur l'exécution du contrat (sur « les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant », v. p. 228 et s.).

réflexion et de rétractation entourent également les consentements<sup>2320</sup>. Cependant, comme le souligne Judith Rochfeld, ces règles protectrices du consentement présentent des limites : en promouvant une approche libérale, elles supposent qu’une fois ces outils en place, le contractant sera en mesure de donner un consentement intègre<sup>2321</sup>. C’est pourquoi des mesures touchant au contenu du contrat et à la morale des rapports contractuels peuvent s’y ajouter<sup>2322</sup>. Mais ce n’est pas toujours le cas. En droit du travail, il existe une législation de protection du salarié placé dans une relation de subordination, mais le consentement de ce dernier ne constitue pas le fondement de sa protection<sup>2323</sup>.

**606.** Dans son analyse du consentement, Muriel Fabre-Magnan s’appuie sur ces développements et les lie au droit des personnes et à leur « état de dépendance »<sup>2324</sup>, en particulier des « dépendances économiques »<sup>2325</sup>, mais aussi « psychologiques ou affectives »<sup>2326</sup>. Un double danger se présente : d’une part, la personne, tenue pour libre d’avoir certaines conduites, encourrait le danger d’en être ensuite tenue responsable<sup>2327</sup>. D’autre part, une « essentialisation de la vulnérabilité » pourrait stigmatiser certaines personnes<sup>2328</sup>. En conclusion, à défaut de pouvoir contrôler la volonté de la personne, il faudrait pouvoir contrôler les actes à l’occasion desquels elle exprime sa volonté<sup>2329</sup>. Les inégalités affectant le consentement sont souvent limitées à une critique du déséquilibre économique. La faiblesse du consentement est en réalité dénoncée à partir d’une critique du marché<sup>2330</sup>.

<sup>2320</sup> Par ex. le délai de rétractation de quatorze jours pour les contrats conclus à distance et hors établissement (C. conso., art. L. 221-18) ou le délai de réflexion de 10 jours en cas de renégociation d’un crédit immobilier (C. conso., art. L. 313-39).

<sup>2321</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 547 ; N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, 2015.

<sup>2322</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 547-548.

<sup>2323</sup> P. Lokiec, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 119 et s., n° 107, pour qui le consentement pourrait toutefois trouver un terrain de protection par « l’organisation d’une procédure contractuelle », ce qu’illustrent les règles applicables à la rupture conventionnelle ; v. aussi P. Lokiec, « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. soc.*, 2009, p. 127 : « La protection du consentement n’est pas un objectif prioritaire du droit du travail, ce qui a de quoi surprendre dans un domaine dominé par la protection de la partie faible. »

<sup>2324</sup> M. Fabre-Magnan, *L’institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 69.

<sup>2325</sup> *Ibid.*, p. 62 et s., spéc. p. 69.

<sup>2326</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>2327</sup> *Ibid.*, p. 69 et s.

<sup>2328</sup> *Ibid.*, p. 84 et s.

<sup>2329</sup> V. par ex. *ibid.*, p. 107.

<sup>2330</sup> Sur la marchandisation (ou *commodification*), v. E. Bertrand, M.-X. Catto, A.-D. Mornington (dir.), *Les limites du marché : la marchandisation de la nature et du corps*, Paris : Mare & Martin, 2020. Sur le consentement, v. *ibid.*, p. 17 : « L’ensemble de ces contributions donne à voir qu’il existe des alternatives aux marchés tels qu’ils nous sont présentés. Mais elles supposent, souvent, d’accepter d’interroger les prémisses morales et politiques qui font de la protection formelle du contrat ou du consentement l’alpha et l’omega de toute politique publique. » La dénonciation du rôle du marché constituerait un pan de la doctrine sur la conception de la personne, v. Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, vol. 100, n° 3, 1998, p. 85 : « Une idéologie nouvelle se dessine, très réactive pour ne pas dire réactionnaire, et qui, pêle-mêle, dénonce la technique, l’individu et le marché. »

**607.** Cette critique du capitalisme et du marché ne doit pas être négligée mais elle n'est pas non plus exclusive d'autres approches. En effet, l'idée que la domination capitaliste englobe les autres rapports de domination traduit plutôt une « pensée universaliste de la domination »<sup>2331</sup> réduisant l'ensemble des rapports de domination à la lutte des classes. Or, une telle conception exclut la spécificité des autres rapports de domination, en particulier ceux liés au genre et à la « race »<sup>2332</sup>. Par ailleurs, l'analyse solidariste contractuelle conçoit l'État social comme une puissance de rééquilibrage. Or, son rôle interventionniste majeur en droit des personnes suppose aussi de prendre en compte sa propre participation à la production d'inégalités sociales.

**608.** Dès lors, un pas de côté doit être fait afin de rechercher les déterminants sociaux à l'œuvre lorsqu'un consentement est exigé en droit des personnes. Les études féministes permettent d'analyser ainsi le consentement à la lumière des inégalités de genre.

## **§2. Les apports décisifs des travaux féministes**

**609.** Les juristes féministes ont analysé le consentement sexuel au prisme des réalités sociales. Elles ont interrogé la pertinence de la place du consentement en droit au regard d'un système d'oppression des femmes par les hommes.

**610.** Elles expliquent ainsi comment l'influence du patriarcat sur la volonté des femmes (A) conduit à constituer une analyse féministe du consentement sexuel (B).

### **A. L'influence du patriarcat sur la volonté des femmes**

**611.** En droit et dans d'autres disciplines, en particulier en philosophie, des chercheuses se sont interrogées sur l'expression de la volonté et le principe d'autonomie de la personne dans des relations sociales inégalitaires. Le consentement a été appréhendé à l'aune de l'oppression et de la soumission des femmes (1). De même, la conception classique de l'autonomie a été revue à l'aune du concept d'autonomie relationnelle (2).

---

<sup>2331</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020, p. 342 : « certaines théories globales de la classe ont cherché ainsi à inclure, de façon bienveillante, la race ou le genre dans leurs analyses, mais de manière subordonnée à la classe. »

<sup>2332</sup> *Ibid.*, p. 342 et s.

# 1) Le consentement à l'aune de l'oppression et de la soumission

612. Nicole-Claude Mathieu, anthropologue et féministe matérialiste<sup>2333</sup>, s'est intéressée au consentement des femmes dans un texte intitulé « Quand céder n'est pas consentir », publié originellement en 1985<sup>2334</sup>. Le « consentement » des femmes à leur oppression, faite de violence, permettrait de légitimer les actes et déresponsabiliser les individus qui en profitent. Derrière le consentement se pose la question de la conscience et de ce qui la produit<sup>2335</sup>. Le consentement serait en effet l'expression d'un contrat, apparemment signe de liberté, mais pourtant fait d'inégalité entre les femmes et les hommes<sup>2336</sup>. Au cœur de la question du consentement se trouve celle de la conscience de l'oppression : une conscience fondamentalement différente entre les opprimés et les oppresseurs<sup>2337</sup>. Au-delà de la violence matérielle, la violence des oppresseurs se tiendrait dans la conscience limitée qu'ils créeraient chez les opprimés pour permettre la domination<sup>2338</sup>. Le consentement de la personne serait donc conditionné à sa prise de conscience<sup>2339</sup>. Mais la conscience de la domination serait compliquée : « se reconnaître opprimé(e) » impliquerait une dissociation entre le sujet que la

<sup>2333</sup> J. Falquet, « Pour une anatomie des classes de sexe : Nicole-Claude Mathieu ou la conscience des opprimé·e·s », *Cahiers du Genre*, vol. 50, n° 1, 2011, p. 193.

<sup>2334</sup> Et republié dans *L'Anatomie politique*, v. J. Falquet, *loc. cit.* Sur la question de la domination et du consentement, v. par ex. F. Coste, P. Costey et L. Tangy, « Consentir : domination, consentement et déni », *Tracés*, n° 14, 2008.

<sup>2335</sup> Pour une analyse de cet article, v. par ex. J. Falquet, *loc. cit.* Sur ce dernier point : « elle analyse magistralement les déterminants matériels de la conscience des dominé·e·s, afin de contester l'idée de Godelier selon laquelle les femmes "consentiraient" à leur situation ».

<sup>2336</sup> N.-C. Mathieu, *L'anatomie politique*, Donnadieu-Dontilly : iXe, 2013, p. 197 : « En fait, ce qu'implique la notion de consentement est une vision de la politique au sens classique, le modèle du contrat, ou de la "représentativité", qu'il s'agisse de régimes autoritaires ou de démocraties. Et certes, c'est le modèle sur lequel beaucoup de femmes dans nos sociétés se représentent leurs rapports aux hommes et à leur mari. Mais c'est qu'elles ne voient pas (on les empêche de voir) que ce n'est pas un contrat entre égaux. »

<sup>2337</sup> *Ibid.*, p. 201 : « L'opresseur et l'opprimé(e) ne sont pas des sujets à consciences identiques, parce qu'ils sont en situations contraires. Faut-il rappeler une chose aussi simple que : ce n'est pas la même chose 1) d'utiliser une "idée", une représentation (par exemple les hommes sont supérieurs aux femmes) en réponse à une violence, pour s'expliquer une violence subie (j'ai eu tort de ne pas rester à ma place, qui après tout est celle de ma dignité de femme), et 2) d'utiliser la même idée pour exercer cette violence (elle va rester à sa place, oui ? sinon elle m'atteint dans ma dignité d'homme). »

<sup>2338</sup> *Ibid.*, p. 201 : « Ce n'est pas, à mon sens, la "reconnaissance" par les opprimé(e)s de la légitimité du pouvoir et des bienfaits et services des dominants qui maintient principalement, "en plus de la violence", la situation de domination, mais bien plutôt la conscience contrainte et médiatisée et l'ignorance où sont maintenus les opprimé(e)s - ce qui est leur part réelle de l'idéal et constitue, avec les contraintes matérielles, la violence, force principale de la domination. »

<sup>2339</sup> *Ibid.*, p. 201-202 : « Parler de consentement à la domination est très exactement sauter par-dessus l'obstacle du problème qu'on prétend poser : celui de la prise de conscience. Godelier parle dès l'abord de "consentement à la domination" pour décrire un état qui en fait précède la prise de conscience, puis il dit qu'il faudra se demander quelles sont les conditions qui rendraient possible une prise de conscience. Or, le concept de consentement, à supposer même qu'on l'accepte, ne saurait de toute façon référer qu'à cette étape ultérieure. Pour pouvoir dire d'un sujet dominé qu'il consent à la domination, encore faudrait-il que ce sujet se soit déjà révélé à lui-même comme sujet dans ce rapport de domination, donc qu'il ait identifié ce rapport, et ait procédé à une reconversion de lui-même. » *Ibid.*, p. 203 : « Ce n'est donc qu'à partir de la prise de conscience (individuelle et collective) que le mot "consentement" - à supposer qu'il soit adéquat - pourrait être posé. »

personne est désormais, dans une relation d'oppression, et le sujet dans lequel elle se pensait jusqu'alors<sup>2340</sup>. En ce sens, la prise de conscience de l'opprimé et de l'opresseur est fondamentalement différente : la « surmonter » pour les opprimés, la « supprimer » pour les oppresseurs<sup>2341</sup>. Engageant alors une discussion sur le recours au terme « consentement » plutôt que « collaboration » pour décrire la relation de l'opprimé à l'opresseur, Nicole Claude Mathieu en déduit qu'« avec le terme consentement, d'une part la responsabilité de l'opresseur est annulée, d'autre part la conscience de l'opprimé(e) est promue au rang de conscience libre. La “bonne” conscience devient le fait de tous. Et pourtant, parler de consentement à la domination rejette de fait, une fois de plus, la culpabilité sur l'opprimé(e) »<sup>2342</sup>. Ainsi, Nicole-Claude Mathieu considère que « le consentement n'est pas premier ; à l'origine, on trouve de multiples impératifs, intimations, commandements adressés aux femmes »<sup>2343</sup>.

**613.** Manon Garcia reprend ces questionnements et se saisit de ce « tabou »<sup>2344</sup>. Elle y répond en se positionnant du point de vue des femmes dans les rapports de domination<sup>2345</sup>. À partir des travaux de Simone de Beauvoir, elle s'appuie sur un paradoxe : « Du fait de la domination masculine, deux vérités au sujet des femmes se contredisent : elles sont à la fois des êtres

<sup>2340</sup> *Ibid.*, p. 203 : « La (dé)négaration par les opprimé(e)s de leur propre oppression n'a rien d'étonnant si l'on sait (mais pour le savoir il faut être de ce côté-ci de la barrière) qu'il est tout à fait insupportable et traumatisant de se reconnaître opprimé(e). Pourquoi ? Parce que, dans le mouvement même où la personne voit son oppression, elle se constitue en nouveau sujet (sujet de l'oppression) et en juge de l'autre sujet : cet autre elle-même qu'elle croyait être avant. Il y a là un effet de dissociation qui peut être insurmontable. »

<sup>2341</sup> *Ibid.*, p. 203 : « Et si l'opprimée peut se poser cette question, c'est dans une tentative de surmonter cet effet de dissociation dont nous parlions. Pour surmonter aussi - en se posant en tant que sujet volontaire (volontariste) dans l'oppression - l'idée (la réalité) que c'est justement en tant que sujet non conscient de l'oppression qu'elle a subi cela, en tant que sujet agi, alors qu'elle se pensait actrice de sa vie. (À ceci se rattache la nécessité éprouvée par certaines femmes de trouver du pouvoir chez les femmes, parfois contre toute évidence, dans nos sociétés ou dans d'autres.) Mais ce qui peut se comprendre chez l'opprimée, lorsqu'elle fait référence au consentement, comme une tentative de surmonter une dissociation, ne peut s'entendre chez l'"analyste", le savant dominant, que comme une tentative de nier, pour tout dire de supprimer cette même dissociation, à savoir l'état réel de la conscience aliénée, puisque la notion même de consentement implique la connaissance, la décision. »

<sup>2342</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>2343</sup> F. Coste, P. Costey et L. Tangy, « Consentir : domination, consentement et déni », *Tracés*, n° 14, 2008.

<sup>2344</sup> M. Garcia, *On ne naît pas soumise : on le devient*, Paris : Flammarion, 2018, p. 16-17 : « En somme, on se retrouve dans une impasse : ou bien on parle de la soumission féminine dans sa complexité, en ne passant pas sous silence l'attrait que peut avoir cette soumission, et l'on est du côté de la tradition sexiste qui fait de la soumission le destin naturel des femmes ; ou bien on postule une égalité des sexes et, dans ce cadre, la soumission des femmes, comme celle des hommes, est une faute morale ou une pathologie et ne relève pas de la philosophie. »

<sup>2345</sup> *Ibid.*, p. 99-100 : « Analyser la soumission, c'est donc procéder à un retournement du regard, ne plus analyser les relations de pouvoir asymétriques depuis la simple perspective de celui qui les impose ou qui les crée, mais depuis la perspective de celles et ceux sur qui elles s'exercent. C'est faire l'hypothèse que comprendre la façon dont la domination fonctionne pour ceux qui l'exercent ne suffit pas à rendre compte de ce qui se passe pour ceux sur qui elle s'exerce. » V. également *ibid.*, p. 24 : « Étudier la soumission des femmes, depuis le point de vue des femmes, ce n'est pas dire que seules les femmes auraient une responsabilité dans la permanence de la domination masculine, c'est au contraire montrer ce que la domination masculine fait aux femmes, comment elle est vécue par les femmes et comment elle configure leurs choix et leurs désirs d'une manière que la philosophie classique, dans son sexisme méthodologique, ne peut pas saisir. »



humains, donc libres par essence, et le regard des hommes les construit comme essentiellement inférieures et donc destinées à être soumises. »<sup>2346</sup> Simone de Beauvoir montrerait alors que le consentement à la soumission est une construction sociale, à la fois produit de la domination structurelle et empreint d'une forme de plaisir lui-même causée par la condition de femme<sup>2347</sup>.

614. Or, cette analyse de la soumission des femmes invite à repenser la question du consentement<sup>2348</sup>, ce que fait Manon Garcia dans un second ouvrage. À cette occasion, elle donne de nombreux arguments qui montrent l'influence d'un système de domination masculine sur le consentement sexuel. Elle part ainsi de l'idée selon laquelle « la dimension psychique de la domination masculine explique que les femmes donnent leur consentement sans que ce consentement manifeste une authentique liberté de leur part »<sup>2349</sup>. Plus précisément, le consentement poserait à la fois la question « des injustices de genre dans la sexualité et [...] de l'autonomie personnelle »<sup>2350</sup>. Les injustices de genre sont dues aux « normes sociales de genre »<sup>2351</sup>. À leur côté, il existe aussi des « injustices épistémiques »<sup>2352</sup>, c'est-à-dire portant sur le savoir de la sexualité et sa mobilisation, par exemple l'accueil de la parole des victimes de violences sexuelles<sup>2353</sup>, ou la reconnaissance du désir des femmes en fonction de normes sexuelles notamment centrées sur la pénétration<sup>2354</sup>. Il faut également faire face à la question des « préférences adaptatives », expression qui recouvre l'idée que « les préférences des individus peuvent s'adapter à l'oppression dont ils font l'objet »<sup>2355</sup>. Ce mécanisme mettrait à mal l'idée que le consentement exprimerait les préférences d'un individu et que son respect garantirait autonomie et justice<sup>2356</sup>. Tous ces exemples montrent que la domination masculine et toutes ses conséquences constituent un prisme pour saisir le consentement d'une femme dans

---

<sup>2346</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>2347</sup> *Ibid.*, p. 210 : « Beauvoir met donc en lumière les différents facteurs du consentement à la soumission : ce consentement a des causes avant tout politiques, sociales et économiques qui proviennent de la domination masculine, mais il résulte aussi du plaisir pris à la soumission, qui constitue la spécificité de l'oppression des femmes : en raison du “*mitsein* originel” qu'elles partagent avec les hommes, leur conformité aux attentes de l'opprimeur est bien plus largement rétribuée que pour les autres groupes opprimés. On comprend alors que les femmes qui se soumettent consentent à un destin qui leur est assigné après une sorte de calcul coûts/bénéfices dans lequel les délices de la soumission pèsent lourd face aux risques de la liberté. »

<sup>2348</sup> *Ibid.*, p. 239 : « Une chose est sûre : affirmer que la soumission n'est pas une faute morale, mais un destin auquel les femmes sont sans cesse rappelées invite à penser à nouveaux frais les problèmes du consentement, notamment dans le domaine sexuel. »

<sup>2349</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 178.

<sup>2350</sup> M. Garcia, *op. cit.* p. 182.

<sup>2351</sup> *Ibid.*

<sup>2352</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>2353</sup> *Ibid.*, p. 189 et s.

<sup>2354</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>2355</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>2356</sup> *Ibid.*, p. 195.

une relation hétérosexuelle. Pour Manon Garcia, le problème est commun à la problématique générale du libre arbitre et pose la question des influences sur les choix et l'autonomie de la personne<sup>2357</sup>.

2) *La remise en cause de la conception classique de l'autonomie : l'autonomie relationnelle*

**615.** Cette dernière question a été saisie à travers la critique féministe de l'autonomie et le développement des théories de l'« autonomie relationnelle »<sup>2358</sup>, initiés par Jennifer Nedelsky<sup>2359</sup>. La critique reposerait sur le caractère « fondamentalement individualiste et rationaliste » de l'autonomie individuelle<sup>2360</sup>. Dans un ouvrage général sur le sujet, Catriona Mackenzie et Natalie Stoljar utilisent ce terme pour désigner de nombreuses réalités et travaux différents, qui se saisissent de la nécessité de lier l'autonomie au contexte social relationnel des sujets. Ils s'appuient sur « la conviction que les personnes sont ancrées socialement et que les identités des agents sont formées dans le contexte des relations sociales et modelées par un complexe de déterminants sociaux qui s'intersectent, comme la race, la classe, le genre et l'ethnicité »<sup>2361</sup>. Catriona Mackenzie et Natalie Stoljar, comme d'autres, estiment ainsi que l'autonomie relationnelle est une réponse qui permet de ne pas rejeter le principe même d'autonomie<sup>2362</sup>.

Les deux autrices distinguent cinq types de critiques adressées à l'autonomie. Les critiques « symboliques » remettraient en cause l'idée de l'autosuffisance et donc de l'individualisme de

---

<sup>2357</sup> *Ibid.*, p. 198 et s.

<sup>2358</sup> Sur une présentation des théories de l'autonomie relationnelle, v. aussi D.-S. Valentiner, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung : zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit*, Baden-Baden : Nomos, 2021, p. 132 et s.

<sup>2359</sup> C. Mackenzie, N. Stoljar (dir.), *Relational autonomy : feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford : New-York : Oxford University Press, 2000, p. 26 : « As far as we know, Jennifer Nedelsky was the first to articulate a conception of relational autonomy from an explicitly feminist perspective. » Pour une lecture française de l'oeuvre de Jennifer Nedelsky, v. E. Jeuland, J.-F. Braunstein, *Droit et relation : une approche comparative*, Paris : IRJS Éditions, 2018 ; sur le lien fait par Jennifer Nedelsky entre autonomie et féminisme, v. notamment J. Nedelsky, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 7.

<sup>2360</sup> C. Mackenzie, N. Stoljar (dir.), *op. cit.*, p. 3 : « What lies at the heart of these charges is the conviction that the notion of individual autonomy is fundamentally individualistic and rationalistic. »

<sup>2361</sup> *Ibid.*, p. 4 : « These perspectives are premised on a shared conviction, the conviction that persons are socially embedded and that agents' identities are formed within the context of social relationships and shaped by a complex of intersecting social determinants, such as race, class, gender, and ethnicity. »

<sup>2362</sup> *Ibid.*, p. 3-4 : « The challenge facing feminist theorists is rather to draw on aspects of the feminist critique of autonomy to reconceptualize and refigure the concept of individual autonomy from a feminist perspective. It is this refigured concept that we are calling "relational autonomy." ». Contra : S. J. Khader, « The Feminist Case Against Relational Autonomy », *Journal of Moral Philosophy*, vol. 17, n° 5, 2020, p. 499.

l'autonomie, fondamentalement masculiniste.<sup>2363</sup> Les critiques « métaphysiques » dénonceraient le présupposé abstrait de l'atomisme de la personne dans l'autonomie. Il entrerait en contradiction avec l'inscription de l'individu dans des relations sociales<sup>2364</sup>. Les critiques du *care* souligneraient que l'autonomie ne permet pas de reconnaître les relations sociales dans lesquelles s'impliquent particulièrement les femmes<sup>2365</sup>. Les critiques « postmodernes » mettraient en avant que l'individu ne serait pas « transparent » mais pris dans des complexités psychiques complexes - c'est l'analyse psychoanalytique - ou dans des conditionnements de pouvoir - c'est l'analyse foucaldienne<sup>2366</sup>. Les critiques de la « diversité » mettraient en évidence que l'identité de la personne est « multiple », comme le montre notamment l'approche intersectionnelle. Ce constat remettrait en cause l'unité de l'individu aux fondements de l'autonomie<sup>2367</sup>.

**616.** L'autonomie relationnelle devrait donc répondre à la question de la possibilité pour l'individu d'être autonome, de faire des choix, tout en étant le sujet d'oppressions systémiques<sup>2368</sup>.

Les critiques énoncées imposent de concevoir l'autonomie au regard de la complexité de la personne et de ses différences<sup>2369</sup>. Elles nécessitent donc de s'intéresser aux choix des individus, faits de la complexité psychique et sociale de ces derniers<sup>2370</sup>, mais aussi aux conséquences des relations d'oppression sur l'autonomie de la personne<sup>2371</sup>. Ainsi, « les agents et leurs capacités devraient être conçus d'une manière relationnelle »<sup>2372</sup>. Deux réponses à ces questionnements

<sup>2363</sup> *Ibid.*, p. 6 s. La critique serait par exemple formulée par Lorraine Code.

<sup>2364</sup> *Ibid.*, p. 7 s. La critique serait par exemple formulée par Annette Baier.

<sup>2365</sup> *Ibid.*, p. 8 s. La critique serait par exemple formulée par Nancy Chodorow, Virginia Held, Jennifer Nedelsky ou Evelyn Fox Keller.

<sup>2366</sup> *Ibid.*, p. 10 et s.

<sup>2367</sup> *Ibid.*, p. 11 et s. La critique serait par exemple formulée par Kimberley Crenshaw.

<sup>2368</sup> C. MacKenzie, « Feminist innovation in philosophy: Relational autonomy and social justice », *Women's Studies International Forum*, vol. 72, 2019, p. 144 : « *Autonomy is both a status and a capacity concept. As a status concept it refers, as mentioned earlier, to the idea that individuals are entitled to exercise self-determining authority over their lives. As a capacity concept, autonomy refers to the capacity to be self-defining and self-governing; that is, to make decisions and act on the basis of preferences, values or commitments that are authentically "one's own". One of the central aims of relational autonomy theory is to explain how gender and other kinds of social oppression, such as racial oppression, can threaten a person's social status as an autonomous agent and can impair the development or exercise of the capacity for autonomy.* »

<sup>2369</sup> C. Mackenzie, N. Stoljar, *op. cit.*, p. 21 : « *The critiques emphasize that an analysis of the characteristics and capacities of the self cannot be adequately undertaken without attention to the rich and complex social and historical contexts in which agents are embedded; they point to the need to think of autonomy as a characteristic of agents who are emotional, embodied, desiring, creative, and feeling, as well as rational, creatures; and they highlight the ways in which agents are both psychically internally differentiated and socially differentiated from others.* »

<sup>2370</sup> *Ibid.*

<sup>2371</sup> *Ibid.*, p. 22 : « *A second concern of relational approaches is to analyze the specific ways in which oppressive socialization and oppressive social relationships can impede autonomous agency, at three interrelated levels.* »

<sup>2372</sup> *Ibid.* : « *These two concerns indicate that agents and their capacities should be conceived relationally.* »

ont pu être apportées. Les théories relationnelles constitutives sont centrées sur l'agent et sa capacité de décision, tandis que les théories relationnelles causales s'intéressent à la manière dont le social a un impact sur l'autonomie<sup>2373</sup>. De même, différents types de mise en œuvre de l'autonomie relationnelle ont pu être conçus<sup>2374</sup>. Les théories relationnelles de l'autonomie construites par les féministes permettent ainsi d'intégrer une dimension sociale à l'autonomie en exigeant la prise en compte du contexte réel qui l'entoure, notamment d'oppression.

La réflexion sur la volonté et l'autonomie des femmes a conduit à interroger le critère juridique du consentement sexuel.

## B. Les analyses féministes juridiques du consentement sexuel

**617.** Dans une analyse féministe, la sexualité hétérosexuelle peut être conçue comme un moment d'expression des rapports de pouvoir exercés par les hommes sur les femmes<sup>2375</sup>. On peut ainsi y voir le cœur de l'expression du patriarcat. Les inégalités de genre dans la sexualité sont aussi confirmées par les études statistiques<sup>2376</sup>. La violence sexuelle est ainsi conçue comme un phénomène résultant de ces rapports de pouvoir<sup>2377</sup> et non naturel<sup>2378</sup> : « la violence masculine constitue un instrument du contrôle social de la sexualité des femmes, en tant qu'expression concrète de domination et en tant que menace pesant sur l'ensemble des femmes »<sup>2379</sup>.

<sup>2373</sup> *Ibid.* : « Broadly, relational conceptions can be divided into constitutively (or intrinsically) relational conceptions and causally relational conceptions. Those approaches focusing on the social constitution of the agent or the social nature of the capacity of autonomy itself, are constitutive conceptions, whereas those focusing on the ways in which socialization and social relationships impede or enhance autonomy are causal conceptions. »

<sup>2374</sup> Les autrices distinguent par ailleurs deux types de théories de l'autonomie : l'autonomie procédurale et l'autonomie substantielle (*ibid.*, p. 13). Les théories procédurales de l'autonomie impliqueraient de ne pas porter attention au contenu de ce que souhaite la personne mais à la réflexion critique qui a mené la personne à faire un choix (*ibid.*, p. 13-14). À l'inverse, les théories substantielles de l'autonomie estiment qu'il est nécessaire, en plus, de prévoir des exigences quant au contenu du choix, lequel ne peut pas être neutre (*ibid.*, p. 19 et s.).

<sup>2375</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020, p. 185 : « La plupart des courants féministes qui ont pris pour objet la sexualité hétérosexuelle l'ont analysée comme lieu d'exercice d'un rapport de pouvoir entre hommes et femmes. »

<sup>2376</sup> *Ibid.*, p. 187 et s.

<sup>2377</sup> V. sur ce point C. A. MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431.

<sup>2378</sup> A. Debauche, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris : La Découverte, 2021, v° « Violence sexuelle », p. 841 : « Parallèlement aux revendications et aux actions politiques, les militantes et chercheuses féministes élaborent un cadre théorique permettant de penser les violences sexuelles. La remise en cause de la naturalité des rapports entre les hommes et les femmes conduit à affirmer que la sexualité masculine ne repose pas sur des pulsions irrépressibles et que le viol est un moyen, et une conséquence, de l'appropriation masculine du corps et de la sexualité des femmes [...]. »

<sup>2379</sup> A. Debauche, *loc. cit.*

Les féministes se sont emparées de ce sujet en particulier à partir des années 1970<sup>2380</sup> et ont développé une argumentation dans le domaine juridique qui visait notamment le consentement. La condition d'absence de consentement pour qualifier les viols et les agressions sexuelles interroge en effet l'expression de la volonté dans un contexte de domination.

**618.** Les études américaines doivent faire l'objet d'une attention particulière en ce qu'elles témoignent de la diversité des approches du consentement en droit en fonction de l'analyse des rapports de pouvoir entre les femmes et les hommes. Le débat s'est articulé autour de la conceptualisation du *date rape* par les féministes américaines dans les années 1980, puis de la contestation qui s'en est suivie. L'expression visait à montrer que l'imaginaire du viol était déconnecté de sa réalité. De nombreux viols étaient commis non par des inconnus mais dans des situations courantes de séduction entre deux personnes qui se connaissaient<sup>2381</sup>. Éric Fassin a identifié quatre conceptions du consentement aux États-Unis qui correspondent à quatre lectures politiques des rapports de domination et leur retranscription en droit<sup>2382</sup>. Les féministes américaines ont à l'inverse défendu à cette occasion des conceptions différentes du consentement sexuel.

**619.** La première conception est celle de « l'érotique conservatrice ». Elle consiste à dire que « quand “non”, c'est “oui” »<sup>2383</sup>. Autrement dit, les femmes qui protesteraient contre une relation sexuelle cacheraient en réalité leur désir et leur envie d'avoir un rapport sexuel.

**620.** La deuxième conception du consentement est issue du « féminisme culturel », au premier rang duquel se trouvent par exemple Andrea Dworkin ou Catharine MacKinnon<sup>2384</sup>, et soutient que « quand “oui”, c'est “non” »<sup>2385</sup>

Dans un article publié en 2016, Catharine MacKinnon rejette en effet le critère de consentement pour définir le viol au regard de l'inégalité structurelle entre femmes et hommes<sup>2386</sup>. Elle développe son argumentation à partir de la question de l'égalité, à l'origine

---

<sup>2380</sup> *Ibid.*

<sup>2381</sup> É. Fassin, « Le date rape aux États-Unis », *Enquête*, n° 5, 1997, p. 193. On parle alors viols dans une situation de « rendez-vous amoureux » (*date*), pour s'en tenir à la traduction littérale de l'expression.

<sup>2382</sup> *Ibid.* Les contestations conservatrices du concept de *date rape* dans les années 90 auraient véhiculé l'image d'une unité des discours féministes à ce sujet et masqué leur diversité : les féministes américaines auraient à l'inverse défendu à cette occasion des conceptions différentes du consentement sexuel.

<sup>2383</sup> *Ibid.*

<sup>2384</sup> *Ibid.*

<sup>2385</sup> *Ibid.*

<sup>2386</sup> C. A. MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431 ; C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini : vers l'égalité, contre le consentement*, Paris : Flammarion-Climats, 2023. V. M.

de sa réflexion<sup>2387</sup>. Le consentement serait toujours conditionné par des rapports de pouvoir. Le viol serait en effet davantage l'affaire d'un acte sexuel inégal plutôt que d'un acte sexuel qui n'a pas été voulu<sup>2388</sup>. Dès lors, le critère du consentement ignorerait les inégalités entre femmes et hommes et dans l'acte sexuel<sup>2389</sup>. Le consentement ne permettrait pas de s'assurer de l'égalité de la relation<sup>2390</sup> : « le concept est de manière inhérente inégal, présupposant simultanément silencieusement que les parties sont égales, peu importe qu'elles le soient. Il repose tacitement sur la notion de liberté de la personne sur laquelle l'acte est accompli [...] »<sup>2391</sup>. Ainsi, les inégalités concrètes entre les femmes et les hommes excluraient le postulat d'égalité qui fonde le principe du consentement : « Le consentement est un standard pathétique de sexe égal pour un peuple libre. »<sup>2392</sup>

**621.** La troisième conception du consentement chez les féministes serait issue du « féminisme libéral », pour qui « quand “non”, c'est “non” ». Ces féministes, parmi lesquelles Susan Estrich, souhaiteraient rester dans le cadre légal tout en le modifiant<sup>2393</sup>. Ce faisant, elles s'opposeraient à l'appréciation subjective du consentement proposée par les féministes culturelles pour en proposer une plus objective<sup>2394</sup>. Le critère du consentement devrait alors

---

Garcia, *op. cit.*, p. 172 et s. et C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021, p. 110 et s.

<sup>2387</sup> C. A. MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431, spéc. p. 431 : « Rape is a crime of gender inequality. » La question de l'égalité innervait les travaux antérieurs de Catharine MacKinnon. En particulier, elle a travaillé sur le harcèlement sexuel comme discrimination, v. C. A. MacKinnon, *Sexual harassment of working women : a case of sex discrimination*, New Haven : London : Yale University Press, 1979, en particulier p. 101 et s.

<sup>2388</sup> C.A. MacKinnon, *loc. cit.*, p. 436 : « *If rape is less a question of unwanted sex than of unequal sex, if equality not autonomy is its primary issue, if internal psychology is less determinative of these criminal acts than leveraged external conditions and gendered social behaviors, the existing conceptual framework, together with its lexicon of examples, has been fundamentally beside the point all along.* » (V. trad. C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 110 : « Si le viol est moins une question de sexe non voulu qu'une de sexe inégal, si l'égalité et non l'autonomie constitue son premier enjeu, si la psychologie interne et moins déterminante de ces actes criminels que des conditions externes comme leviers et des comportements sociaux genrés, le cadre conceptuel existant et son lexique d'exemples, a été hors-sujet tout le long. »)

<sup>2389</sup> C.A. MacKinnon, *loc. cit.*, p. 439-440 : « *In both law and scholarship, lack of consent-the widely adopted element of sexual assault that makes sex be rape-ignores the inequality of the sexes as context for, as well as potential content in, sexual interactions.* »

<sup>2390</sup> *Ibid.*, p. 440 : « *The presence of consent does not make an interaction equal.* »

<sup>2391</sup> *Ibid.* : « *Put another way, the concept is inherently an unequal one, simultaneously silently presupposing that the parties to it are equals whether they are or not. It tacitly relies on a notion of the freedom of the acted-upon, on the meaningfulness of the “voluntary” balancing the initiative of “the other,” under what are, in sex, typically invisible background, sometimes foreground, conditions of sex (meaning gender) inequality. It is as if one can be free without being equal- a proposition never explained or even seen as in need of explanation.* »

<sup>2392</sup> *Ibid.*, p. 465 : « *Consent is a pathetic standard of equal sex for a free people.* »

<sup>2393</sup> *Ibid.* : « Tout au contraire, la juriste libérale Susan Estrich veut sauvegarder le principe légal, et donc le réformer. »

<sup>2394</sup> *Ibid.* : « Elle conjure ainsi le péril subjectiviste que le féminisme culturel fait courir au droit. La solution est simple : si l'on veut conserver l'idée d'une “croyance raisonnable au consentement”, il convient de lui conférer plus d'objectivité. »

permettre de sanctionner toutes les hypothèses où le refus de procéder à l'acte sexuel n'a pas été respecté<sup>2395</sup>.

Les deuxième et troisième conceptions du consentement sont ainsi l'expression de deux féminismes et on y trouve « une opposition entre deux logiques », entre « une femme libre de refuser son consentement » et une femme « définie par la domination, jusque dans sa sexualité »<sup>2396</sup>.

**622.** On trouve enfin une quatrième conception du consentement : « quand “oui”, c’est “oui” ». Il s’agit d’une règle de « consentement affirmatif » développée sur le campus universitaire d’Antioch dans l’Ohio en 1991<sup>2397</sup> et devenue rapidement risée de l’opinion publique<sup>2398</sup>. Elle permettrait de dépasser l’antagonisme des deux modèles féministes en proposant « une sexualité définie pour elle-même, par la volonté et l’affirmation »<sup>2399</sup>. Pour Éric Fassin, ce modèle n’est pas radical pour sa proposition, contrairement à ce qui a pu être dit, mais parce qu’il offre une vision de l’érotisme et du désir au-delà des dominations<sup>2400</sup>. Ce dernier modèle ne nie pas les relations de domination, il est bien à l’inverse une réponse au *date rape*, mais en inscrivant le consentement dans le désir et l’érotisme.

**623.** En France, le procès d’Aix a été à l’origine de débats sur la définition juridique du consentement. En 1978, y est jugé le viol de deux femmes lesbiennes par trois hommes dont elles avaient refusé les avances. Les agressions avaient été empreintes de violence et les femmes s’étaient défendues, mais les avocats de la défense plaident leur consentement<sup>2401</sup>. Gisèle Halimi, une des avocates des parties civiles, souligne que le consentement faisait pourtant défaut et que le retenir reviendrait pour les femmes à devoir choisir entre la mort ou le

---

<sup>2395</sup> *Ibid.* : « Il faut et il suffit qu’au regard de la loi, le refus soit sans équivoque : “non”, c’est “non”. »

<sup>2396</sup> *Ibid.*

<sup>2397</sup> *Ibid.*

<sup>2398</sup> V. aussi K. Mettler, « “No means no” to “yes means yes”: How our language around sexual consent has changed », *The Washington Post*, 15 févr. 2018, en ligne :

<https://www.washingtonpost.com/news/soloish/wp/2018/02/15/no-means-no-to-yes-means-yes-how-our-language-around-sexual-consent-has-changed/> (consulté le 2 févr. 2024).

<sup>2399</sup> E. Fassin, *loc. cit.* : « Antioch renverse la liberté négative du féminisme libéral en une liberté positive. En effet, le féminisme libéral, non moins que culturel, est défini par rapport aux abus de la sexualité. [...] Ce que le modèle d’Antioch suggère, c’est au contraire une sexualité définie pour elle-même, par la volonté et l’affirmation. »

<sup>2400</sup> E. Fassin, *loc. cit.* : « Le désir féminin est supposé de même nature que la sexualité masculine. Et c’est bien parce que cette équivalence remet en cause l’image convenue d’une sexualité féminine au consentement toujours problématique qu’elle soulève un pareil tollé. ». V. également *ibid.* : « Radical, ce programme l’est moins en proposant des solutions extrêmes (dans le doute, et devant la confusion, exiger un consentement explicite pourrait relever du sens commun) qu’en ouvrant à la politique tout le champ de l’érotique (et non pas seulement de la violence sexuelle). »

<sup>2401</sup> A. Debauche, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris : La Découverte, 2021, v° « Violence sexuelle », p. 841.

silence<sup>2402</sup>. Le viol n'était alors pas défini par le Code pénal et sa définition résultait de la jurisprudence et de la doctrine, laquelle le considérait comme « un coït illicite avec une femme qu'on sait ne point consentir »<sup>2403</sup>. La Cour de cassation définissait le viol comme « le fait d'avoir des relations sexuelles avec une femme contre la volonté de celle-ci, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise employé par l'auteur de l'action pour atteindre son but, en dehors de la volonté de la victime »<sup>2404</sup>. L'affaire d'Aix a conduit à la loi du 23 décembre 1980<sup>2405</sup> qui a créé une nouvelle définition du viol, défini par référence à la violence, la contrainte et la surprise<sup>2406</sup> - le critère de la menace y est ajouté en 1992<sup>2407</sup>. Le choix de ne pas explicitement faire référence au consentement dans la définition légale n'a été que peu débattu et ne constituait pas une question en elle-même<sup>2408</sup>.

**624.** La question du consentement sous-tend la question du viol et des relations patriarcales en France<sup>2409</sup>. Affirmant que la loi pénale française poserait une présomption de consentement

<sup>2402</sup> G. Halimi, *Viol : le procès d'Aix-en-Provence : sténotypie intégrale des débats et des témoignages*, Paris : L'Harmattan, 2012 : « Je voudrais simplement pour terminer attirer votre attention, mesdames et messieurs, sur l'importance capitale de votre arrêt, pour Anne et Araceli d'abord, mais aussi pour l'avenir ; parce que si vous admettiez la thèse des accusés : un consentement possible après de telles violences, alors savez-vous ce que vous feriez ? Eh bien, vous rendriez un jugement de condamnation ; vous condamneriez les femmes violées pour l'avenir, soit à mourir pour vous apporter la preuve définitive qu'elles ont résisté jusqu'au bout, soit, si elles en réchappent, à retourner au silence [...] ».

<sup>2403</sup> A. Debauche, *loc. cit.*, citant Georges Vigarello ; G. Halimi, *op. cit.*, p. 22, citant le Code pénal annoté de Maurice Garçon ; C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021, p. 19 et s.

<sup>2404</sup> Cass. crim., 10 juill. 1973, n° 73-90.104, publié ; formule issue de l'arrêt Dubas à quelques modifications près (Cass. crim., 25 juin 1857), v. C. Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », *Archives de politique criminelle*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 223, et C. Le Magueresse, « De la centralité du consentement », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 613.

<sup>2405</sup> L. n° 80-1041 du 23 déc. 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>2406</sup> La loi reprend ainsi les anciens critères jurisprudentiels (C. Le Magueresse, « De la centralité du consentement », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 613).

<sup>2407</sup> *Ibid.*

<sup>2408</sup> C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021, p. 28 et s., spéc. p. 33 : « Les références au consentement, au non-consentement ou à la volonté disparaissent dans le texte voté alors même qu'elles étaient bien présentes lors du débat parlementaire. La diversité des expressions utilisées pour mentionner la personne victime ("sans le consentement de la victime", "imposée à une personne contre sa volonté", "imposée à autrui"), témoigne toutefois d'une certaine confusion. Ces propositions ne sont en effet pas équivalentes. » D'ailleurs, le terme disparaît dès le texte adopté par le sénat en séance publique en première lecture (Texte n° 171 adopté par le Sénat le 28 juin 1978, en ligne : [https://www.senat.fr/leg/1977-1978/ta1977\\_1978\\_0171.pdf](https://www.senat.fr/leg/1977-1978/ta1977_1978_0171.pdf) (consulté le 2 février 2024)), alors qu'il était présent dans la proposition de loi (Proposition de loi n° 324, Brigitte Gros et plusieurs de ses collègues, Sénat, 20 avr. 1978, en ligne : [https://www.senat.fr/leg/1977-1978/i1977\\_1978\\_0324.pdf](https://www.senat.fr/leg/1977-1978/i1977_1978_0324.pdf) (consulté le 2 févr. 2024) et dans le texte issu de la commission des lois au Sénat (*Rapport n° 442, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi n° 324 en vue de protéger les femmes contre le viol, sur la proposition de loi n° 381 sur la prévention et la répression du viol et sur la proposition de loi n° 445 relative à la protection des victimes d'agressions sexuelles et notamment de viol*, Sénat, 15 juin 1978).

<sup>2409</sup> C'est également le cas dans la présentation du droit positif : l'absence de consentement serait l'« élément cardinal du viol » (A. Darsonville, *Rép. pén. Dalloz*, v° « Viol », févr. 2020, act. oct. 2022, n° 23).



à l'acte sexuel, Catherine Le Magueresse a pu proposer une nouvelle définition du viol et des agressions sexuelles fondée sur un critère juridique de consentement<sup>2410</sup>. L'ouvrage de cette juriste française repose sur de nombreux travaux doctrinaux venus des États-Unis.

**625.** L'analyse juridique du consentement par les féministes souligne ainsi une volonté de définir juridiquement le consentement sexuel en prenant en compte une réalité sociale, c'est-à-dire des relations de pouvoir et de domination. L'ensemble de ces travaux permettent d'interroger l'influence que les dominations ou oppressions sociales peuvent avoir sur l'expression de la volonté d'un individu. Le consentement ne peut plus apparaître comme le seul fruit d'une délibération rationnelle et indépendante, mais se révèle être également le produit du contexte social qui entoure l'individu. De nombreuses études ont ainsi mis en avant l'importance de la position sociale de l'individu dans l'appréhension du consentement juridique en droit des personnes.

## **Section 2. La réalité des consentements dans des rapports de pouvoir**

**626.** Des auteurs ont montré que le consentement était imprégné par les représentations sociales des individus, représentations qui sont l'expression de rapports de pouvoir. Le constat peut en être fait à partir d'une analyse sociologique empirique de ces rapports<sup>2411</sup>. À partir d'exemples choisis, il est possible de montrer qu'en pratique, le consentement des individus est lié à leur position sociale, plus exactement à des représentations sociales de la personne. Dans bien des cas, le consentement n'est pas respecté à raison des caractéristiques de genre, de classe et de « race » d'une personne, telles qu'appréhendées par les tiers. Cette analyse sociologique conduit à concevoir ces situations comme une forme de mépris du consentement de la personne. Elles peuvent être qualifiées de « déni de reconnaissance », tel qu'il a été conceptualisé sur le plan de la philosophie critique.

**627.** Il faut ainsi démontrer qu'en pratique, les consentements sont conditionnés par la position sociale de la personne (§1), ce qui révèle une forme de mépris pouvant être conceptualisé comme un « déni de reconnaissance » (§2).

---

<sup>2410</sup> C. Le Magueresse, *op. cit.*

<sup>2411</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020, p. 352.

## §1. Des consentements conditionnés par la position sociale de la personne

628. Les logiques de pouvoir ne se limitent pas au seul rapport de genre dans la sexualité. Des travaux en sociologie ont ainsi mis en évidence des relations de pouvoir et des stéréotypes fondés sur la classe sociale, le genre et la « race »<sup>2412</sup> qui influencent la réalité sociale du consentement juridique. L'analyse intersectionnelle repose en effet sur l'impossibilité de détacher chacune des analyses en termes de classe, genre, « race », dans la réalité des rapports sociaux : ces réalités se conjuguent<sup>2413</sup>. La critique avait été formulée à propos de « la prétention à l'universalisme du féminisme majoritaire des années 1970 », en particulier par des féministes noires<sup>2414</sup>.

L'analyse sociologique intersectionnelle permet ainsi une appréhension fine de l'impact de multiples rapports de pouvoir dans les relations sociales des individus. Plutôt que de conduire à additionner les avantages et désavantages au sein de la société, comme le fait l'analyse

---

<sup>2412</sup> En particulier, la *critical race theory* se développe en droit français : L. Zevounou (dir.), « Race et droit », *La revue des droits de l'homme*, 2021, n° 19, et plus particulièrement L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de "race" en droit français », *La revue des droits de l'homme*, 2021, n° 19 ; I. Aubert, M. Bessone (dir.), « La *Critical Race Theory* est-elle exportable en France ? », *Droit et Société*, vol. 108, n° 2, 2021 ; S. Falconieri, L. Guerlain, L. Zevounou, « Penser la race en juriste : lectures critiques », *Droit et Société*, 2021, vol. 108, n° 3 ; H. Bentouhami, M. Möschel, *Critical Race Theory : une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris : Dalloz, 2017. V. déjà D. Lochak, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291.

<sup>2413</sup> *Ibid.*, p. 287. Sur l'intersectionnalité, v. en particulier les textes de Kimberley Crenshaw, juriste américaine pionnière dans le domaine. Certains ont été traduits en français : K. W. Crenshaw, « Démarginaliser l'intersection de la race et du sexe : une critique féministe noire du droit antidiscriminatoire, de la théorie féministe et des politiques de l'antiracisme », *Droit et Société*, vol. 108, n° 2, 2021, p. 465 et K. W. Crenshaw, « Sortir des marges l'intersection de la race et du sexe. Une critique féministe Noire de la doctrine antidiscriminatoire, de la théorie féministe et de la lutte antiraciste », *Cahiers du Genre*, vol. 70, n° 1, 2021, p. 21 ; K. W. Crenshaw, *Intersectionnalité*, trad. E. Delanoë-Brun, Paris : Payot & Rivages, 2023.

<sup>2414</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck, 2012, p. 299 ; v. plus largement L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020, p. 343. Certes, Manon Garcia souligne que l'analyse de Simone de Beauvoir sur la soumission s'explique par « la spécificité de l'oppression des femmes » (M. Garcia, *On ne naît pas soumise : on le devient*, Paris : Flammarion, 2018, p. 146) : « Si la femme a pour situation une situation d'oppression spécifique, ce n'est pas seulement parce que son altérité est absolue et qu'elle échappe de ce fait à la possibilité d'une dialectique émancipatrice. L'autre spécificité de la situation des femmes tient au fait que les femmes ne sont pas constituées comme Autre en tant que groupe social à part, comme les Noirs, les Juifs ou les prolétaires, mais comme individus. » (*Ibid.*, p. 154.) Mais, inversement, l'extension au rapport racial n'est pas ignorée dans les travaux des féministes vus précédemment (sur « l'analogie avec la race », v. L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *op. cit.*, p. 241-342, en particulier sur les travaux de Colette Guillaumin). Carol Pateman publie *Le contrat sexuel* en 1988 et Charles Mills *Le contrat racial* en 1997. Dix ans plus tard, ils publient ensemble *Contract and Domination*. Dans cet ouvrage, leurs deux pensées sont réunies pour montrer que le contrat social est excluant autant d'un point de vue de genre que de « race ». De la même manière, Nicole-Claude Mathieu, à propos des rapports entre violence et consentement à la domination, élargit son analyse à la colonisation à travers les travaux d'Aimé Césaire (N.-C. Mathieu, *L'anatomie politique*, *op. cit.*, p. 198) et d'Albert Memmi (*ibid.*, p. 199), et à l'esclavage à travers ceux de Frederick Douglass (*ibid.*, p. 199). Ces parallèles sont toutefois complexes. La dernière analyse, de type analogique, permet certes de penser l'oppression des femmes « comme un rapport de domination parmi d'autres » (L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck, 2012, p. 285). Mais elle s'inscrit dans une logique universaliste et risque une mise en concurrence des rapports de domination.

politique par la lutte, l'analyse sociologique témoigne de la complexité de la réalité<sup>2415</sup>. Cette analyse des rapports de pouvoir multidimensionnels a déjà été faite en droit<sup>2416</sup>. Nous choisissons donc cette méthode sociologique intersectionnelle<sup>2417</sup> pour évaluer en quoi la position sociale de la personne a une influence sur son consentement.

**629.** La réalité sociale du consentement correspond à l'influence des représentations sociales de la personne sur le consentement qu'elle donne, mais aussi sur le recueil du consentement. Ce constat s'opère à la fois dans le cadre interindividuel privé et lorsque les pouvoirs publics sont impliqués. Les inégalités de fait sont ainsi susceptibles d'imprégner certaines situations dans lesquelles une personne donne son consentement en droit des personnes. Trois types de consentement permettent de l'illustrer : les consentements sexuels (A), biomédicaux (B) et à l'adoption (C).

#### A. Les consentements sexuels

**630.** Les chiffres sont clairs : les femmes sont beaucoup plus victimes d'agressions sexuelles que les hommes<sup>2418</sup> et la plupart des agressions sexuelles sont commises par des hommes. Mais à ces marqueurs genrés s'en ajoutent d'autres, de sorte que la réalité de ces violences est plus

---

<sup>2415</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020, p. 353 : « Dans l'analyse de ces configurations particulières apparaissent ainsi des phénomènes de compensation, qui démentent la représentation des intersections comme simples conjonctions de propriétés agissant en elles-mêmes et indépendamment les unes des autres. »

<sup>2416</sup> Par ex. E. Curinier-Bilant, S. Gollac (dir.), *Justice et inégalités au prisme des sciences sociales*, Paris : Mission de recherche droit et justice, 2020 ; A. Vuattoux, *Adolescences sous contrôle : genre, race, classe et âge au tribunal pour enfants*, Paris : Presses de Sciences Po, 2021.

<sup>2417</sup> L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, *op. cit.*, p. 337 et s.

<sup>2418</sup> L'enquête Virage (2015) indique qu'au cours de leur vie 14,5 % des femmes et 4 % des hommes déclarent avoir subi au moins une agression sexuelle ; ils sont respectivement 4 % et 1 % à avoir subi un viol. Alors que la répartition chronologique des viols est concentrée dans le temps pour les hommes - les trois quarts ont lieu durant la minorité - elle est répartie au cours de la vie pour les femmes : 40 % avant 15 ans, 16 % pendant l'adolescence et 44 % durant la majorité (INED, *Enquête Virage*, 2015). L'enquête « Cadre de vie et sécurité » (2019) montre que sur la période 2011-2018, il y a eu en moyenne 94 000 femmes victimes d'un viol ou d'une tentative de viol par an et que les femmes constituent ainsi 84 % des victimes. Une note méthodologique prévient toutefois de la fragilité de la moyenne, car les questions de l'enquête sur les violences sexistes et sexuelles ont été modifiées en 2017 (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, *Rapport d'enquête « Cadre de vie et sécurité » 2019*, 2019, p. 183 et s.). Pour les violences sexuelles (viol et agression) hors ménage, les femmes constituaient 77 % des victimes et il s'agissait dans 86 % des cas d'un auteur homme (*ibid.*, p. 161 et s.). L'auteur était exclusivement masculin pour 64 % des violences vécues par un homme et pour 94 % des violences vécues par une femme (*ibid.*, p. 38-39), de sorte que pour les 10,3 % de personnes ayant vécu au moins une fois une violence sexuelle depuis l'âge de 15 ans, l'auteur était un homme dans 89 % des cas et une femme dans 4 % des cas (*ibid.*, p. 39). L'enquête Genese (2021) expose qu'au sein du couple, 52 % des femmes victimes ont été victimes d'une violence de nature sexuelle, contre 25 % des hommes (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, Eurostat, *Panorama des violences en France métropolitaine. Enquête Genese 2021*, 2022, p. 22 et s.). 16,8 % des femmes et 3,3 % des hommes déclarent avoir été victimes de violences sexuelles par un non-partenaire depuis l'âge de 15 ans (*ibid.*, p. 37).

complexe<sup>2419</sup>. Le genre et la classe de la personne influent sur la construction du désir sexuel (1) et l'appréhension du consentement sexuel par les autorités publiques est influencée par différents types de stéréotypes (2).

### 1) *La construction sociale et genrée du désir sexuel*

**631.** Le désir<sup>2420</sup> n'est pas une notion juridique et se trouve en décalage avec le consentement sexuel et plus précisément les critères juridiques de violence, contrainte, menace et surprise qui caractérisent les agressions sexuelles et les viols. Les travaux précédents montraient déjà que le consentement dans une relation hétérosexuelle était modelé par les rapports de domination. L'analyse du désir sexuel montre que la formulation du consentement au regard du désir est influencée par le genre, mais aussi par la position sociale de la personne.

**632.** En 2008, une étude montrait que les femmes avaient plus souvent des rapports sexuels « pour faire plaisir au partenaire sans en avoir vraiment envie » que les hommes<sup>2421</sup>. Les femmes qui n'ont pas envie d'avoir un rapport sexuel sont plus nombreuses que les hommes à exprimer qu'il leur suffit de dire qu'elles n'en ont pas envie, plutôt qu'il leur arrive de céder<sup>2422</sup>. Ces échanges entre partenaires peuvent en effet être influencés par des stéréotypes de genre sur les besoins sexuels des hommes et des femmes<sup>2423</sup>. Ainsi, « dans cette négociation autour du

---

<sup>2419</sup> D'un point de vue statistique, ces données sont compliquées à exploiter en raison du biais dans le choix de déclaration d'une violence sexuelle subie. C'est le constat fait autant dans l'enquête Cadre de vie et sécurité 2019 que dans l'enquête Genese 2021. Selon la première, les victimes de violences sexuelles hors de leur ménage viennent plus souvent d'une ville et, au sein d'une ville, d'un quartier prioritaire de la ville, elles sont également plus souvent étudiantes, chômeuses et inactives (hors retraités), elles sont aussi plus souvent immigrées et viennent plus souvent d'un milieu modeste. Toutefois, « il est difficile de déduire de façon certaine des constats qui précèdent que le phénomène des violences sexuelles hors ménage est plus prégnant sur tel ou tel type de territoire ou parmi tel type de population car l'information dont on dispose provient des victimes qui ont accepté de parler des violences qu'elles ont subies. Or, celles-ci peuvent avoir des caractéristiques distinctes des victimes qui choisissent de ne pas parler lors de l'enquête. » (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, *Rapport d'enquête « Cadre de vie et sécurité » 2019*, 2019, p. 168-169.) Des constats similaires sur le statut d'activité et le niveau de vie du ménage peut être fait à propos des victimes de violences physiques et sexuelles au sein de leur ménage, le rapport explique qu'il est complexe d'en déduire une conclusion (*Ibid.*, p. 176-177). La même conclusion résulte de l'enquête Gense 2021 (Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, Eurostat, *Panorama des violences en France métropolitaine. Enquête Genese 2021*, 2022, p. 29).

<sup>2420</sup> V. par ex. P. Legouge, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Plaisir sexuel », p. 545.

<sup>2421</sup> 46,6 % des hommes déclarent que cela ne leur est jamais arrivé, contre 22,7 % des femmes. Le cumul des pourcentages de personnes ayant répondu que cela leur était arrivé « souvent » ou « parfois » atteint 51,5 % pour les femmes, contre 24,6 % pour les hommes. En revanche, les hommes sont légèrement plus nombreux que les femmes à avoir répondu que cela leur était « rarement » arrivé (28,7 % contre 25,7 %) (M. Ferrand, N. Bajos, A. Andro, « Accords et désaccords : variations autour du désir », in *Enquête sur la sexualité en France : pratiques, genre et santé*, N. Bajos, M. Bozon, N. Beltzer (dir.), préf. M. Godelier, Paris : La Découverte, 2008, 2016).

<sup>2422</sup> *Ibid.* : respectivement 50,6 % et 31,4 % des femmes et 27,9 % et 25,4 % des hommes.

<sup>2423</sup> *Ibid.* : « Un tiers des femmes “cèdent” quand elles pensent que les hommes ont davantage de besoins sexuels que les femmes, contre un quart quand elles ne le pensent pas. Logiquement d'ailleurs, quand elles considèrent

différentiel de désir, se jouent à la fois les modalités concrètes de la relation, les rapports interpersonnels et la vision des deux partenaires de la légitimité des exigences de l'autre »<sup>2424</sup>. Mais les réponses ne sont pas seulement genrées, elles sont également influencées par le niveau de diplôme, en particulier chez les femmes : « Tout se passe comme si un très bon niveau scolaire allait de pair avec une plus grande capacité à décider de ses rapports sexuels, et surtout à refuser un rapport dont on n'a pas envie »<sup>2425</sup>.

**633.** Le désir sexuel ne répond donc pas qu'à des caractéristiques de genre. Rébecca Lévy-Guillain est ainsi partie d'enquêtes statistiques montrant les facteurs genrés et sociaux du désir pour mener une étude qualitative qui éclairerait ces résultats<sup>2426</sup>. Ses recherches s'inscrivent dans la suite de travaux sociologiques sur le désir qui montrent qu'il n'est pas produit biologiquement mais socialement et qu'il résulte d'un apprentissage et d'expériences sociales. La chercheuse a voulu comprendre l'origine de ces différences dans l'appréhension du désir<sup>2427</sup>. Pour cela, elle a réalisé une analyse qualitative de la socialisation au désir en découpant deux temps : l'apprentissage du désir dans l'enfance et l'adolescence, puis la socialisation au désir à l'âge adulte<sup>2428</sup>. Elle intègre trois facteurs : le genre<sup>2429</sup>, la classe, en distinguant le milieu d'origine (« origine sociale ») et le milieu d'appartenance (« position sociale ») des personnes interrogées<sup>2430</sup> et la génération<sup>2431</sup>. Selon elle, il existe une socialisation genrée du désir, qui est plus approprié par les hommes. Chez les femmes, le milieu d'origine et d'appartenance et la génération jouent un rôle important et différencié<sup>2432</sup>, signe que d'autres facteurs que le genre ont une influence sur la construction du désir sexuel.

---

qu'hommes et femmes ont des besoins semblables, elles sont deux fois plus nombreuses à déclarer qu'il ne leur arrive jamais de ne pas avoir envie d'un rapport sexuel. Du côté des hommes, la conception qu'ils ont des besoins sexuels masculins influe aussi sur leur pratique : ils sont beaucoup plus nombreux à exprimer leur non-désir ou à "céder" quand ils ont une vision égalitaire des besoins sexuels que l'inverse (résultats non présentés). »

<sup>2424</sup> *Ibid.*

<sup>2425</sup> *Ibid.*

<sup>2426</sup> R. Lévy-Guillain, « La fabrique du privilège du désir. L'apprentissage socialement différencié du désir sexuel au croisement du genre et de la classe », *Revue française de sociologie*, vol. 63, n° 1, 2022, p. 7 : « D'après l'enquête "Contexte de la sexualité en France" (CSF), 35,8 % des femmes âgées de 18 à 65 ans contre 22,1 % des hommes du même âge connaissent parfois ou souvent des insuffisances de désir. En outre, les femmes employées ont, toutes choses égales par ailleurs, 1,2 fois moins de chances de faire l'expérience d'insuffisance de désir que les femmes cadres. »

<sup>2427</sup> *Ibid.* : « Ainsi la littérature établit-elle le caractère social du désir en montrant que son objet et sa fréquence sont variables et dépendent de facteurs sociaux. Il s'agit désormais de poursuivre la démonstration en s'intéressant à l'origine de ces différences. Pour ce faire, la suite de l'article est consacrée à l'analyse des mécanismes concrets d'apprentissage du désir. »

<sup>2428</sup> *Ibid.*

<sup>2429</sup> *Ibid.*

<sup>2430</sup> *Ibid.*

<sup>2431</sup> *Ibid.*

<sup>2432</sup> *Ibid.* : « Ainsi, l'article établit, d'une part, que les hommes sont davantage socialisés au désir que les femmes. Il conclut, d'autre part, que la socialisation enfantine et juvénile que connaissent les femmes issues des classes

Dans la première phase, l'enfance et l'adolescence, « les femmes élevées dans des familles appartenant aux classes populaires mais insérées dans des groupes de sociabilités socialement mixtes [...] détiennent le stock de dispositions au désir le plus conséquent »<sup>2433</sup>. La socialisation au désir passe en effet, à l'enfance, par le rapport au corps, qui est plus orienté vers le plaisir dans les milieux populaires et moins contrôlé que dans les classes moyennes et supérieures<sup>2434</sup>. Puis, le désir se forge à l'adolescence autour des pratiques et imaginaires sexuels. Les femmes jeunes qui ont grandi dans un milieu avec un capital culturel élevé sont davantage socialisées au désir<sup>2435</sup>. Dans la deuxième phase, la socialisation au désir a lieu à l'âge adulte et doit contrer un désinvestissement du désir. Cette fois, les femmes évoluant dans un milieu avec un capital culturel élevé vont avoir une socialisation au désir plus forte, notamment en raison de leur lien au féminisme ou au développement personnel<sup>2436</sup> ou de leur « sentiment de légitimité »<sup>2437</sup>. Cette période est également influencée par le rôle explicatif des réseaux sociaux et l'adoption par les partenaires d'une conception « altruiste » et égalitaire de la sexualité<sup>2438</sup>. Ce sont donc les femmes issues des générations plus jeunes et d'un milieu avec un capital culturel élevé qui sont les plus favorisées à l'âge adulte. En conclusion, les femmes « qui semblent le plus privilégiées en matière de désir sont les femmes issues des classes populaires en situation d'ascension sociale et rejoignant le pôle culturel des classes supérieures tandis que celles qui semblent être le plus défavorisées en matière de désir sont les femmes issues du pôle économique des classes supérieures ne rejoignant pas le pôle culturel à l'âge adulte »<sup>2439</sup>.

**634.** Les travaux de Rebecca Lévy-Guillain sont particulièrement intéressants car ils montrent que les déterminants sociaux ont un rôle important dans la construction du désir, mais

---

populaires inscrit plus durablement des dispositions au désir que celle qui s'opère à l'âge adulte, chez les femmes appartenant aux classes moyennes et supérieures, et via l'appropriation de grilles d'analyses féministes ou psychologiques. »

<sup>2433</sup> *Ibid.*

<sup>2434</sup> *Ibid.* : « Parce que le type de rapport au corps forgé au cours de l'enfance influe sur la propension à ressentir les sensations et notamment les sensations agréables, il prépare plus ou moins le terrain au surgissement du désir. » La chercheuse distingue le « corps plaisir », le « corps contrôle » et le « corps anesthésié ».

<sup>2435</sup> *Ibid.* : En effet, « parce que l'appropriation des scripts sexuels et l'acquisition de la technique de couplage entre sensations corporelles et scénarios érotiques sont des éléments essentiels pour être en mesure de déchiffrer son corps, il s'agit de conditions nécessaires pour découvrir le désir ».

<sup>2436</sup> *Ibid.*

<sup>2437</sup> *Ibid.*

<sup>2438</sup> *Ibid.* : « Avec la diffusion du principe égalitaire et de la norme de réciprocité dans la sexualité, les hommes appartenant aux nouvelles générations, notamment lorsqu'ils sont étudiants, ont tendance à embrasser un modèle de sexualité altruiste, tourné vers le plaisir de l'autre. Ces nouvelles références normatives favorisent dès lors la socialisation féminine au plaisir tardive. Au côté de ce premier facteur explicatif, figure un second : la vulgarisation des savoirs sur l'anatomie féminine et le fonctionnement du plaisir féminin sur les réseaux sociaux. Les enquêtées qui sont exposées à ces contenus sont incitées à explorer leur corps, à se masturber et à guider leur partenaire pour maximiser l'intensité perceptive. »

<sup>2439</sup> *Ibid.*

d'une manière plus subtile qu'on l'imagine. En effet, les femmes les plus privilégiées dans la construction sociale du désir sont celles issues d'un milieu populaire, notamment parce que la chercheuse fait l'hypothèse que la période de l'enfance et de l'adolescence joue un rôle plus déterminant que celle de l'âge adulte<sup>2440</sup>. Ainsi, si « les hommes se trouvent toujours dans une position privilégiée (conformément à la structure sociale) », « la reproduction des inégalités est moins nette au sein du groupe des femmes »<sup>2441</sup>.

**635.** Mais, inversement, la même chercheuse relativise dans une autre étude qualitative le rôle de la classe sociale dans l'appropriation d'un cadre de la sexualité plus égalitaire et reposant sur le consentement, contrairement à ce que suggèreraient d'autres travaux de recherche<sup>2442</sup>. Ainsi, « il semblerait que, dans le contexte post-MeToo, la classe sociale ne soit pas le principal déterminant des changements de représentations féminines de la sexualité. Si les transformations des systèmes de sens sont un peu plus fréquentes chez les femmes évoluant dans la fraction culturelle des classes moyennes et supérieures, elles touchent toutefois des femmes issues de tous les milieux sociaux »<sup>2443</sup>. Rébecca Lévy-Guillain met en valeur deux autres explications : « les émotions suscitées par l'expérience de la violence symbolique (et donc les dispositions émotionnelles acquises tout au long de sa vie) et la configuration relationnelle (qui est souvent liée à l'âge de la vie) »<sup>2444</sup>. Cet article est important parce qu'il montre certes que l'appropriation des représentations sexuelles est sociale, mais en remettant en cause une explication à partir de la classe sociale des individus.

**636.** Lors des procédures suite à des violences sexuelles, les autorités publiques déterminent le consentement ou l'absence de consentement de la personne, en particulier de la femme. Cette appréhension dépend elle aussi de la position sociale de la personne.

## 2) *L'appréciation stéréotypée du consentement sexuel par les autorités publiques*

---

<sup>2440</sup> *Ibid.* : « Au regard des résultats statistiques cités en accroche de l'article, on peut même faire l'hypothèse que les socialisations enfantine et juvénile que connaissent les femmes issues des classes populaires inscrivent plus durablement et plus intensément des dispositions au désir que celles qui s'opèrent à l'âge adulte, chez les femmes appartenant aux classes moyennes et supérieures, et via l'appropriation de grilles d'analyses féministes ou psychologiques. »

<sup>2441</sup> *Ibid.*

<sup>2442</sup> R. Lévy-Guillain, « MeToo or not MeToo ? Consentement sexuel et changement normatif au prisme de trajectoires individuelles féminines », *Politix*, vol. 141, n° 1, 2023, p. 47.

<sup>2443</sup> *Ibid.*

<sup>2444</sup> *Ibid.*

**637.** L'évaluation du consentement sexuel par les autorités publiques en cas de procédure pour une agression sexuelle ou un viol peut être stéréotypée. Elle se retrouve prise dans des déterminants de type classe-genre-race.

**638.** Océane Pérona, sociologue, fait « l'hypothèse que [“le travail policier en matière de violences sexuelles dans le contexte français”] n'est pas réductible au sexisme des acteurs mais qu'il est façonné par des logiques professionnelles spécifiques au champ policier, elles-mêmes plus ou moins perméables à des représentations de genre »<sup>2445</sup>. Une analyse qualitative et quantitative auprès des services policiers spécialisés montre que le traitement des plaintes pour viols s'accompagne ainsi de stéréotypes dans l'établissement du consentement sexuel<sup>2446</sup>.

En particulier, « les policiers interprètent les conduites sexuelles en situation en traduisant l'interaction rapportée sous la forme d'un script de sexualité contrainte. Celui-ci repose sur des normes socialement situées qui travaillent les conduites sexuelles féminines et masculines »<sup>2447</sup>. Ces normes sont le produit d'un apprentissage au travail, mais aussi d'une conception construite socialement en dehors du cadre professionnel<sup>2448</sup> et il arrive tout à fait de s'en éloigner<sup>2449</sup>. Les policiers vont en permanence faire dialoguer ces normes avec le cadre juridique du viol qui encadre leur action<sup>2450</sup>. Ces normes sont liées à une représentation genrée et différenciée de la sexualité pour les femmes et les hommes : pour les premières, elle reposerait sur l'amour et le couple, pour les seconds sur le besoin<sup>2451</sup>. En résulte une conception des relations hétérosexuelles où on attend de la femme un comportement qui s'inscrit dans « des normes de retenue, de prudence et de conjugalité »<sup>2452</sup>. En raison de ce scénario, la distance entre la victime et l'agresseur rend d'autant plus crédible l'agression aux yeux des policiers.

---

<sup>2445</sup> O. Pérona, « Les “vrais viols” et les autres. La hiérarchie des enquêtes dans les services de police », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 85.

<sup>2446</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.

<sup>2447</sup> *Ibid.*

<sup>2448</sup> *Ibid.* : « Or les jugements et les pratiques des policiers ne sont pas réductibles à leur seule socialisation professionnelle. Dans la réalisation de leur travail administratif, les agents de l'État activent des dispositions issues de leur socialisation primaire. Plus précisément, le travail policier actualise des dispositions acquises par les agents en amont de leur entrée en fonction. »

<sup>2449</sup> *Ibid.* : « Mais les policiers font aussi preuve de distance vis-à-vis de ces normes et envisagent que les femmes puissent en faire autant. »

<sup>2450</sup> *Ibid.* : « De même, les prescriptions comportementales vis-à-vis des victimes apparaissent cadrées par le droit, par la référence à la notion de surprise et au juge. Les policiers évoluent en permanence dans un univers légal rationnel, y compris lorsqu'ils identifient ou mobilisent des scripts sexuels pour forger leur jugement. »

<sup>2451</sup> *Ibid.* : « Elles [ces normes] associent la sexualité des femmes à l'amour et au couple et celle des hommes au besoin. »

<sup>2452</sup> *Ibid.*



639. Plusieurs constats faits par Océane Pérona soulignent la présence de stéréotypes de genre, mais aussi de classe et raciaux dans les « scripts hétérosexuels »<sup>2453</sup> qui guident le travail des policiers. Premièrement, la proximité relationnelle entre la plaignante et le mis en cause joue un rôle important dans la qualification du viol<sup>2454</sup>. Si l'acte sexuel en cause s'inscrit dans une relation préexistante, il est davantage conçu comme consenti par les policiers. Cette analyse s'applique ainsi aux viols dénoncés dans le cadre d'un couple comme par une personne prostituée<sup>2455</sup> et s'explique par différentes raisons. Parmi elles, on compte notamment pour les viols conjugaux, le défaut de preuve et la peur de l'instrumentalisation<sup>2456</sup>, mais plus largement une conception du travail policier<sup>2457</sup>. Les stéréotypes de genre ne sont pas non plus absents de cette analyse. Elle repose notamment sur une conception de la sexualité féminine légitime dans laquelle « les femmes sont perçues comme échangeant du sexe contre de l'amour, tandis que les hommes sont décrits comme recherchant uniquement leur propre satisfaction sexuelle [...] »<sup>2458</sup>. Le consentement des femmes dans le cadre du couple est ainsi un acquis, de même que la volonté des hommes d'y avoir des rapports sexuels<sup>2459</sup>. Par ailleurs, « les policiers situent

<sup>2453</sup> *Ibid.* : « Les scripts hétérosexuels entre nouveaux partenaires comportent un certain nombre d'étapes dont le franchissement par la femme indique son consentement à l'activité sexuelle. »

<sup>2454</sup> *Ibid.* : « Les policiers ont une appréciation du consentement qui varie suivant la proximité relationnelle des protagonistes. L'entretien d'une relation affective avec le mis en cause déclenche leurs soupçons, tout comme l'existence d'une relation tarifée avec le suspect lorsque la plaignante est une prostituée. Les policiers redoutent l'instrumentalisation de leur intervention à des fins privées, pour obtenir soit un avantage matériel dans une séparation, soit le paiement d'une prestation sexuelle, soit encore pour obtenir réparation d'un comportement non répréhensible mais cavalier. À l'inverse, l'absence de consentement est peu discutée dans les affaires où la distance relationnelle entre les protagonistes est grande, comme lorsqu'une plaignante dénonce un homme qu'elle ne connaît pas. »

<sup>2455</sup> *Ibid.* : « Ainsi, l'entretien d'une relation affective, ou, pour les prostituées, d'une relation de service avec le mis en cause fait que les enquêteurs présument le consentement de la plaignante, d'autant plus que celle-ci a déjà eu des relations consenties avec le mis en cause. La disqualification de ce type de plaintes par les policiers repose sur l'idée que de telles dénonciations ne sont ni authentiques, ni sincères, car elles visent des relations consenties. »

<sup>2456</sup> *Ibid.* : « Ce qui est en jeu pour les enquêteurs, c'est la sincérité et le désintéressement de la plainte. » V. également O. Pérona, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017.

<sup>2457</sup> O. Pérona, « Les "vrais viols" et les autres. La hiérarchie des enquêtes dans les services de police », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 85 : « En s'appuyant sur les données recueillies, cet article met en évidence trois logiques différentes de l'action policière dans les affaires de violences sexuelles : le mystère lié à l'élucidation d'une affaire, la lutte contre de dangereux prédateurs, ainsi que la sévérité de la réponse judiciaire. » *Ibid.* : « Les références à la dangerosité des mis en cause à des fins de hiérarchisation des enquêtes renvoient à différentes logiques d'action policière, plus qu'à des visions stéréotypées de ce qui est un viol et ce qui n'en est pas. Ainsi, les policiers ne jugent pas un viol conjugal moins grave en soi qu'un viol de voie publique. »

<sup>2458</sup> O. Pérona, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017.

<sup>2459</sup> O. Pérona, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017. : « Les femmes sont donc présumées consentantes aux relations sexuelles se déroulant dans la sphère conjugale, puisque celle-ci est le seul cadre dans lequel la sexualité féminine est totalement légitime. Le fait que la sexualité masculine soit perçue comme tournée vers l'assouvissement d'un désir sexuel rend intelligible l'insistance des mis en cause pour obtenir des rapports de la part de leur compagne, sans que cela ne soit automatiquement considéré comme une infraction pénale par les policiers. »

les relations sexuelles au sein d'un ensemble de transactions économiques et affectives »<sup>2460</sup>. Cette manière de penser contribue à entretenir une défiance à l'égard des plaintes pour viol déposées par les personnes prostituées ou dans le cadre du couple<sup>2461</sup>. Ce cadre de lecture transactionnel implique que la plainte constitue « la contrepartie de cette dette non payée »<sup>2462</sup>.

La qualification de viol est à l'inverse davantage prise en compte par les policiers lorsqu'il n'y a pas de proximité relationnelle entre la plaignante et le mis en cause<sup>2463</sup>, ce qui se ressent sur le nombre de témoins entendus<sup>2464</sup>. Cela est dû à l'inconcevabilité plus grande de liens non consentis entre une femme et un inconnu<sup>2465</sup>, mais aussi à une mission de maintien d'ordre public pour les policiers, qui se distingue de la répression de la sexualité non consentie dans la sphère privée<sup>2466</sup>.

**640.** Deuxièmement, les caractéristiques sociales et raciales ont un impact sur l'appréciation des policiers. Plus précisément, les caractéristiques sociales de la déclarante, comme du plaignant, n'ont pas un impact en elles-mêmes. Ainsi, une plaignante issue d'un milieu favorisé socialement ou scolairement ne sera pas davantage crue qu'une personne issue d'un milieu social plus modeste<sup>2467</sup>. En revanche, le lien entre la position sociale de la plaignante et du mis en cause a un impact sur l'opinion que vont se faire les policiers de l'affaire - sans être

---

<sup>2460</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.

<sup>2461</sup> *Ibid.* : « Les policiers situent les relations sexuelles au sein d'un ensemble de transactions économiques et affectives. La proximité des logiques de disqualification des plaintes de femmes visant des conjoints ou celles de prostituées contre des clients réside dans le fait que dans les deux cas, la dénonciation est envisagée comme visant à permettre un gain matériel. L'intrication des relations sexuelles à des échanges monétaires jette le doute sur l'authenticité de toute plainte dénonçant ces mêmes relations comme violentes. Le raisonnement des policiers repose ici sur l'idée d'un cloisonnement strict des sphères monétaires et intimes [...] ».

<sup>2462</sup> *Ibid.*

<sup>2463</sup> *Ibid.* : « À l'inverse, la distance relationnelle entre la déclarante et le suspect rend le viol plus plausible aux yeux des enquêteurs. »

<sup>2464</sup> *Ibid.* : « Plus les déclarantes et les suspects sont proches, moins les enquêteurs entendent de témoins. »

<sup>2465</sup> *Ibid.* : « Dans le procès-verbal de l'audition de Nicolas H., déjà évoquée, Raphaël S. sous-entend qu'il est peu fréquent que les femmes consentent à des relations sexuelles avec des hommes inconnus ou qu'elles viennent juste de rencontrer. »

<sup>2466</sup> *Ibid.* : « Cette opposition entre viols "de voie publique" et viols entre partenaires intimes souligne la force de la logique d'ordre public en matière de gestion policière de la sexualité, comme cela a été déjà montré pour d'autres services. »

<sup>2467</sup> *Ibid.* : « L'attitude des policiers vis-à-vis des plaignantes n'est pas déterminée par les appartenances de classe de celles-ci, ni par leur capital scolaire. Les policiers peuvent se montrer brusques avec des femmes d'un milieu social supérieur ou leur, s'ils estiment que leur plainte n'est pas sincère, comme ils peuvent témoigner de la bienveillance envers des plaignantes moins dotées qu'eux en ressources scolaires. De même, ils peuvent utiliser l'ascendant dont ils disposent dans l'interaction pour soutenir les déclarantes qui ne maîtrisent pas le langage du droit ou pour disqualifier les plaintes qu'ils jugent insincères. »

nécessairement déterminant<sup>2468</sup>. Cela vaut également dans le domaine « ethnoracial »<sup>2469</sup>. Dans les deux cas, les différences de position entre la plaignante et le déclarant rendent le viol d'autant plus crédible aux yeux des policiers : « la distance sociale et raciale entre les individus est un critère de violence pour les policiers »<sup>2470</sup>. Ce script hétérosexuel intègre ainsi les conventions sociales d'homogamie<sup>2471</sup>.

**641.** Le poids du genre, des caractéristiques sociales, raciales et de l'orientation sexuelle n'est pas non plus absent des décisions de justice et des appréciations des juges<sup>2472</sup>. Claire Saas a analysé les décisions de justice relatives au harcèlement sexuel ainsi qu'aux agressions sexuelles et au viol à travers la jurisprudence depuis 1994 et les dossiers de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail. La représentation de la femme victime est stéréotypée : « séduisante mais pudique, sobre, fidèle et hétérosexuelle »<sup>2473</sup>. Dans ce cadre, l'homosexualité de la personne peut jouer en sa défaveur, à nouveau dans une conception stéréotypée de l'individu<sup>2474</sup>. Par ailleurs, le comportement de la femme doit se conformer à des règles, notamment celles de prudence qui étaient évoquées par Océane Pérona<sup>2475</sup> : « l'attitude de la victime est le plus souvent analysée, notamment au regard du consentement, en référence à une femme financièrement indépendante, socialement entourée, et apte à ne pas se trouver ou à s'extirper d'une relation d'emprise ou de sidération »<sup>2476</sup>. Claire Saas a aussi remarqué la présence de stéréotypes raciaux dans les décisions, qui peuvent avoir un impact dans les deux sens<sup>2477</sup>.

---

<sup>2468</sup> *Ibid.* : « Le jugement des policiers ne repose ni sur les seules propriétés sociales de la déclarante, ni uniquement sur celles du mis en cause, mais appréhende les deux de manière conjointe. Les positions sociales de la plaignante et du suspect participent ainsi de l'écriture des scripts pénaux de sexualité contrainte par les policiers : elles en sont des éléments qui orientent la compréhension policière de l'interaction, sans nécessairement emporter le jugement des policiers sur l'affaire. »

<sup>2469</sup> *Ibid.* : « Enfin, les différences d'affiliation ethnoraciale entre les protagonistes participent également du jugement policier sur les affaires [...] ».

<sup>2470</sup> *Ibid.*

<sup>2471</sup> *Ibid.* : « Les propos des policiers renvoient ici aux conventions sociales qui structurent les relations hétérosexuelles, et qui incitent à l'homogamie sociale et générationnelle entre partenaires. »

<sup>2472</sup> C. Saas, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015.

<sup>2473</sup> *Ibid.*

<sup>2474</sup> *Ibid.* : « L'homosexualité de la victime peut ainsi venir perturber le tableau, lorsque certains experts estiment que la plaignante a fantasmé les viols et agressions pour mieux accepter son orientation sexuelle. »

<sup>2475</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.

<sup>2476</sup> C. Saas, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015.

<sup>2477</sup> *Ibid.* : « Ces stéréotypes peuvent jouer dans les deux sens, de la condamnation ou de la relaxe de l'auteur des faits. »

**642.** L'évaluation juridique du consentement de la personne est réalisée sous l'influence de nombreux facteurs parmi lesquels on peut compter des stéréotypes de genre mais aussi de classe et de « race » à partir de la distance sociale entre les personnes, ou des stéréotypes liés à l'orientation sexuelle. Ces stéréotypes semblent être la conséquence d'une représentation elle-même stéréotypée de la sexualité, mais aussi de la représentation de la personne par des tiers.

Les consentements dans le domaine biomédical sont également influencés par la représentation sociale de la personne, mais aussi par des rapports de pouvoir propres aux relations médicales.

## B. Les consentements biomédicaux

**643.** L'influence de la position sociale du patient dans l'expression et le recueil de son consentement est importante, aux côtés de normes véhiculées par le professionnel de santé. Le consentement est en effet recueilli dans le cadre de la relation médicale qui s'inscrit dans un ensemble de normes : parler de la relation médicale, c'est ainsi parler d'un lieu d'exercice du pouvoir de l'institution médicale. Cette conception doit être liée à ce qui a été appelé le « gouvernement des corps »<sup>2478</sup>. Le recueil du consentement intervient dans un moment d'exercice de pouvoirs de différents types qui peuvent être exercés sur le corps. Ces normes et ces pouvoirs s'exercent notamment au regard des caractéristiques sociales, raciales et de genre de la personne. Certains domaines sont exemplaires de la réunion de ces deux problématiques. Il en va ainsi des questions reproductives en général, qui soulèvent des interrogations sur la place du corps des femmes<sup>2479</sup>, ou des contextes coloniaux. Ce contexte n'exclut pas une analyse du consentement à l'aune de la relation individuelle entre médecin et patient et de leurs parcours personnels.

**644.** Dans le domaine médical, les consentements sont donnés à l'intersection de contextes individuels et sociaux complexes. Il s'agit d'observer comment, en pratique, le consentement médical peut s'inscrire dans des relations de pouvoir et être fonction de la position sociale de

---

<sup>2478</sup> G. Mainsant, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Gouvernement des corps », p. 309 ; D. Fassin, D. Memmi (dir.), *Le gouvernement des corps*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004, 2015 ; D. Memmi, *Faire vivre et laisser mourir : le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris : La Découverte, 2003.

<sup>2479</sup> M. Vuille, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Gynécologie », p. 329 ; M. Claro, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Contraception et avortement », p. 159.

la personne<sup>2480</sup>. Trois exemples illustrent la réalité sociale du consentement médical : le dépistage prénatal de la trisomie 21 et les relations entre patient, médecin et normes médicales (1), l'impact de la « race » dans la confiance dans le système médical (2) et l'influence de la position sociale dans les pratiques gynécologiques (3).

1) *Le lien entre consentement, relation au médecin et politiques de santé : l'exemple du dépistage prénatal de la trisomie 21*

**645.** Les observations sociologiques sur le consentement au dépistage prénatal de la trisomie 21 reflètent précisément l'influence des normes médicales sur le consentement du patient.

Une analyse sociologique auprès d'un cabinet d'échographistes en région parisienne a montré que le consentement des femmes enceintes était souvent recueilli simplement implicitement<sup>2481</sup>. Une autre étude avait montré que seulement 24 % des patientes interrogées auraient réellement exprimé un consentement éclairé, en particulier en raison d'un défaut d'information<sup>2482</sup>.

Lors d'une échographie, le consentement au dépistage est demandé à différents moments - avant, pendant, ou après l'échographie - ce qui peut influencer le consentement de la personne, qui a conscience que le médecin détient déjà l'information<sup>2483</sup>. Les entretiens montrent par ailleurs que le recueil du consentement n'est pas toujours explicite : la question est parfois posée indirectement ou avec insistance<sup>2484</sup>. Ces résultats doivent également s'interpréter dans un contexte particulier, car le recueil du consentement s'inscrit dans un conflit de normes dans lesquels se trouvent les praticiens : alors que le consentement préalable à l'examen est préconisé par la Haute autorité de santé, le Comité national technique d'échographie de dépistage prénatal (CNTE) recommande de faire un dépistage systématique<sup>2485</sup>. Ainsi, « suivre les normes du CNTE leur permet de viser l'excellence professionnelle, en apportant aux autres praticiens qui suivront la grossesse une information précise sur un point jugé essentiel, et de se

---

<sup>2480</sup> Sur une analyse des liens entre position sociale de race et santé, v. G. Canselier, S. Desmoulin-Canselier (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies : droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Paris : Société de législation comparée, 2011 et plus particulièrement E. Carde, « La race, de la catégorie sociale à l'objet d'étude épidémiologique », in *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies : droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, G. Canselier, S. Desmoulin-Canselier (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2011, p. 77.

<sup>2481</sup> B. Champenois-Rousseau, C. Vassy, « Les échographistes face au dépistage prénatal de la trisomie 21. Le difficile arbitrage entre excellence professionnelle et éthique du consentement », *Sciences sociales et santé*, vol. 30, n° 4, 2012, p. 39.

<sup>2482</sup> R. Favre, *En quoi le niveau de connaissance médicale et la position des médecins respectent-ils ou non le consentement des patientes dans le cadre du dépistage de la Trisomie 21 ?*, dir. G. Moutel, th. dactyl., Université Paris Descartes, 2007, p. 68 (échographie du premier trimestre).

<sup>2483</sup> B. Champenois-Rousseau, C. Vassy, *loc. cit.*

<sup>2484</sup> *Ibid.*

<sup>2485</sup> *Ibid.*

protéger juridiquement en cas d'éventuels contentieux des parents pour un handicap non décelé »<sup>2486</sup>. D'autres explications peuvent également être avancées pour expliquer les demandes seulement implicites de consentement. Selon les chercheuses qui ont mené cette étude, il faut prendre en compte « le statut exceptionnel de la trisomie 21, devenue emblème du handicap mental dans notre société. Dans toutes les consultations de notre échantillon, l'échographiste mentionne la trisomie 21 sans expliquer en quoi cette anomalie consiste. Il suppose que la femme enceinte la connaît, et la femme ou son compagnon ne posent jamais de question à ce sujet »<sup>2487</sup>. Cette étude montre bien la manière dont le consentement médical n'est pas toujours explicitement demandé par le professionnel de santé, et l'explique par un contexte normatif dans lequel il s'inscrit.

**646.** Cette approche est confirmée par une étude comparative du dépistage de la trisomie 21 par échographie et test sanguin. Carine Vassy observe que le principe du libre choix du dépistage de la trisomie 21 ne conduit pas aux mêmes taux d'acceptation en France, en Angleterre et aux Pays-Bas<sup>2488</sup>. La chercheuse compare les chiffres néerlandais (27 % de dépistage chez les femmes enceintes) et français (84 %) pour comprendre ce qui conduit, face à un cadre juridique pourtant identique<sup>2489</sup>, à avoir des comportements opposés. Selon elle, le recueil du consentement dépend du discours du professionnel de santé<sup>2490</sup>, qui est lui-même modelé par des politiques de santé différentes. Pour cela, elle a mené une enquête en 2008 et 2009 dans le service d'obstétrique d'un hôpital universitaire de la région parisienne et en 2009 dans quatre cabinets libéraux de sage-femmes de deux villes néerlandaises - les sage-femmes libérales assurant classiquement le suivi des grossesses hors complication aux Pays-Bas<sup>2491</sup>.

La consultation en France est en effet marquée par la contrainte du temps, le manque d'information sur le test, la nécessité pour la patiente de communiquer immédiatement sa

---

<sup>2486</sup> *Ibid.*

<sup>2487</sup> *Ibid.*

<sup>2488</sup> C. Vassy, « Le consentement au dépistage de la trisomie 21 : une comparaison européenne », *Actualité et dossier en santé publique*, 2018, n° 105, p. 43.

<sup>2489</sup> *Ibid.* : « Ces différences entre l'Angleterre, la France et les Pays-Bas sont d'autant plus étonnantes que les pouvoirs publics y ont adopté le même cadre éthique pour leur politique sanitaire : toutes les femmes enceintes ont le droit d'utiliser les tests de dépistage de la trisomie 21 fœtale, ainsi que le droit d'avorter en cas de diagnostic confirmé. Le dépistage n'est pas obligatoire. Il est mis à leur disposition. Elles doivent donner leur consentement ou le refuser. Pour éviter que des professionnels de la santé omettent de parler de ces tests en consultation, ce qui constituerait une perte de chance pour des femmes enceintes, les pouvoirs publics ont rendu la proposition de ces tests obligatoire lors de la consultation. Le cadre éthique comprend aussi l'obligation pour le praticien de parler des tests avec neutralité, sans exprimer ses préférences personnelles, pour ne pas influencer le choix des femmes. »

<sup>2490</sup> *Ibid.* : « Dans la lignée de travaux sociologiques antérieurs, nous avons fait l'hypothèse que le consentement de la femme enceinte peut dépendre du discours du praticien en consultation. Les résultats d'enquête montrent que ce discours varie selon les pays. »

<sup>2491</sup> *Ibid.*

décision et parfois, l'orientation possible de la décision par le professionnel de santé (par exemple, en expliquant que le test n'est pas obligatoire, mais recommandé)<sup>2492</sup>. À l'inverse, aux Pays-Bas, la consultation dure plus longtemps, l'information est communiquée très clairement et inclue parfois les effets négatifs, la femme n'a pas à prendre sa décision immédiatement et il n'est jamais indiqué que le test est recommandé. Ainsi, en France, « le consentement des femmes enceintes est considéré comme une évidence »<sup>2493</sup> alors qu'aux Pays-Bas, « les femmes enceintes sont incitées à bien réfléchir avant de consentir »<sup>2494</sup>.

**647.** Or, les deux systèmes de santé présentent des différences importantes à l'égard du dépistage de la trisomie 21, qui expliquent les caractéristiques retrouvées lors des consultations<sup>2495</sup>. En France, le suivi de la femme est médicalisé et effectué par les obstétriciens, ces derniers ont moins de formation sur le dépistage et, lorsqu'ils en ont une, une formation technique, la profession est favorable aux tests et craint notamment les procès qui pourraient avoir lieu pour défaut de diagnostic, les tests sont remboursés, des recommandations contradictoires sur le recueil du consentement ont lieu et des femmes pensent que le test est obligatoire alors qu'il n'est que facultatif<sup>2496</sup>. La conception du test est bien différente aux Pays-Bas : le suivi est assuré par des sage-femmes libérales, une profession « réticente à la médicalisation », le test est entouré de controverses autour de l'eugénisme et il ne pouvait ainsi, jusqu'en 2007, être évoqué auprès de femmes jeunes ou sans antécédents, reposant alors sur leur seule initiative<sup>2497</sup>. Par ailleurs, les tests ont lieu à l'hôpital et sont payants<sup>2498</sup> sauf si la femme a plus de 36 ans. Enfin, la formation des professionnels n'est pas seulement technique mais apprend aussi à adopter une « communication non directive »<sup>2499</sup>.

**648.** Le recueil du consentement est donc largement influencé par le système normatif dans lequel s'inscrit la consultation médicale, le discours du professionnel de santé et l'attitude de la patiente. Ainsi, « le discours des praticiens est influencé par les caractéristiques des systèmes de santé et des politiques nationales de dépistage » et « le principe de libre choix des assurés

---

<sup>2492</sup> *Ibid.*

<sup>2493</sup> *Ibid.*

<sup>2494</sup> *Ibid.*

<sup>2495</sup> *Ibid.*

<sup>2496</sup> *Ibid.*

<sup>2497</sup> *Ibid.*

<sup>2498</sup> *Ibid.* : Ils coûtent 136 euros et peuvent être remboursés par certaines assurances privées.

<sup>2499</sup> *Ibid.*

sociaux est affiché, mais les dispositifs sanitaires engendrent des multiples normes insidieuses »<sup>2500</sup>.

Ce premier exemple permet d'illustrer le lien étroit entre le recueil factuel du consentement et un environnement plus large, fait notamment des politiques de santé. Il doit être complété par l'impact des caractéristiques sociales des individus sur ce cadre.

2) *Consentement, confiance médicale et discriminations : l'exemple de l'impact de la « race » dans le rapport au système de santé aux États-Unis*

**649.** Les patients peuvent faire une expérience médicale différente en fonction de leur « race », ce qui est susceptible d'avoir une influence sur l'expression de leur volonté. Des études étasuniennes ont aussi montré une disparité dans les soins en fonction de la « race » des individus<sup>2501</sup>. Ce type d'études est difficilement réalisable en France<sup>2502</sup>. Toutefois, une publication française suggère par exemple que les discriminations vécues dans le système de santé peuvent ensuite provoquer un non-recours aux soins, en particulier chez les femmes et les personnes issues de minorités raciales et religieuses<sup>2503</sup>. Les patients issus de minorités peuvent exprimer une plus grande défiance à l'égard du système de santé et des soins.

---

<sup>2500</sup> *Ibid.*

<sup>2501</sup> V. parmi beaucoup de publications : Institute of Medicine (US) Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care, *Unequal Treatment: Confronting Racial and Ethnic Disparities in Health Care*, Washington (DC) : National Academies Press, 2003 ; K. Fiscella, M. R. Sanders, « Racial and Ethnic Disparities in the Quality of Health Care », *Annual Review of Public Health*, vol. 37, 2016, p. 375 ; K. M. Birdges, « Implicit Bias and Racial Disparities in Health Care », *Human Rights Magazine*, vol. 43, n° 3, 2018. De manière générale, une revue scientifique étasunienne est consacrée à cette questions, le *Journal of Racial and Ethnic Health Disparities* (<https://www.springer.com/journal/40615>).

<sup>2502</sup> Sur une critique pour les recherches françaises, v. E. Azria et al., « Racisme systémique et inégalités de santé, une urgence sanitaire et sociétale révélée par la pandémie COVID-19 », *Gynécologie Obstétrique Fertilité & Sénologie*, vol. 48, n° 12, 2020, p. 847 ; E. Carde, « De l'origine à la santé, quand l'ethnique et la race croisent la classe », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 27, n° 3, 2011.

<sup>2503</sup> J. Rivenbark, M. Ichou, « Discrimination in healthcare as a barrier to care: experiences of socially disadvantaged populations in France from a nationally representative survey », *BMC Public Health*, vol. 20, article n° 31, 2020, p. 1 : « This study used data from a national population-representative survey to look at the experiences of people who are socially disadvantaged due to gender, immigration, race/ethnicity, and religion, within the healthcare setting in France. We examined rates of reported discrimination and how they may explain disparities in rates of foregoing healthcare among those groups. Overall, our findings suggest that discrimination in healthcare is associated with foregoing medical care, and that this is especially important for women and people in minority racial or religious groups. » En revanche, l'étude n'est pas causale : « First, this was cross-sectional and thus no causal inference regarding discrimination and foregoing health-care can be made - it is for this reason that results are framed in terms of the potential explanatory nature of discrimination. Future studies should consider possible natural experiments or other quasi-experimental designs in order to more rigorously test any causal relation between discrimination and foregoing healthcare. » Notons qu'inversement, la santé est un révélateur d'inégalités et de discriminations antérieures, comme cela a pu être montré dans plusieurs pays, dont la France, avec les patientes et patients atteints de la Covid-19, v. S. Brun, P. Simon (dir.), Dossier « Inégalités ethnoraciales et pandémie de coronavirus », *De facto*, 2020.



Comme le souligne une publication étasunienne de 2003 sur les disparités ethnoraciales dans le soin<sup>2504</sup>, si cette défiance ne constitue pas en elle-même directement une discrimination, elle peut être le produit de discriminations et de violences antérieures, un « héritage de méfiance »<sup>2505</sup>.

**650.** Le faible taux de vaccination au sein de la population noire-américaine a ainsi été lié à cette méfiance à l'égard du système de santé. Une recherche récente menée à UCLA<sup>2506</sup> précise que si le plus faible taux de vaccination et de participation aux essais du vaccin contre la Covid-19 chez les personnes s'identifiant comme noires américaines est en partie liée à la confiance médicale<sup>2507</sup>, les raisons de cette méfiance doivent être précisées. Les médias la lient à une méfiance historique ancrée notamment dans l'expérience de Tuskegee sur la syphilis, expérience réalisée sans information ni consentement d'hommes noirs-américains.

Selon des auteurs « les choses sont en fait plus complexes »<sup>2508</sup>, mais il reste que « Tuskegee est devenu synonyme de “science raciste et meurtrière”. Le scandale est d'autant plus vif qu'il existe une longue histoire de l'utilisation des esclaves noirs pour des expériences médicales aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles »<sup>2509</sup>. Ainsi, Tuskegee occupe une place centrale dans l'histoire américaine en particulier en ce qu'elle témoigne des violences exercées à l'égard des personnes noires-américaines par les institutions médicales.

Cependant, la recherche menée à UCLA montre que la construction de la méfiance face au vaccin ne tient pas à la seule mémoire de cet événement. D'après une première étude, plus que

---

<sup>2504</sup> Institute of Medicine (US) Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care, *Unequal Treatment*, op. cit. note 176. V. aussi, 20 ans plus tard, L. A. Penner, J. F. Dovidio, N. Hagiwara, B. D. Smedley, *Unequal Health : Anti-Black Racism and the Threat to America's Health*, avant-propos D. B. Matthew, Cambridge : Cambridge University Press, 2023.

<sup>2505</sup> Institute of Medicine (US) Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care, op. cit. (“legacy of distrust”) : « *For many racial and ethnic minorities, however, preferences for treatment are often difficult to separate from mistrust of health professions that stems from racial discrimination and the history of segregated and inferior care for minorities (Byrd and Clayton, this volume). Some researchers have not distinguished between these aspects of minority patients' historic experiences and preferences for treatment, and have contrasted “preferences” and racial discrimination as competing explanations for healthcare disparities. This account overlooks the interaction between patients' “preferences” and their experiences of discrimination. As Bloche notes, “For many African Americans, doubts about the trustworthiness of physicians and healthcare institutions spring from collective memory of the Tuskegee experiments and other abuses of black patients by largely white health professionals. This legacy of distrust, which, some argue, contributes to disparities in healthcare provision by discouraging African Americans from seeking or consenting to state-of-the-art medical services, is thus itself a byproduct of past racism”.* »

<sup>2506</sup> K. J. Martin, A. L. Stanton, K. L. Johnson, « Current health care experiences, medical trust, and COVID-19 vaccination intention and uptake in Black and White Americans », *Health Psychology*, vol. 42, n° 8, p. 541.

<sup>2507</sup> L'étude se référant notamment à H. S. Thompson et al., « Factors Associated With Racial/Ethnic Group-Based Medical Mistrust and Perspectives on COVID-19 Vaccine Trial Participation and Vaccine Uptake in the US », *JAMA Network Open*, vol. 4, n° 5, 2021, e2111629.

<sup>2508</sup> F. Bonnet, B. Robert, « La régulation éthique de la recherche aux États-Unis : histoire, état des lieux et enjeux », *Genèses*, vol. 75, n° 2, 2009, p. 87.

<sup>2509</sup> *Ibid.*

la connaissance de Tuskegee, qui n'a pas d'influence sur la vaccination ni sur la confiance médicale, ce sont les expériences négatives des participants dans le domaine de la santé qui sont liées à une confiance médicale plus basse et une plus faible vaccination<sup>2510</sup>. Dans une seconde étude, le taux de vaccination des personnes noires-américaines et des personnes blanches n'était pas marqué par une différence notable. Toutefois, il y est montré que les personnes noires-américaines ressentaient moins d'attention de la part de leur médecin, ce qui était associé à une confiance médicale plus basse<sup>2511</sup>.

Pour les chercheuses, l'idée selon laquelle la défiance médicale provient du passé de violence médicale, notamment Tuskegee, doit être interrogée. Elle empêcherait de voir les problèmes auxquels les populations noires-américaines font face aujourd'hui dans le système de santé. Par ailleurs, elle reposerait sur l'idée que si cette population arrêta de penser au passé, elle se ferait vacciner<sup>2512</sup>.

**651.** Même en estimant que les violences historiques joueraient un rôle implicite dans la défiance des personnes noires-américaines à l'égard du système de santé américain, ces travaux montrent que la confiance est (aussi) le fait de facteurs beaucoup plus contemporains. Il résulte d'une étude canadienne que les personnes qui avaient vécu des discriminations raciales importantes dans le système de santé étaient plus défiantes à l'égard du vaccin, même quand elles avaient une « littéracie de santé »<sup>2513</sup> - l'étude soulignait par ailleurs d'autres facteurs de

---

<sup>2510</sup> K. J. Martin, A. L. Stanton, K. L. Johnson, *loc. cit.* : « In Study 1 (N = 297), Black (relative to White) Americans reported lower vaccination intention (Cohen's  $d = -.55$ ,  $p < .001$ ) and lower medical trust (Cohen's  $d = -.72$ ,  $p < .001$ ). Additionally, less positive health care experiences among Black participants (Cohen's  $d = -.33$ ,  $p = .022$ ) were associated with less medical trust and in turn lower vaccination intention. Tuskegee Study knowledge was not associated with vaccination intention or medical trust. »

<sup>2511</sup> *Ibid.* : « Study 2 (N = 12,757) data revealed no statistically significant racial differences in COVID-19 vaccination receipt or intention. Black (relative to White) Americans reported feeling less cared for by their personal physician (Cohen's  $d = -.44$ ,  $p < .001$ ), which was associated with lower medical trust (Cohen's  $d = -.51$ ,  $p < .001$ ). »

<sup>2512</sup> *Ibid.* : « Framing the reasons for Black Americans' medical mistrust and COVID-19 vaccination hesitancy as stemming from past mistreatment (and the Tuskegee Study specifically) overlooks two important considerations. First, such framing neglects the more proximate, current health care experiences of Black Americans that are likely to inform their health decisions. Second, it presumes that Black Americans are deeply aware of historical injustices. A damaging narrative in popular media as a result of this framing is that if Black people would simply stop focusing on the past, they would get vaccinated. »

<sup>2513</sup> J. M. Cénat et al., « Vaccine mistrust among Black individuals in Canada: The major role of health literacy, conspiracy theories, and racial discrimination in the healthcare system », *Journal of Medical Virology*, vol. 95, n° 4, 2023, e:28738 : « An important aspect to explore was the relationship between the major racial discrimination experienced in the healthcare system and COVID-19 VM. Results first showed that individuals who reported experiencing major racial discrimination in the healthcare system had a higher COVID-19 VM score. The various regression models explored confirmed these results, except when conspiracy theories were added in the final model. However, the mediated moderation model confirms the major role of racial discrimination health services on vaccine mistrust. Indeed, health literacy constituted an important protective factor, but those who experience racial discrimination, although with great health literacy develop vaccine mistrust. »

cette défiance<sup>2514</sup> qui était causée en premier lieu par les théories du complot<sup>2515</sup>. Sans tirer des conclusions hâtives de ces constats, il reste que le consentement médical pourrait être influencé par une défiance à l'égard de la médecine, qui est le produit de discriminations à la fois antérieures et contemporaines.

**652.** Par ailleurs, la prise de décision et la relation entre le médecin et son patient sont influencées par les caractéristiques raciales du patient. Une revue américaine systématique de la littérature à partir de quarante articles scientifiques montre que les patients noirs font l'expérience d'une moins bonne communication avec les médecins que les patients blancs<sup>2516</sup>. Dans ces études, « les patients noirs ont constamment fait l'expérience d'une qualité de communication, d'une délivrance de l'information, d'une participation du patient et d'une décision participative plus pauvres que les patients blancs »<sup>2517</sup>. Si le médecin et le patient avaient une « concordance raciale », la communication était presque toujours meilleure<sup>2518</sup>. Nous retenons en particulier, dans cette revue de littérature, les biais raciaux au niveau de la prise de décision<sup>2519</sup>. Ils permettent de suggérer que le consentement d'une personne noire puisse être moins qualitatif que celui d'une personne blanche.

---

<sup>2514</sup> Comme la « littéracie de santé » ou le lieu de résidence (la méfiance est plus importante lorsque la personne vit au Québec). *Ibid.* : « *This study also revealed that Black individuals living in Quebec had greater mistrust in vaccination against COVID-19 than in other provinces. This is also consistent with the fact that Francophones also had a higher level of mistrust in vaccination against COVID-19 compared to Anglophones.* »

<sup>2515</sup> *Ibid.* : « *In terms of conspiracy theories, this is the most important explanatory factor for the COVID-19 VM in Black communities in Canada.* »

<sup>2516</sup> M. J. Shen et al., « The Effects of Race and Racial Concordance on Patient-Physician Communication: A Systematic Review of the Literature », *Journal of Racial and Ethnic Health Disparities*, vol. 5, n° 1, 2018, p. 117 : « Results from this systematic review demonstrate that the association between patient race (black or white) and patient-physician communication varies across studies, but the majority of the studies support the finding that black patients report poorer patient-physician communication than white patients. ».

<sup>2517</sup> *Ibid.* En revanche, les résultats étaient mitigés pour d'autres facteurs de participation, comme la satisfaction, la durée de la visite ou le ratio temps/parole.

<sup>2518</sup> *Ibid.* : « *Studies were heterogeneous in health contexts and communication measures. Results indicated that black patients consistently experienced poorer communication quality, information-giving, patient participation, and participatory decision-making than white patients. Results were mixed for satisfaction, partnership building, length of visit, and talk-time ratio. Racial concordance was more clearly associated with better communication across all domains except quality, for which there was no effect.* »

<sup>2519</sup> Sur ces études en particulier, *ibid.* : « *There was a total of four studies in which patient participation or participatory decision-making were assessed as communication outcomes. Patient participation was only assessed through observational measures (n=3), which exclusively used the RIAS to code for the presence of total participation and initiated patient participation (Table 6). Participatory decision-making was measured in another study that used patients' perception of their physicians as participatory. Two of the three studies found that black patients had fewer acts of patient participation, were less active participants, and had lower overall initiated patient participation than white patients. One study found no statistically significant differences between black and white patients in patient participation as measured by the RIAS. The one finding examining the effect of racial concordance on participatory decision-making found that patients in race concordant visits rated their physicians as more participatory than did patients in race-discordant visits.* » V. également *ibid.* : « *Similar to partnership building, the four patient participation studies occurred across a variety of specialty settings (HIV/AIDS, cancer, heart disease, and primary care); thus, we were again unable to analyze differences between race and partnership building according to specialty. Of note, however, there was no significant association between race and patient*

**653.** L'ensemble de ces travaux invitent à penser le consentement dans le cadre des inégalités raciales. L'expérience de discrimination d'un patient noir ou issu d'une minorité a un impact sur ses futures décisions médicales. De même, la communication est plus faible lorsque le patient est noir, en particulier dans les cas de discordance raciale. Le consentement de la personne pourrait donc être influencé par sa position raciale.

L'analyse peut être poursuivie dans le domaine de la gynécologie.

3) *La gynécologie comme prisme d'analyse des politiques de santé et du consentement au croisement du genre, de la classe et de la « race »*

**654.** La gynécologie occupe une place particulière pour comprendre le consentement. Spécialité médicale reposant sur le corps des femmes et les fonctions reproductives, elle est à la fois un lieu d'exercice et d'observation de normes genrées et reproductives<sup>2520</sup>. Si l'impact du genre est inhérent à la gynécologie, les caractéristiques raciales et de classe jouent un rôle dans l'appréhension du consentement gynécologique. Cela se vérifie dans des situations diverses, qui vont d'actes médicaux imposés à des pratiques ordinaires peu respectueuses du recueil du consentement. Ces exemples relèvent d'une même logique : l'expression et le respect du consentement sont marqués par la position sociale de la personne.

**655.** En France du moins, la lumière a été mise, à partir de 2014, sur l'absence fréquente de recherche du consentement en gynécologie et en particulier sur la pratique fréquente de touchers vaginaux non nécessaires sous anesthésie, notamment à des fins d'enseignement. La mobilisation féministe a alors allié les travaux sur le consentement sexuel et la norme sur le consentement médical pour fonder ses revendications : « La médiatisation des touchers vaginaux sous anesthésie générale a conduit l'analyse féministe du consentement dans le cadre de la sexualité à s'étendre, pour entrer enfin dans le cabinet médical. »<sup>2521</sup> La critique touche aujourd'hui l'ensemble des cas où le consentement de la femme n'est pas recherché. Les enjeux

---

*participation among the HIV/AIDS patient population whereas black patients in cancer and primary care settings had less patient participation and participatory decision-making than white patients and that racial concordance was associated with more participatory decision making, which is consistent with findings for other communication outcomes. »*

<sup>2520</sup> M. Vuille, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Gynécologie », p. 329. Pour un ouvrage récent sur la gynécologie, v. A. Koechlin, *La norme gynécologique : ce que la médecine fait au corps des femmes*, Paris : Éditions Amsterdam, 2022.

<sup>2521</sup> L. Quéré, « Lutttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 35, n° 1, 2016, p. 32.

éthiques soulevés par ces questions ont conduit le Comité consultatif national d'éthique à rendre un avis en 2023 sur le sujet<sup>2522</sup>. La qualification complexe de ces violences, entre violences volontaires et viols, a justifié un projet de recherche juridique<sup>2523</sup>.

**656.** Dans un rapport du Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes de 2018, l'institution compte, parmi les violences gynécologiques et obstétricales<sup>2524</sup>, les actes commis sans le consentement de la patiente : « introduire un spéculum sans en informer la patiente, pratique d'une épisiotomie sans explication ni recueil du consentement libre et éclairé, toucher les seins d'une femme sans son accord au moment de lui expliquer l'allaitement par exemple... »<sup>2525</sup> Même quand le consentement est formellement recueilli par le praticien, la manière de poser la question peut le disqualifier<sup>2526</sup>. Par ailleurs, la Conférence nationale des Doyens de médecine a réalisé une enquête commandée par la ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes<sup>2527</sup>. Rendue en 2015, elle conclut que le consentement du patient à un toucher pelvien sous anesthésie générale n'est pas recherché dans 20 à 33 % des cas<sup>2528</sup>. L'ensemble de ces violences, parce que propres à la gynécologie et à « la volonté de

---

<sup>2522</sup> CCNE, *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité*, Avis n° 142, 16 févr. 2023.

<sup>2523</sup> Le projet « Les violences gynécologiques et obstétricales saisies par le droit » mené par Anne Simon et Elsa Supiot de 2019 à 2022 (<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-violences-gynecologiques-et-obstetricales-saisies-par-le-droit/>). V. sur ce projet : A. Simon, E. Supiot, « Viol gynécologique : “Une perspective d'évolution de la loi pénale mérite d'être réfléchie” », *Le Monde*, 6 août 2022.

<sup>2524</sup> V. également sur le sujet M. Azcué, L. Tain, « L'émergence du concept de “violence obstétricale” : l'impact du mouvement féministe », *Santé Publique*, vol. 33, n° 5, 2021, p. 635.

<sup>2525</sup> HCE, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme*, Rapport n° 2018-06-26-SAN-034, 2018, p. 37.

<sup>2526</sup> La recherche même du consentement doit elle-même être précisée, la question posée à la patiente n'étant pas toujours neutre. Une recherche, conduite dans le cadre d'un mémoire en maïeutique, auprès de 31 professionnels de santé réalisant un toucher vaginal à une femme enceinte aux urgences gynécologiques et obstétricales ou en salle d'accouchement notait : « Si les taux de conformité atteignaient plus de 85 % en ce qui concerne l'information sur l'intérêt et l'imminence du geste, seulement 64 % des professionnels recherchaient le consentement des patientes par l'intermédiaire d'une question neutre. Ce critère, également peu retrouvé dans la littérature, nous semblait important à relever : en effet, le fait d'induire la réponse de la patiente à travers la façon dont est posée la question pose problème face à la définition du consentement telle qu'elle est décrite dans le CSP. Ainsi, 36 % des professionnels observés recherchaient le consentement par une phrase telle que “je vais vous examiner, vous êtes bien d'accord ?” ou “c'est bon pour que je vous examine ?”. Il nous paraît essentiel de préciser que ces phrases, dont la formulation ne respecte pas la définition du consentement donnée par le CSP, ne sont pas orientées de façon intentionnelle par les professionnels qui les utilisent. » (C. Thévenin, *Toucher vaginal et recherche du consentement : enquête des pratiques professionnelles dans une maternité de niveau III*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'État de sage-femme, dir. E. Gallot, C. Chavette, Université Grenoble Alpes, 2021, p. 31).

<sup>2527</sup> Marisol Touraine.

<sup>2528</sup> Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Communiqué de presse, « Touchers vaginaux et rectaux sans consentement sur patient(e)s endormi(e)s : Marisol TOURAINE reçoit le rapport des doyens de médecine et réaffirme “l'extrême fermeté” de l'État face à des pratiques “inacceptables” », 27 oct. 2015, en ligne : [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/271015\\_-\\_cp\\_-\\_rapport\\_formation\\_clinique.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/271015_-_cp_-_rapport_formation_clinique.pdf).

contrôler le corps des femmes »<sup>2529</sup>, sont marquées par le genre. Le HCE estime ainsi qu'il s'agit d'« actes sexistes relatifs au suivi gynécologique et obstétrical »<sup>2530</sup>.

**657.** L'absence de recueil du consentement pour des actes dans le cadre gynécologique s'analyse également à l'intersection de la position genrée et raciale de la personne<sup>2531</sup>. Nous prendrons ici deux exemples.

**658.** Le premier exemple est celui des stérilisations et avortements forcés à la Réunion, réalisés dans les années 1970. Le critère de consentement ne conditionnait alors pas l'ensemble des actes et traitements médicaux<sup>2532</sup>. Toutefois, cette affaire montre le cas d'un acte imposé à des femmes dans un contexte décolonial, à l'intersection du genre et de la « race »<sup>2533</sup>.

Le contrôle démographique à la Réunion dans l'après-guerre<sup>2534</sup> s'inscrit dans une volonté plus générale de limiter la surpopulation dans des pays du tiers-monde. La Réunion est un

---

<sup>2529</sup> Selon la définition qui en est donnée par le HCE (HCE, *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme*, Rapport n° 2018-06-26-SAN-034, 2018, p. 32)

<sup>2530</sup> *Ibid.*, p. 32 : « Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical sont des gestes, propos, pratiques et comportements exercés ou omis par un.e ou plusieurs membres du personnel soignant sur une patiente au cours du suivi gynécologique et obstétrical et qui s'inscrivent dans l'histoire de la médecine gynécologique et obstétricale, traversée par la volonté de contrôler le corps des femmes (sexualité et capacité à enfanter). Ils sont le fait de soignant.e.s - de toutes spécialités - femmes et hommes, qui n'ont pas forcément l'intention d'être maltraitant.e.s. »

<sup>2531</sup> Nous ne négligeons pas ici l'importance du handicap de la personne et la question centrale de la stérilisation des personnes handicapées, v. E. Fillion, J.-F. Ravaut. *Introduction à la sociologie du handicap. Histoire, politiques et expérience*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2020, p. 194 et s. ; v. aussi CSP, art. L. 2132-2.

<sup>2532</sup> Jusqu'à la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, l'art. 317, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal s'appliquait et incriminait « quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non ». Cette disposition est suspendue pour cinq ans par la loi du 17 janvier 1975 (art. 2).

<sup>2533</sup> Dans cette affaire, l'intersectionnalité sociologique rejoint ici une problématique d'intersectionnalité des mobilisations. Dans un ouvrage consacré à ce sujet, Françoise Vergès parle de « cécité du féminisme » (F. Vergès, *Le ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme*, Paris : Albin Michel, 2017, p. 167 et s.). Elle cherche à « comprendre pourquoi et comment les mouvements sociaux des années 1970, si souvent cité en modèle de pratiques autonomes et de théories émancipatrices, ont adopté la cartographie de la colonialité républicaine, négligeant la centralité des luttes contre le racisme et la présence révélatrice des outre-mer dans la perpétuation des rapports inégaux de dépendance impérialistes » (p. 169-170). Pourtant, cette lecture, comme le reste de l'ouvrage, ont fait l'objet de critiques : « En déduisant d'une seule étude de cas une théorie générale pour tout l'Outre-mer, en diffusant des contrevérités sur l'histoire des féministes et sur l'effectivité des mesures prises par les gouvernements successifs, le livre de Françoise Vergès se situe dans le domaine des "vérités relatives" qui ne font pas bon ménage avec la méthode historique. » (M. Zancarini-Fournel, « Françoise Vergès, *Le Ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme* », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 50, 2019, p. 292.) V. également E. Boulet, « Françoise Vergès : *Le ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme* », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 38, n° 1, 2019, p. 187 : « Si des questions restent ouvertes, et si certaines affirmations de Françoise Vergès méritent selon moi d'être débattues, son ouvrage met en lumière une histoire importante du (post)colonialisme français, à la croisée des rapports sociaux de sexe, de race et de classe. »

<sup>2534</sup> Pour une analyse de la mise en œuvre d'une politique nataliste dans les Antilles, différente de celle menée à la Réunion (M. Paris, « La racialisation d'une politique publique : le contrôle de la natalité à La Réunion (années 1960-1970) », *Politix*, vol. 131, n° 3, 2020, p. 29), v. M. Zancarini-Fournel, « Contraception et avortement

territoire français mais le contrôle de la démographie va être totalement différencié de celui de la métropole<sup>2535</sup> : la politique nataliste encourage les naissances en métropole et les limite à La Réunion<sup>2536</sup>, dans une biopolitique cohérente<sup>2537</sup>. Cette politique s'inscrit dans un « colonialisme de développement »<sup>2538</sup> qui guide la « départementalisation » de La Réunion, dans le cadre d'un contrôle étatique de la population<sup>2539</sup>. À La Réunion, l'État va limiter la « surpopulation »<sup>2540</sup> en contrôlant la fécondité<sup>2541</sup> de manière croissante<sup>2542</sup>. Le contrôle de la natalité à La Réunion constitue alors une politique publique raciale, dont la mise en œuvre a été assurée par des acteurs locaux<sup>2543</sup>. L'augmentation de ce contrôle repose notamment sur un « stéréotype racial » : l'image d'une « sexualité tropicale » incontrôlable<sup>2544</sup>. Dans le cadre de cette politique de contrôle de la fécondité, un contraceptif expérimental, le Dépo-Provera, a par

---

dans les Antilles françaises (Guadeloupe et Martinique, 1964-1975) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 50, 2019, p. 87.

<sup>2535</sup> M. Paris, *Nous qui versons la vie goutte à goutte : féminismes, économie reproductive et pouvoir colonial à La Réunion*, préf. F. Matonti, Paris : Dalloz, 2020, p. 305 : « En France, une approche contrastée de la natalité entre métropole et outre-mer structure le débat démographique. »

<sup>2536</sup> *Ibid.*, p. 306 et s. par ex.

<sup>2537</sup> *Ibid.*, p. 308, à propos des justifications de Michel Debré : « Cette rhétorique médicale définissant le “normal” et le “pathologique” offre une formulation explicite de la biopolitique régissant dans la même dynamique métropole et outre-mer. Elle postule une norme de santé à l'aune de laquelle une population peut être jugée bien portante. L'homme politique se présente ainsi comme un médecin chargé de soigner la population réunionnaise. »

<sup>2538</sup> *Ibid.*, p. 309, reprenant une expression de Frederick Cooper.

<sup>2539</sup> *Ibid.*, p. 310-311 : « À La Réunion en revanche, si la référence au coût économique de la départementalisation est omniprésente dans le discours des démographes, des législateurs et des administrateurs, ce coût semble relativisé par des bénéfices politiques dans la mesure où, sur ce petit territoire intégralement maîtrisé, y compris par la force et la répression, les dispositifs institués dans le cadre de la législation sociale ultramarine permettent de renforcer le contrôle social et politique de la population et de contenir le mouvement anticolonial. Le répertoire développementaliste offre des instruments puissants pour accroître ce contrôle. »

<sup>2540</sup> *Ibid.*, p. 311 et s.

<sup>2541</sup> Sur le contrôle, *ibid.*, p. 313 et s.

<sup>2542</sup> *Ibid.*, p. 314 : « Si le contrôle démographique institué à La Réunion commence en effet par une “campagne discrète”, les espoirs gouvernementaux s'amenuisent peu à peu quant à une “limitation spontanée” des naissances. C'est pourquoi les dispositifs de contrôle des naissances se révèlent de plus en plus coercitifs au fil des années. »

<sup>2543</sup> M. Paris, « La racialisation d'une politique publique : le contrôle de la natalité à La Réunion (années 1960-1970) », *Politix*, vol. 131, n° 3, 2020, p. 29. La chercheuse montre ici la différence avec les Antilles (v. M. Zancarini-Fournel, « Contraception et avortement dans les Antilles françaises (Guadeloupe et Martinique, 1964-1975) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 50, 2019, p. 87) : « Les positions des acteurs intermédiaires sont très différentes à La Réunion. Les élus *créoles* (*i.e.* nés à La Réunion), très majoritairement à droite, et les cadres des administrations - quasi exclusivement des *métropolitains* (*i.e.* nés en France et résidant à La Réunion) - impliqués dans la politique publique antinataliste sont activement soutenus par des acteurs intermédiaires pour la plupart membres de la majorité raciale, bénéficiant du prestige social attaché à la blancheur. Il s'agit principalement de notables créoles, de militants catholiques positionnés à droite, et surtout de médecins majoritairement métropolitains. Ils encadrent les deux principales organisations instituées pour limiter la natalité, à savoir l'AREP (Association réunionnaise d'éducation populaire) et l'AROF (Association réunionnaise d'orientation familiale), créées respectivement en 1963 et 1966. » *Ibid.* : « Cet article a l'ambition de montrer que c'est surtout à ces acteurs locaux qu'incombe le pouvoir de définir les modalités de “la régulation des naissances”. En se focalisant sur les pratiques et les discours des protagonistes de l'AREP et de l'AROF, il entend mettre en lumière la fabrique d'une version réunionnaise de “la femme prolifique du tiers monde”. Il s'agit donc d'examiner le rôle de ces acteurs intermédiaires dans le processus de racialisation de l'action publique, et d'analyser comment leur prisme racial a légitimé des pratiques coercitives, dérogeant aux principes jugés valables en France métropolitaine. »

<sup>2544</sup> M. Paris, *Nous qui versons la vie goutte à goutte : féminismes, économie reproductive et pouvoir colonial à La Réunion*, préf. F. Matonti, Paris : Dalloz, 2020, p. 320 et s.

exemple largement été promu alors qu'il avait des effets secondaires importants. Or, le consentement des femmes à l'injection de ce contraceptif semble avoir été discutable<sup>2545</sup>. Une mobilisation féministe contre le Dépo-Provera s'est développée<sup>2546</sup>.

Dans ce contexte de contrôle racial de la natalité, de nombreux avortements et stérilisations forcés et sans information ont été pratiqués dans une clinique privée<sup>2547</sup>. On a pu parler de pratiques réalisées sans « consentement » des femmes<sup>2548</sup>. La justice a ainsi condamné six médecins et un infirmier<sup>2549</sup> et « à l'occasion de ce procès, les accusés insistent sur l'encouragement qu'ils avaient reçu des pouvoirs publics »<sup>2550</sup>. Le propriétaire de la clinique, qui n'a pas été condamné pénalement mais civilement, était un notable avec des responsabilités politiques<sup>2551</sup>. Pour Myriam Paris, ces avortements et stérilisations forcés « ne sont pas des actes isolés. Ils semblent à l'inverse avoir été encouragés, légitimés et couverts par les pouvoirs publics et par l'ensemble des acteurs impliqués dans le contrôle démographique. Ils résultent d'un contrôle structurellement coercitif et abusif »<sup>2552</sup>. Ces actes ont pu être lus comme un contrôle du corps de femmes dans un territoire colonial et ainsi dans un contexte racial<sup>2553</sup>. Ce premier exemple qui fait partie intégrante de l'histoire française montre que le recueil du consentement a pu être totalement nié dans un contexte à l'intersection de la « race » et du genre.

**659.** Le second exemple est celui des césariennes faites aujourd'hui sur des femmes noires. Dans un article paru en 2021, Colleen Campbell questionne les limites du consentement éclairé

---

<sup>2545</sup> M. Paris, « La racialisation d'une politique publique : le contrôle de la natalité à La Réunion (années 1960-1970) », *Politix*, vol. 131, n° 3, 2020, p. 29 : « Le consentement des femmes a-t-il été pris en compte ? Jacques Luneau note que “souvent, le Depo-Provera a été choisi lorsque le niveau intellectuel était très bas”, tandis qu'un autre médecin admet que ce contraceptif, “il faut bien le dire, s'adressait aux femmes peu motivées (grandes multipares)”. Cet aveu révèle le peu de place laissée au choix des consultantes. Ce contraceptif représente 40 % des prescriptions en 1969, 60 % en 1970. Environ 7 000 Réunionnaises sont concernées par les injections entre 1969 et 1977. Le docteur Luneau reconnaît pourtant dès 1973 qu’“il n'y a que 12,3 % de femmes qui ne se sont pas plaintes de troubles”. »

<sup>2546</sup> *Ibid.* ; M. Paris, *Nous qui versons la vie goutte à goutte : féminismes, économie reproductive et pouvoir colonial à La Réunion*, préf. F. Matonti, Paris : Dalloz, 2020, p. 344 et s.

<sup>2547</sup> M. Paris, *op. cit.*, p. 349 et s. Cette clinique était par ailleurs connue parce que des femmes s'y rendaient pour avorter (*ibid.*, p. 350).

<sup>2548</sup> F. Vergès, *op. cit.*, par ex. p. 9 : « En juin 1970, un scandale éclate à l'île de La Réunion : des milliers d'avortements sans consentement auraient été pratiqués par des médecins, qui auraient prétexté des opérations bénignes pour se faire ensuite rembourser par la Sécurité sociale. » L'expression est utilisée à de nombreuses reprises dans l'ouvrage de Françoise Vergès.

<sup>2549</sup> M. Paris, *op. cit.*, p. 351.

<sup>2550</sup> *Ibid.*

<sup>2551</sup>

<sup>2552</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>2553</sup> F. Vergès, *op. cit.*, p. 119 : « Les avortements sans consentement des Réunionnaises ne sont pas simplement l'histoire d'un abus ou de l'impunité des puissants dans les territoires français d'outre-mer, mais un des exemples de contrôle du corps des femmes racisées dans le monde et des atteintes à la justice sociale. »



au regard des césariennes pratiquées sur les femmes noires aux États-Unis<sup>2554</sup>. Elle le fait dans une analyse critique raciale de la médecine<sup>2555</sup>, qui se conjugue avec la violence de genre dans le domaine de l'obstétrique<sup>2556</sup>. Il résulte en effet de nombreuses études que le taux de césariennes est plus élevé, aux États-Unis, chez les femmes issues de minorités que chez les femmes blanches<sup>2557</sup>. Ce taux reste plus élevé toutes conditions égales par ailleurs<sup>2558</sup>. Or, les césariennes sont accompagnées d'un taux de mortalité plus élevé et il n'est pas corrigé par la classe, c'est-à-dire que les femmes noires éduquées seront davantage accouchées par césariennes que les femmes blanches qui ne le sont pas<sup>2559</sup>. Pour Colleen Campbell, cet exemple illustre un « racisme obstétrical »<sup>2560</sup>. En effet, « les femmes noires sont simultanément surmédicalisées et négligées médicalement » et cette surmédicalisation repose sur une différenciation biologique<sup>2561</sup> selon laquelle les corps des femmes noires sont pathologiques<sup>2562</sup>.

Face aux arguments selon lesquels la césarienne serait un « choix »<sup>2563</sup>, la chercheuse, qui repart du statut de chose de la femme esclave qui ne pouvait consentir<sup>2564</sup>, estime plutôt qu'« il est plus probable que des femmes noires en bonne santé ne se voient pas présenter une liberté de choisir en matière d'accouchement »<sup>2565</sup>. La recherche du consentement de la patiente est ainsi limitée. Cet éloignement de l'attention au patient que représente le consentement est notamment dû à des facteurs extérieurs, comme la crainte du médecin d'être exposé à une action

---

<sup>2554</sup> C. Campbell, « Medical Violence, Obstetric Racism, and the Limits of Informed Consent for Black Women », *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 26, numéro special, 2021, p. 47.

<sup>2555</sup> *Ibid.*, p. 50 : « This Essay thus adopts a critical race analysis of medicine. »

<sup>2556</sup> *Ibid.*, p. 49 : « In addition to the gendered violence in obstetrics, medical racism subjects Black women to medical exploitation and dehumanization. »

<sup>2557</sup> *Ibid.*, p. 60 et s.

<sup>2558</sup> V. notamment les études citées dans l'article (*ibid.*, p. 62 et p. 63) : T. Janevic et al., « Disparities in cesarean delivery by ethnicity and nativity in New York city », *Maternal and Child Health Journal*, vol. 18, n°1, 2014, p. 250 ; S. Bryant et al., « Quality and equality in obstetric care: racial and ethnic differences in caesarean section delivery rates », *Paediatric and Perinatal Epidemiology*, vol. 23, n° 5, 2009, p. 454.

<sup>2559</sup> C. Campbell, *loc. cit.*, p. 70-71, l'autrice citant E. E. Petersen, « Racial/Ethnic Disparities in Pregnancy-Related Deaths - United States, 2007-2016 », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, vol. 68, n° 35, 2019, p. 765.

<sup>2560</sup> C. Campbell, *loc. cit.*, p. 68 (« obstetric racism »).

<sup>2561</sup> *Ibid.*, p. 50 : « In obstetrics particularly, Black women are simultaneously overmedicalized and medically neglected, a paradigm that is an extension of historical medical practices and rooted in the logic of biological race. »

<sup>2562</sup> *Ibid.*, p. 50 : « In making this argument, this Essay also counters the hegemonic biological construction of Black women's bodies as a site of pathology, and instead centers the pathologies of racism and medical violence in the discourse on reproductive health. »

<sup>2563</sup> *Ibid.*, p. 63. Un autre argument rejeté est celui selon lequel le taux plus élevé serait justifié par des facteurs biologiques.

<sup>2564</sup> *Ibid.*, p. 51 et s.

<sup>2565</sup> *Ibid.*, p. 63 : « Instead, it is more likely that healthy Black women are not being presented with freedom of choice when it comes to delivery. »

en responsabilité<sup>2566</sup> et ainsi l'exercice d'une « médecine défensive »<sup>2567</sup>. Le tout conduirait à une « déshumanisation »<sup>2568</sup> des femmes noires.

Cet article offre notamment une critique du consentement qui rejoint celles que nous avons formulées à partir des théories féministes : « Une critique clé de la doctrine du consentement éclairé est qu'elle insiste sur l'agentivité individuelle et la prise de décision. Cette conception formelle et libérale de l'autonomie cache la violence médicale contre les communautés vulnérables. De plus, cela présume que la prise de décision médicale s'opère dans un vide, libre de tout système de pouvoir et d'inégalité. »<sup>2569</sup>

**660.** Cette analyse est-elle transposable en France ? Une étude menée en 2006 sur 2111 dossiers d'accouchements dans la maternité d'un Centre hospitalier universitaire parisien montre que la possibilité ne peut pas être totalement écartée<sup>2570</sup>. Cette étude visait à déterminer si les femmes « Africaines », catégorie racisante utilisée par les soignants comme l'a observé la chercheuse, accouchaient davantage par césarienne et s'il existait une discrimination à ce sujet<sup>2571</sup>. Il s'agissait « d'examiner les pratiques médicales sous l'angle de la construction par les soignants de catégories racisantes de patientes »<sup>2572</sup>.

Il résulte de l'enquête que les femmes nées dans un pays d'Afrique subsaharienne ont un taux de césarienne bien plus élevé que toutes les autres femmes, mais que ce taux pourrait être expliqué par un taux de grossesses pathologiques plus élevé, de pathologies pendant le travail plus élevé, explicable par des césariennes précédentes, et un taux de taille de bassin critique

---

<sup>2566</sup> Cet argument est généralisable à l'ensemble des césariennes aux États-Unis. Alors que le consentement était recherché au XIX<sup>e</sup> siècle, il l'est moins aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles. À partir de l'introduction de la surveillance électronique fœtale, le médecin est orienté et oriente le choix de la patiente par la menace d'un risque physique pesant sur le fœtus. Le consentement ainsi recueilli dans ce cadre peut poser question. Dans les deux cas, l'appréhension du consentement, pourtant opposée, repose sur la même idée : protéger le médecin contre des actions en responsabilité (J. H. Wolf, « Risk and Reputation: Obstetricians, Cesareans, and Consent », *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, vol. 73, n° 1, 2018, p. 7).

<sup>2567</sup> C. Campbell, *loc. cit.*, p. 63-64 : « *In obstetrics for example, physicians often practice medicine defensively, that is, with the constant specter of malpractice liability distorting medical treatment recommendations. This accounts for much of the rise in invasive interventions such as C-sections, which result from women receiving clinical advice from providers without being informed of the non-medical factors behind these recommendations. This not only impairs patients' decisional capacities, it exposes them to medically unnecessary and high-risk interventions primarily to reduce physicians' legal liability. This contributes to the pervasive obstetric violence that routinely exposes women to mistreatment and abuse.* »

<sup>2568</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>2569</sup> *Ibid.*, p. 50 : « *A key critique of the doctrine of informed consent is that it emphasizes individual agency and decision-making. This formal liberal conception of autonomy invariably obscures medical violence against vulnerable communities. Furthermore, it presumes that medical decision-making occurs within a vacuum, unencumbered by systems of power and inequality.* »

<sup>2570</sup> P. Sauvegrain, « La santé maternelle des "Africaines" en Île-de-France : racisation des patientes et trajectoires de soins », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 81.

<sup>2571</sup> *Ibid.*

<sup>2572</sup> *Ibid.*

pour l'accouchement plus élevé dans cette catégorie de patientes<sup>2573</sup>. Toutefois, il reste, après opérations statistiques, « qu'à terme persiste un effet ultime de la racisation de ces femmes sur leur probabilité d'être accouchées par césarienne »<sup>2574</sup>. Par ailleurs, des études dans des services d'obstétrique ont montré que la volonté de prendre en compte un taux de césarienne plus élevé chez cette catégorie de patientes (ou similaire), en ne prenant pas de décision trop rapide, avait permis de le réduire<sup>2575</sup>.

En observant un conflit autour de la césarienne, la chercheuse a ainsi pu montrer l'impact qu'avait la construction d'une catégorie racisante. Si le taux de césarienne plus élevé repose partiellement sur des données médicales, il répond aussi à des normes et a pu, dans d'autres services, être largement diminué lorsque des protocoles ont changé<sup>2576</sup>. Ces recherches ne posent pas la question du consentement, mais montrent que la problématique du consentement interrogée par Colleen Campbell pourrait éventuellement être transposée au cas français des césariennes pratiquées sur des femmes nées dans un pays d'Afrique subsaharienne.

Le consentement des parents à l'adoption de leur enfant est lui aussi influencé par les représentations sociales de la personne qui témoignent de rapports de pouvoir.

### C. Les consentements aux adoptions internes et internationales

**661.** Les consentements des parents d'origine à l'adoption de leur enfant peuvent aussi s'analyser à partir de rapports de pouvoir et d'inégalités de fait. Le consentement des parents à l'adoption plénière extrafamiliale de leur enfant l'illustre très bien, que ce soit en matière internationale ou interne.

**662.** Les adoptions internationales illicites invitent à penser le consentement dans des rapports de pouvoir (1). L'appréciation du consentement aux adoptions internes présente de nombreux angles morts et peut être mieux comprise à travers l'histoire française (2).

#### *1) Les adoptions internationales illicites : penser le consentement dans des rapports de pouvoir*

---

<sup>2573</sup> *Ibid.*

<sup>2574</sup> *Ibid.*

<sup>2575</sup> *Ibid.*

<sup>2576</sup> V. aussi P. Sauvegrain, « Les parturientes "africaines" en France et la césarienne : analyses sociologiques d'un conflit de quatre décennies avec les équipes hospitalières », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 37, n° 3, 2013, p. 119.

**663.** Ces dernières années, des affaires d'adoptions illicites ont été progressivement révélées dans de nombreux pays et concernent à la fois des adoptions nationales et internationales. Le consentement des parents à l'adoption de leur enfant, condition de l'adoption partagée par de nombreux pays<sup>2577</sup>, faisait défaut dans de multiples cas et constitue une des hypothèses d'adoption illicite.

**664.** Fabio Macedo et Yves Denéchère ont ainsi publié une *Étude historique sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France*<sup>2578</sup>. Ces recherches ont été menées à partir de nombreuses sources, dont des archives institutionnelles. Le rapport fait état de pratiques illicites dans le cadre de l'adoption internationale française. Au regard de leurs recherches, les deux auteurs de l'étude interrogent la possibilité d'un « caractère systémique des pratiques illicites dans l'adoption internationale, de la consubstantialité de ces pratiques avec le phénomène lui-même »<sup>2579</sup>. Une mission d'inspection, dont le résultat n'est pas connu à ce jour, a été initiée par trois ministres fin 2022<sup>2580</sup>. Parmi les pratiques illicites en cause, figure « toute absence de consentement de la mère biologique »<sup>2581</sup>.

**665.** Le rapport sur les adoptions illicites témoigne de préoccupations quant à l'obtention du consentement pourtant légalement exigée. Des interrogations sur l'absence de consentement figurent déjà dans un manuel datant de 1965<sup>2582</sup>. L'absence de recueil du consentement constitue une pratique illicite dénoncée par les acteurs. Sur les six associations de personnes

---

<sup>2577</sup> Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, art. 4.

<sup>2578</sup> Y. Denéchère, F. Macedo, *Étude historique sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France*, Université d'Angers, 2023.

<sup>2579</sup> *Ibid.*, p. 137 : « Filières, acteurs véreux, poids de l'argent, problème de consentement sont récurrents même s'ils ne sont pas généralisables à toutes les époques et à tous les terrains. Il semble donc légitime de se poser la question du caractère systémique des pratiques illicites dans l'adoption internationale, de la consubstantialité de ces pratiques avec le phénomène lui-même. D'où la tentation d'en tirer l'axiome selon lequel partout où il y eu adoption internationale, il a pu y avoir pratiques illicites. Ce qui ne signifie certes pas que toutes les adoptions internationales sont entachées de pratiques illicites. »

<sup>2580</sup> Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, Ministère de la Justice, Secrétariat d'État chargé de l'Enfance, Communiqué de presse, « Le gouvernement lance une mission d'inspection sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France », 8 novembre 2022, en ligne : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/actualites-et-evenements/2022/article/le-gouvernement-lance-une-mission-d-inspection-sur-les-pratiques-illicites-dans>, <https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/pratiques-illicites-ladoption-internationale>, <https://enfance.gouv.fr/le-gouvernement-lance-une-mission-d-inspection-sur-les-pratiques-illicites-dans-ladoption> (consulté le 3 févr. 2024).

<sup>2581</sup> Y. Denéchère, F. Macedo., *Étude historique sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France*, Université d'Angers, 2023, p. 13.

<sup>2582</sup> *Ibid.*, p. 25 : « En 1965, l'un des premiers "manuels" français de l'adoption évoque des enfants arrivés en France sans papier, des consentements à l'adoption qui font défaut, l'absence de "traçabilité" des enfants, davantage sous l'angle de la difficulté à régulariser ces situations, qu'en tant que pratiques illicites. »

adoptées qui ont répondu aux chercheurs, quatre mentionnent cette problématique<sup>2583</sup>. Elle fait également partie des pratiques dénoncées par les parents adoptifs à partir des années 1980<sup>2584</sup>. Les signalements des diplomates, qui débutent tôt dans l'histoire de l'adoption internationale, ainsi que leurs échanges, permettent de comprendre des situations dans lesquelles le consentement éclairé pose problème<sup>2585</sup>. La question est ainsi évoquée par le Ministère des Affaires étrangères dans les années 1980, s'inquiétant auprès du ministère de la Justice de l'absence de ratification des conventions internationales<sup>2586</sup>. De même, un rapport publié par l'Académie de la Haye estime que « les trois principales méthodes [de ce trafic d'enfants] sont l'achat, le consentement obtenu par la fraude ou la contrainte et l'enlèvement des enfants » et précise qu'« il peut être difficile dans certains cas de dire si l'enfant a été enlevé ou si les parents biologiques ont donné leur consentement »<sup>2587</sup>. Le chef de la Mission de l'adoption

<sup>2583</sup> *Ibid.*, p. 96 : « À propos des pratiques illicites, une association affirme n'avoir aucune information sur ce sujet et une autre indique que les adoptions ont été légalisées en France. Les quatre autres décrivent de la falsification de documents d'état-civil, l'absence de consentement éclairé de la part de la famille biologique, de la corruption d'intermédiaires et agents publics, du vol et du kidnapping d'enfants. »

<sup>2584</sup> Dans une perspective « stratégique » : « À partir des années 1980, les associations de parents adoptants, associations départementales ou fédération nationale EFA surtout, écrivent et téléphonent souvent aux services ministériels concernés, à la MAI (créée en 1987, qui fonctionne à partir de 1988) pour signaler des irrégularités, des déviances, des abus, des délits. Conscients que ces “affaires” ou “scandales” ternissent l'ensemble de l'adoption internationale, c'est avec un zèle certain que les pratiques illicites les plus grossières (supposition d'enfants, absence de consentement de la mère, trafics...) sont dénoncées. Il s'agit de faire la démonstration que les associations d'adoptants ne tolèrent pas ces pratiques et que les brebis galeuses n'y ont pas leur place. La plupart de ces signalements repose sur des remontées d'information de candidats à l'adoption ou de parents adoptifs. Beaucoup de ces signalements portent sur les sommes d'argent exorbitantes demandées par des intermédiaires français ou étrangers ou sur des pratiques illégales d'intermédiaire de l'adoption. » De la même manière, les OAA ont dénoncé des agissements. (*Ibid.*, p. 136)

<sup>2585</sup> *Ibid.*, p. 136 : « Les diplomates français en poste dans les ambassades et les consulats à l'étranger sont les premiers, dès les années 1960, à s'interroger sur la conduite à tenir face à la nouveauté des adoptions entre pays. L'étude des seules archives du ministère des Affaires étrangères permet ainsi d'appréhender le développement du phénomène en intensité et d'en suivre les évolutions. Très régulièrement, et pour certains d'entre eux avec une belle constance, les ambassadeurs et les consuls alertent le Quai d'Orsay sur des procédures qui ne respectent pas les législations des pays dans lesquels ils sont accrédités ni les règles françaises. Tous ces manquements constituent bien des pratiques illicites. Ils identifient nommément des institutions, des associations et des personnes, françaises ou étrangères. Ils informent le Quai d'Orsay des procédures de police et de justice en cours dans les pays où ils sont en poste. Le ministère des Affaires étrangères accuse réception et relaie les informations vers les autres ministères concernés et les protagonistes de l'adoption internationale. »

<sup>2586</sup> *Ibid.*, p. 55 : « 1982-1983 - Correspondance entre les ministres français des Affaires étrangères et de la Justice. Il est question de se pencher sur les conventions sur l'adoption de La Haye de 1965 et du Conseil de l'Europe de 1967. Le Quai d'Orsay se montre inquiet de la non-ratification de ces textes par la France : “cette situation a abouti à favoriser les déplacements irréguliers d'enfants à travers les frontières en vue d'adoption éventuelle, déplacements qui tendent à se multiplier et dont les auteurs [...] sont fréquemment de simples particuliers”. Le problème du consentement à l'adoption dans le contexte international est également posé. Le ministère de la Justice justifie la non-ratification de ces textes par la France par le fait qu'ils soient désormais datés. »

<sup>2587</sup> *Ibid.*, p. 68 : « 1990 - Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, rédigé par J. H. A. van Loon de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'auteur consacre une partie du rapport aux “abus en matière d'adoption d'enfants provenant de l'étranger : le trafic d'enfants à l'échelle internationale”. Pour lui, “les trois principales méthodes [de ce trafic] sont l'achat, le consentement obtenu par la fraude ou la contrainte et l'enlèvement des enfants”. Il indique aussi que “ces méthodes peuvent se combiner (par exemple on peut exercer une pression sur les parents pour qu'ils vendent leur enfant) ; en outre, il peut être difficile dans certains cas de dire si l'enfant a été enlevé ou si les parents biologiques ont donné leur consentement”. » ; J. H. A. Van Loon,

internationale estime en 1996 que « la question du recueil du consentement » est « l'une des plus préoccupantes qui soient en matière d'adoption internationale »<sup>2588</sup>.

666. Des archives font état de ces inquiétudes de manière plus précise : un document de travail français datant de 1998 et portant sur le Burkina Faso, le Guatemala et le Vietnam questionne la réalité des consentements à l'adoption<sup>2589</sup> ; une note de 1999 de la Mission de l'adoption internationale interroge le consentement de femmes mineures au Vietnam<sup>2590</sup> ; au Népal, les consentements parentaux ne seraient que peu éclairés sur leurs conséquences selon le Ministère des Affaires étrangères en 1991<sup>2591</sup>. Au Guatemala, des documents émanant de l'Ambassade de France en 1998 font état de consentements donnés et d'intermédiaires indiquant ne pas trouver les parents d'origine<sup>2592</sup>, signalent que le recueil du consentement est problématique dans tous les cas<sup>2593</sup>, témoignent de pressions psychologiques et financières sur les parents d'origine questionnant leur décision<sup>2594</sup> ou encore de la préparation de la mère

---

Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, Document préliminaire n° 1 d'avr. 1990, en ligne : <https://assets.hcch.net/docs/be4d3e9b-2907-4970-80db-599feaf2f60b.pdf>, p. 50.

<sup>2588</sup> Y. Denéchère, F. Macedo, *op. cit.*, p. 70 : « 1996 - Lors d'une intervention dans un colloque d'EFA, le chef de la MAI soulève "la question du recueil du consentement" qu'il estime être "l'une des plus préoccupantes qui soient en matière d'adoption internationale". Il utilise des exemples du Vietnam et du Népal pour illustrer ses propos. »

<sup>2589</sup> *Ibid.*, p. 54-55 : « Document de travail établi par la France dans le cadre du Groupe de travail européen sur les principales difficultés rencontrées dans les principaux pays d'origine. Il est ainsi question au Burkina Faso de problèmes autour de la fiabilité du consentement à l'abandon et à l'adoption des parents biologiques recueilli devant notaire. Au Guatemala, il est également relevé des problèmes relatifs au consentement dans les procédures devant notaire et l'entremise d'avocats dont les honoraires s'élèvent entre 8 000 et 15 000 dollars par adoption. [...] Au Vietnam, problèmes concernant le "bien fondé des consentements à l'adoption" pose question ainsi que des "intermédiaires privés qui foisonnent" alors qu'ils sont "interdits par la réglementation locale". »

<sup>2590</sup> *Ibid.*, p. 58 : « 1999 - Note de la MAI sur le Vietnam, alors "première destination pour les candidats français à l'adoption". Plusieurs problèmes sont décelés : [...] "consentements signés par des mères mineures" [...]. »

<sup>2591</sup> *Ibid.*, p. 80 « 1991 - Le Quai d'Orsay invite fortement l'ambassade de France au Népal à encourager les adoptants français à passer par la seule œuvre habilitée : Œuvre de l'adoption de Marseille. Et ce pour éviter une éventuelle "contestations ultérieures", car les adoptions par intermédiaires sont connues pour leurs "éléments peu fiables", et des "consentements à l'adoption données par des parents biologiques souvent peu éclairés quant aux conséquences de cet acte". » (Cote 305PO/2/134.)

<sup>2592</sup> *Ibid.*, p. 81-82 : « 1998 - « Fiche sur les adoptions au Guatemala » réalisée par l'ambassade de France. Un seul agent traite les dossiers d'adoptions alors que leur nombre a connu une progression très importante : 60 dossiers en 1994, 164 en 1997. La procédure locale prévoit un entretien obligatoire au consulat avec la mère ou les parents naturels et avec l'avocat mandataire « afin de déterminer dans la mesure du possible », « la réalité du consentement "et 'la réalité de la filiation'". Mais, des consentements de mères sont obtenus par les avocats avant la naissance afin de pouvoir offrir des enfants très jeunes. "Cet arrangement antérieur à la naissance de l'enfant est illégal pour la France et non réglementé au Guatemala". Par ailleurs, les avocats- mandataires se présentent souvent au consulat sans les parents qu'ils disent ne pas pouvoir retrouver. Des adoptants font pression sur le consulat pour que ces entretiens se passent le plus rapidement possible "aux dates qui leur conviennent, même si leur dossier n'a pas été remis en temps utile à l'ambassade pour la vérification réglementaire et l'octroi du visa". L'ambassade pointe du doigt le MAE qui aurait une responsabilité [...] » (Cote 256PO/2/29).

<sup>2593</sup> *Ibid.* : « 1998 - L'ambassade indique "s'agissant des dossiers instruits par les organismes habilités pour l'adoption, on constate dans la pratique que le problème du recueil de consentement de la mère biologique est comparativement tout aussi important que pour ceux émanant de démarches individuelles" » (Cote 256PO/2/29).

<sup>2594</sup> *Ibid.* : « 1998 - Le rapport d'activité de l'ambassade de France sur les adoptions françaises au Guatemala indique : "la grande difficulté à laquelle toutes les ambassades concernées sont confrontées réside dans la détermination du libre arbitre du parent dans sa décision de donner en adoption son enfant". Et d'évoquer

d'origine aux entretiens, rendant complexe la vérification du consentement - suggérant alors de supprimer les entretiens, tout en convenant que cela ne supprimerait dans tous les cas pas les doutes sur le libre arbitre des parents<sup>2595</sup>. De même, une note de 2001 de l'ambassade de France au Guatemala fait état des problématiques des pratiques de vérification du consentement face aux possibilités de fraude dans le cadre d'un marché de l'adoption<sup>2596</sup>.

Ne sont retracées ici que certaines des inquiétudes quant au recueil du consentement en lui-même. Les abus sont multiples et passent par des pressions, des falsifications de documents, etc. Il faut y ajouter tous les cas d'adoptions forcées, qui recouvrent aussi les pratiques illicites relatives au consentement. Dans ces hypothèses, le consentement du parent n'est jamais demandé et fait donc défaut.

**667.** Le rapport interroge le caractère exceptionnel des adoptions illicites. À l'inverse, « les signalements sont tellement nombreux qu'on peut s'interroger sur l'ordinaire des pratiques illicites et leur caractère systémique »<sup>2597</sup>. Au bout d'une certaine période, les acteurs de l'adoption internationale avaient connaissance de ces pratiques<sup>2598</sup>. Il en résulte que « les nombreuses pratiques illicites mises en lumière dans tel pays, à tel moment, avec tel(s) intermédiaire(s), constituent certes des cas spécifiques, mais aussi génériques comme une réalité banale de l'adoption internationale »<sup>2599</sup>. Les auteurs du rapport soulignent bien toutefois que cela ne veut pas dire que les adoptions internationales sont toutes illicites. Seulement, cette

---

“l'existence de pressions psychologiques, ou plutôt de compensations financières, en général dérisoires, versées à la famille biologique pendant toute la durée de la procédure” » (Cote 256PO/2/29).

<sup>2595</sup> *Ibid.* : « 1999 - L'ambassade fait savoir à la MAI que les entretiens avec la mère biologique ne permettent plus de déterminer la réalité du consentement “puisque que les parents biologiques sont préparés par les avocats à l'entretien”. L'agent chargé de ces affaires estime que “la seule solution, à mon avis, serait le test ADN qui permettrait de déterminer la filiation, mais laisserait toujours un doute la liberté de décision des parents puisque l'on sait qu'ils perçoivent une aide financière”. La MAI indique que ces tests ne peuvent pas être mis en œuvre sur un plan juridique ; 2000 - L'ambassade suggère au ministère de mettre fin à l'entretien individuel compte tenu des limites de cet exercice. La MAI approuve cette décision, ce qui met fin à une pratique institué au début des années 1990. »

<sup>2596</sup> *Ibid.*, p. 58-59 : « 2001, Guatemala - Note de l'ambassade de France au Guatemala sur la question des adoptions effectuées chez les notaires dans ce pays : “le peu de progrès sur la voie souhaitable de la création d'une autorité centrale dégagée pour toujours de l'omniprésence des avocats-notaires, le suivi nécessaire des procédures déjà engagées, incitent à la remise en pratique du contrôle du consentement de l'adoption par des parents biologiques. [...] Cet entretien [avec les géniteurs], consigné par écrit, représente à ce jour la seule parade face au degré de raffinement atteint par ceux qui font de l'adoption un commerce. Il convient d'éviter qu'une famille française n'adopte un jour, en toute bonne foi, un enfant soustrait par la contrainte à sa famille d'origine”. »

<sup>2597</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>2598</sup> *Ibid.* : « Depuis les années 1980 au moins, et notamment de grandes affaires judiciairisées et médiatisées au Pérou ou au Brésil, tous les acteurs structurés de l'adoption internationale étaient au courant de pratiques illicites perpétrées dans l'adoption internationale. Ils ne pouvaient donc pas être inconscients des risques d'infractions afférents à l'adoption internationale. »

<sup>2599</sup> *Ibid.*

« réalité banale »<sup>2600</sup> conduit à s'interroger sur ce à quoi a été réduite, dans les faits, la condition de consentement des parents d'origine.

**668.** Autrement dit, pour penser l'ensemble des pratiques illicites qui ont entouré le consentement aux adoptions internationales, il faut envisager le contexte dans lequel elles ont prospéré. Au-delà de la question complexe des responsabilités respectives, tous ces exemples montrent ainsi que les consentements devaient être recueillis dans un contexte particulier, celui de l'adoption internationale. Plusieurs lectures sont alors possibles.

Une première lecture suppose de penser l'adoption internationale dans une logique de marché<sup>2601</sup>. Alors que la régulation de l'adoption internationale refuserait toute logique de marché, cette dernière serait pourtant omniprésente<sup>2602</sup>. L'adoption internationale obéirait ainsi à des logiques économiques<sup>2603</sup>. Les abus concernant les consentements peuvent être considérés de cette manière, en envisageant la position de classe des parents d'origine. Les compensations financières et les pressions à l'égard des parents peuvent être interprétées en ce sens.

Une autre lecture, qui n'est pas incompatible, peut être menée au prisme des questions raciales. La plupart des pays de provenance des enfants adoptés sont en effet des pays du Sud. Les différents motifs d'adoption s'inscrivaient dans ce cadre, notamment les motifs humanitaires<sup>2604</sup>. Par ailleurs, la question raciale, supposément inopérante en France, innerve la procédure d'adoption<sup>2605</sup>. On peut donc envisager que les consentements des parents d'origine puissent être influencés par la logique raciale qui sous-tendrait l'adoption internationale.

Aujourd'hui se développe d'ailleurs une relecture féministe de l'adoption au regard de ses impacts sur des femmes pauvres issues de minorités raciales. La question reproductive n'aurait été saisie, par les féministes, qu'à partir des questions de la contraception et de l'avortement,

---

<sup>2600</sup> *Ibid.*

<sup>2601</sup> S. Roux, « La circulation internationale des enfants », in *Les marchés contestés : quand le marché rencontre la morale*, P. Steiner, M. Trespeuch (dir.), Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 29 ; S. Roux, « In Their Best Interests. Diplomacy, Ethics, and Competition in The French World of Adoption », *French Politics, Culture & Society*, vol. 38, n° 3, 2020, p. 64.

<sup>2602</sup> S. Roux, « La circulation internationale des enfants » in *Les marchés contestés : quand le marché rencontre la morale*, P. Steiner, M. Trespeuch (dir.), Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 29.

<sup>2603</sup> *Ibid.*

<sup>2604</sup> V. sur ce sujet Y. Denéchère, « L'adoption transnationale entre idéologies, humanitaire et catharsis. Fins de guerres, décolonisation et guerre froide en France et aux États-Unis (1945-1975) », *Annales de démographie historique*, vol. 141, n° 1, 2021, p. 95.

<sup>2605</sup> S. Brun, « Cécité partielle. Procédure d'adoption et *colorblindness* institutionnelle en France », *French Politics, Culture & Society*, vol. 38, n° 3, 2020, p. 40 ; S. Roux, « The Colour of Family Happiness Adoption and the Racial Distribution of Children in Contemporary France, *Social Anthropology* », vol. 25 n° 4, 2017, p. 50.



donc de la maîtrise de la reproduction<sup>2606</sup>. Une autre lecture pourrait ainsi se développer à partir de l'analyse du processus par lequel des femmes blanches et occidentales peuvent chercher à adopter un enfant venant d'une femme d'un pays du Sud. Ce regard-là permet d'opérer une lecture relationnelle des adoptions internationales en soulevant l'asymétrie entre les parents d'origine et les parents adoptifs - sans que cela n'impose de remettre en cause la relation développée entre les parents adoptifs et leur(s) enfant(s). En ce sens, le consentement à l'adoption internationale est donné par un parent d'un pays du Sud, avec des moyens financiers réduits, de genre féminin lorsqu'il s'agit de la mère. Les consentements des parents d'origine peuvent être lus au prisme de cette analyse intersectionnelle et la position sociale des parents d'origine pourrait avoir une influence sur leur consentement.

De manière générale, les adoptions illicites internes comme internationales ont ainsi pu être commises dans un contexte de discrimination, comme le relèvent des institutions de l'ONU<sup>2607</sup>.

**669.** Ces éléments invitent à penser l'ensemble des consentements parentaux donnés à une adoption internationale. Il n'est pas question de comparer des enfants arrachés de force à leurs parents à des consentements effectivement recherchés par les acteurs de l'adoption. Toutefois, l'adoption internationale peut être comprise à travers les représentations sociales de la personne et les inégalités sociales qui la traversent. Elles suggèrent de penser un cadre commun aux adoptions internationales et l'impact de ce cadre sur l'ensemble des consentements des parents d'origine. Cela ne signifie pas pourtant qu'il faille nier leur libre arbitre.

**670.** Ce type d'appréciation est renforcé par le constat que ces abus dans les adoptions internationales doivent être ajoutés à la longue liste d'adoptions qui ont été menées sans le consentement des parents d'origine dans de nombreux pays, dans un système organisé. Comme l'indiquent les auteurs de l'étude, ces actes ont eu lieu dans de nombreux contextes, dans des pays différents, dans des cadres différents, en raison des caractéristiques sociales des parents d'origine. Ainsi, « quels que soient les contextes de catastrophe naturelle, de mal développement ou de crise économique et sociale, de paix ou de guerre, de régimes

---

<sup>2606</sup> V. en particulier L. Briggs, « Feminism and transnational adoption: Poverty, precarity, and the politics of raising (other people's?) children », *Feminist Theory*, vol. 13, n° 1, 2012, p. 81.

<sup>2607</sup> « Discrimination against minorities and indigenous peoples, and gender discrimination and violence based on moral and religious constructs regarding the social or marital status of the mother, have been a key driver of illegal adoptions in several countries. » (Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022.)

démocratiques ou dictatoriaux, à l'échelle locale, nationale ou transnationale, des actes illicites ont pu être commis. Dans certains États, des politiques publiques ont organisé, selon le profil social, politique, de genre ou ethnique des génitrices et des géniteurs, des abandons forcés suivis d'adoptions, des séparations forcées d'enfants de populations autochtones suivies d'adoptions par des populations blanches, mais aussi des enlèvements d'enfants d'opposants politiques suivis d'adoptions »<sup>2608</sup>. Les auteurs donnent de nombreux exemples à cet égard, issus de pays du Sud comme de pays occidentaux<sup>2609</sup>. On retient par exemple qu'en Australie comme en Angleterre, les pressions sur les mères célibataires se sont faites au détriment de leur consentement<sup>2610</sup>. Les dynamiques de pouvoir fondées sur les caractéristiques et les représentations sociales de la personne marquent, ici encore, l'absence de recherche du consentement des familles d'origine.

La réalité du consentement des parents d'origine dans l'adoption internationale amène à interroger ce consentement dans les adoptions internes.

## 2) *Les adoptions internes : angles morts et histoire française*

**671.** Le consentement des parents dans les adoptions nationales pourrait-il être envisagé à l'aune des éléments développés dans le cadre des adoptions internationales ? À notre connaissance, il n'existe aucune étude française sur le consentement des parents à l'adoption

<sup>2608</sup> Y. Denéchère, F. Macedo, *op. cit.*, p. 14.

<sup>2609</sup> *Ibid.* : « Ce fut le cas, par exemple, à différents moments du XX<sup>e</sup> siècle, en Allemagne (vol d'enfants considérés comme "aryens" pendant la Seconde Guerre mondiale), en Angleterre (pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés), en Argentine (vol d'enfants d'opposants politiques pendant la dictature militaire), en Australie (séparation forcée d'enfants de populations autochtones), au Canada (pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés, séparation forcée d'enfants de populations autochtones), au Chili (vol d'enfants d'opposants politiques pendant la dictature de Pinochet, pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés - d'autant plus si elles appartenaient aux populations autochtones Mapuches), en Espagne (vol d'enfants d'opposants politiques pendant la dictature de Franco, pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés), aux États-Unis (séparation forcée d'enfants de populations autochtones), au Guatemala (vol d'enfants d'opposants politiques pendant la guerre civile), au Salvador (vol d'enfants d'opposants politiques pendant la guerre civile), aux Pays-Bas (pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés), ou en Suisse (pression sur les mères célibataires aboutissant à des abandons forcés). »

<sup>2610</sup> House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights, *The Violation of Family Life: Adoption of Children of Unmarried Women 1949-1976*, HC 270, HL Paper 43, Royaume-Uni, 2022, p. 41 et s. : « Most respondents believed that unmarried mothers did not have a meaningful say in the decision to adopt their babies. The pressure from their families, social workers, medical practitioners, the Church, and society at large was such that many vulnerable young, unmarried mothers were made to believe that they had no choice but adoption. » Australian Senate, Community Affairs References Committee, *Commonwealth Contribution to Former Forced Adoption Policies and Practices*, Australie, 2012, p. 54 et s. « This inquiry is about forced adoption. As such, most of this section on women's experiences of consent to adoption relates to some element of force. The committee heard accounts from women who gave consent without being advised of their options, who gave consent under duress, who revoked consent and were not given their baby, and in some cases, who reported not giving consent at all. »

de leur enfant. On peut simplement noter que dans les archives examinées dans le rapport de Fabio Macedo et Yves Denéchère, qui ne se centre que sur l'adoption internationale, il est fait mention de la possibilité de pratiques illicites concernant des adoptions internes<sup>2611</sup>.

Une étude sociologique menée au Québec soulignait que « [les intervenants] souhaitent d'abord arriver à sensibiliser les parents d'origine à la situation de l'enfant et à les convaincre de signer un consentement à l'adoption »<sup>2612</sup>. La discussion entre services sociaux et parents semble ainsi destinée à atteindre la solution jugée la meilleure pour l'enfant. Cela témoigne d'une procédure de recueil du consentement orientée vers un résultat : l'obtention du consentement. L'étude montrait que certains parents refusaient toutefois l'adoption notamment en raison de ses conséquences juridiques et symboliques sur le lien de filiation qui est rompu<sup>2613</sup>. Un rapport français suggérait lui aussi que l'obtention du consentement des parents soit un objectif, qui puisse être favorisé à la suite d'une discussion avec l'Aide sociale à l'enfance<sup>2614</sup>.

**672.** Par ailleurs, l'adoption intervient dans un contexte familial complexe : les sénateurs communistes soulignaient dans les années soixante et soixante-dix l'imbrication des politiques de l'adoption dans les politiques sociales. Selon eux, les cas familiaux qui mènent à une prise en charge par l'aide à l'enfance ou un abandon et *in fine* une adoption sont à la fois des cas de

---

<sup>2611</sup> Y. Denéchère, F. Macedo, *op. cit.*, p. 54 : « Carton 21 : Questions de principe : 1974 - Note de la Fédération nationale des associations de foyers adoptifs (FNAFA) "sur les trafics et sur les méthodes utilisées pour échapper aux dispositions légales en matière d'adoption par la voie des recueils directs et des fausses déclarations d'état civil". Cette note dénonce des actes illicites commis en France dans le cadre d'adoptions nationales. » (Archives du MAE, Centre des archives diplomatiques de la Courneuve, Fonds Mission de l'adoption internationale, Dossiers généraux, 1972-1992, Cote 2106INVA.) V. également *ibid.*, p. 86.

<sup>2612</sup> D. Chateaufort, « L'adoption en contexte de protection de l'enfance : profils et trajectoires d'enfants pris en charge à la naissance », *Recherches familiales*, vol. 12, n° 1, 2015, p. 137 : « La concrétisation d'un projet d'adoption demande beaucoup d'énergie aux intervenants qui, lorsqu'ils constatent que les critères juridiques et conditions cliniques sont réunis pour concrétiser un projet d'adoption, souhaitent d'abord arriver à sensibiliser les parents d'origine à la situation de l'enfant et à les convaincre de signer un consentement à l'adoption. De nombreux efforts sont déployés pour faire cheminer le parent et l'amener à privilégier la stabilité et l'intérêt de son enfant. L'obtention du consentement à l'adoption exige la mobilisation des intervenants qui doivent non seulement amener les parents biologiques à avoir une réflexion en regard de l'avenir de leur enfant, mais qui doivent aussi sensibiliser les parents d'accueil à la possibilité de signer une entente morale. »

<sup>2613</sup> *Ibid.* : « La plupart du temps, le chemin qui mène à l'adoption est long et exigeant pour toutes les parties impliquées. Cela s'explique aussi par le fait que l'adoption est décisive sur le plan juridique et aussi très chargée sur le plan symbolique et émotif. En effet, la rupture totale des liens qu'elle occasionne sur le plan légal rend plusieurs parents biologiques réfractaires à l'idée de consentir à l'adoption, et ce même lorsqu'ils n'entretiennent pratiquement plus aucun contact avec l'enfant. Dans plusieurs cas, les parents d'origine sont en mesure d'observer et de reconnaître les bons soins prodigués par la famille d'accueil à leur enfant, mais refusent d'envisager l'adoption, principalement parce qu'ils craignent de ne plus jamais voir l'enfant et aussi parce que l'adoption continue d'être associée à l'abandon d'un enfant, un acte considéré inacceptable d'un point de vue social. »

<sup>2614</sup> A. Gouttenoire, I. Corpart, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Ministère de la Famille, 2014, p. 86 : « Un travail avec les familles pourrait permettrait probablement à certaines d'entre elles d'évoluer et d'accepter le projet d'une adoption, plus facile à envisager que le prononcé d'un délaissement judiciaire. »

maltraitance ou de problèmes d'éducation et des cas de difficultés « économiques et sociales »<sup>2615</sup>. Or, ils estiment que, dans la deuxième hypothèse, l'aide de l'État aux familles d'origine est prioritaire<sup>2616</sup>. Il existe donc un discours autour de l'adoption selon lequel la volonté des parents serait impactée par leurs conditions de vie.

**673.** En outre, la réalité de l'adoption plénière extrafamiliale minimise très largement le rôle du consentement : en 2018, seules 2 % des adoptions plénières réalisées par des couples sans lien avec l'adopté se produisaient avec le consentement des parents d'origine<sup>2617</sup>. Souvent, les adoptions ont donc lieu sans l'expression de la volonté des parents.

Lorsque la filiation de l'enfant admis comme pupille de l'État est établie, les parents ont pu faire l'objet d'un retrait de l'autorité parentale ou d'une déclaration judiciaire de délaissement qui les privent de la possibilité de donner leur consentement<sup>2618</sup>. La réforme de 2022 ne modifie pas drastiquement cet état de fait : le consentement à l'admission comme pupille de l'État emportant consentement à l'adoption n'est requis que lorsque les parents à l'égard desquels la filiation est établie remettent leur enfant à l'Aide sociale à l'enfance. Or, seuls 8,5 % des enfants pupilles de l'État au 31 décembre 2021 avaient été admis par cette voie<sup>2619</sup> ; en 2021, ils étaient 7 % de l'ensemble des pupilles à avoir été admis par cette voie. Pour le reste des pupilles de l'État, aucun consentement parental à l'adoption n'est exigé si un projet d'adoption est envisagé<sup>2620</sup>.

---

<sup>2615</sup> JO Sénat n° 17, séance du 14 avr. 1976, p. 542 (intervention de Catherine Lagatu).

<sup>2616</sup> JO Sénat n° 17, séance du 14 avr. 1976, p. 541 et s. (intervention de Catherine Lagatu) ; JO Sénat n° 22, séance du 1<sup>er</sup> juin 1966, p. 673 et s. (intervention de Louis Namy) ; JO Sénat, n° 5, séance du 22 janv. 1963, p. 112 (intervention de Louis Namy).

<sup>2617</sup> Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 19. 69 % sont des adoptions de pupilles de l'État avec un consentement du conseil de famille (*ibid.*, p. 18-19). V. également *ibid.*, p. 25.

<sup>2618</sup> Les articles 348 et s. du Code civil excluent le consentement parental lorsque le parent a perdu ses droits d'autorité parentale. Par ailleurs, la Cour de cassation a indirectement précisé que les conséquences étaient les mêmes en cas de déclaration judiciaire de délaissement : « si le délaissement parental concerne un seul parent, le consentement à l'adoption de l'autre parent, qui n'est pas privé de ses droits d'autorité parentale, doit être recueilli ». En effet, « bien que ce texte [l'article 347, 3° du Code civil] ne comporte pas de précision à cet égard, il ne saurait être interprété en ce sens qu'il autorise l'adoption d'un enfant, dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents, en présence d'un délaissement parental déclaré judiciairement à l'endroit d'un seul parent, si l'autre, qui n'a pas perdu ses droits d'autorité parentale, n'a pas donné son consentement » (Cass., avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007, 19-70.008, publié). Dans les cas où la filiation est établie, une décision judiciaire est ainsi requise (pour la déclaration judiciaire de délaissement parental, v. C. civ., art. 381-1 et s. et ONPE, *La situation des pupilles de l'État. Enquête au 31 décembre 2021*, 2023, p. 14 ; pour le retrait de l'autorité parentale, v. C. civ., art. 378 et s. et ONPE, *op. cit.*, p. 14).

<sup>2619</sup> ONPE, *op. cit.*, p. 14.

<sup>2620</sup> *Ibid.* : soit pour les enfants pupilles de l'État au 31 décembre 2021, en particulier les 56,2 % d'enfants admis suite à une déclaration judiciaire de délaissement parental et les 8,5 % d'enfant admis suite à un retrait de l'autorité parentale, mais aussi les 17,7 % d'enfants admis pour absence de filiation et les 9 % d'enfants admis car orphelins.

674. D'un point de vue historique, il ne faut cependant pas oublier un cas important dans lequel des adoptions ont eu lieu dans un contexte où le respect des droits parentaux est aujourd'hui questionnable, sans que les adoptions n'aient pourtant été illicites. Cette affaire est habituellement désignée comme l'affaire des « Enfants de la Creuse » : « Planifiée en 1962, cette transplantation de mineurs, dans le cadre de l'Aide sociale à l'enfance (ASE), conduite par la DDASS, service de l'État jusqu'en 1984, a fait circuler avec un "aller sans retour" 2 015 mineurs de La Réunion vers 83 départements de la France hexagonale. »<sup>2621</sup> Le rapport rendu en 2018 à la Ministre des Outre-mer ne fait pas mention des questions de consentement et rejette l'hypothèse d'un trafic d'enfants<sup>2622</sup>. En revanche, il montre qu'au cœur du dispositif se trouve la question de l'intérêt de l'enfant et du choix entre l'adoption ou une prise en charge en foyer ou un placement familial<sup>2623</sup>. Le rapport pose la question de l'adoptabilité de ces enfants et donc de l'acte d'abandon<sup>2624</sup>, à laquelle s'ajoute la parole complexe des parents intervenue *a posteriori*<sup>2625</sup>. Il semblerait, selon le rapport que, les pratiques relatives à la rupture des liens entre la famille et l'enfant aient évolué au cours du temps. La rupture du lien avec les parents aurait, par le passé, été envisageable sous des conditions plus souples qu'aujourd'hui

---

<sup>2621</sup> W. Bertile P. Ève, G. Gauvin, P. Vitale, *Les Enfants de la Creuse : idées reçues sur la transplantation de mineurs de La Réunion en France*, Paris : Le Cavalier Bleu, 2021, p. 11.

<sup>2622</sup> P. Vitale, W. Bertile, P. Eve, G. Gauvin, *Étude de la transplantation de mineurs de La Réunion en France hexagonale (1962-1984)*, 10 avr. 2018, p. 216 et s.

<sup>2623</sup> *Ibid.*, p. 217 : « Il aurait été sans doute possible de laisser les enfants grandir dans les foyers ou dans des placements familiaux (dont on a souligné par ailleurs les insuffisances et les limites), mais la réalité de l'adoption à laquelle sont confrontés les acteurs des services sociaux montre que plus l'enfant est âgé, plus il est difficile de lui trouver une famille. » *Ibid.*, p. 218 : « Ne valait-il pas mieux alors les faire adopter plutôt que de les laisser grandir avec cette "étiquette" à porter, dans le cadre de "foyers casernes" ou de placements nourriciers dont les acteurs sociaux eux-mêmes connaissent les limites ? Intervenir dans l'urgence au risque de briser des vies en pensant les sauver ou bien se draper du droit à la non-ingérence en laissant des "enfants en danger" ? Nos entretiens nous ont montré que c'était une des questions des plus importantes que se sont posées les acteurs sociaux de l'époque en charge de l'adoption. Et nul n'est pour nous de refaire l'Histoire ou de se convaincre, *a posteriori*, de ce que nous aurions pu ou du faire. Expliquer n'est pas excuser. Et comprendre n'est pas toujours dénoncer sans saisir les différentes logiques à l'œuvre dans un phénomène social, aussi tragique soit-il que celui qui concerne notre rapport. » V. aussi *ibid.*, p. 166.

<sup>2624</sup> Le rapport se penche aussi sur la question de l'accouchement sous X (« Les accouchements sous X ont-ils été une façon d'enlever des enfants pour les transplanter dans l'Hexagone ? ») (*ibid.*, p. 225 et s.).

<sup>2625</sup> *Ibid.*, p. 222.

pendant une période<sup>2626</sup>. Toutefois, le rapport constate aussi que les services n'ont pas procédé pour autant à l'abandon à la légère<sup>2627</sup>.

**675.** Dans son ouvrage consacré à la question, Ivan Jablonka montre quant à lui que le transfert des enfants s'est exercé dans la légalité mais, pour les enfants qui n'étaient pas orphelins, avec des pressions de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS) sur les parents<sup>2628</sup>. Ainsi, « le meilleur critère est ici la capacité de résistance des familles : or, en raison de la misère, de l'analphabétisme et de la rouerie de la DDASS, elle est nulle »<sup>2629</sup>. Il y a alors un « légalisme subtil qui entoure la migration des pupilles », qui se fonde sur des règles de droit existantes, sur la priorisation de l'intérêt de l'enfant, certes douteux. On le comprend difficilement parce que notre conception de la protection de l'enfant et de la vie familiale a changé dans les années 70<sup>2630</sup>, comme le notait ensuite le rapport précité. Ainsi, au nom de l'intérêt de l'enfant, des pratiques de séparation ont eu lieu de manière probablement légale, les règles existant depuis bien longtemps en droit français. C'est la départementalisation qui intègre La Réunion dans le champ d'application de ces règles, qui permet le transfert des enfants réunionnais en métropole<sup>2631</sup>. De la sorte, « la migration enfantine est donc la traduction

---

<sup>2626</sup> *Ibid.* : « Les circonstances dans lesquelles les enfants se sont retrouvés en situation d'adoption ne peuvent être remises en cause lorsqu'il s'agit d'orphelins. Elles peuvent se retrouver contestées aujourd'hui lorsque l'enfant a été déclaré "abandonné" de fait par le service social ou la justice, avec des pratiques qui ont varié sur ce point des années 1960 aux années 1980. Un relevé des dossiers en fonction de chaque assistant(e) social(e), qui pour des raisons diverses peut prendre la responsabilité de justifier l'éloignement de la famille naturelle, soulignerait sans doute les pratiques abusives de l'un(e) ou de l'autre. De même que la pratique générale des services, au moins jusqu'au milieu des années 1970, pour des raisons considérées à l'époque comme valables, était de couper le plus possible les liens entre l'enfant et la famille jugée par nature incompétente sur le plan éducatif et "moral". Autres temps, autres pratiques, autres conceptions de l'enfant. Cette conception est également valable et appliquée pour l'ensemble des départements français. »

<sup>2627</sup> *Ibid.*, p. 223 : « on constate sur de nombreux cas, répartis sur l'ensemble de la période, que le service social insulaire hésite avant d'intervenir ou de constater l'abandon des parents. On est bien loin de l'image du ramassage systématique des enfants qui traînent dans les rues ».

<sup>2628</sup> I. Jablonka, *Enfants en exil : transfert de pupilles réunionnais en métropole (1963-1982)*, Paris : Seuil, 2007, p. 192 : « La procédure est peut-être fondée sur un abus de confiance, mais elle reste dans le cadre de la loi, puisque les parents finissent par signer. »

<sup>2629</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>2630</sup> *Ibid.*, p. 193-194 : « Il est aujourd'hui malaisé de comprendre le légalisme subtil qui entoure la migration des pupilles. Car, dès la fin des années 1970, la loi et les pratiques changent : à la Réunion comme en métropole, la DDASS ne cherche plus à disqualifier les parents. Désormais, les services sociaux estiment que les "absents" doivent être consultés sur le choix du placement : les liens sont "maintenus et le retour dans la famille recherché dans toute la mesure du possible". Certains proches, ceux que les Anglo-Saxons appellent les *significant others*, peuvent être associés aux décisions. Cette révolution explique les trésors de pédagogie que les services sociaux doivent aujourd'hui déployer pour faire comprendre au public les ressorts de l'action passée. À l'époque, on pensait : "Ils ont de mauvais parents, mettons-les à distance." »

<sup>2631</sup> *Ibid.*, p. 194 : « Pour sauvegarder les enfants, la DDASS a donc brisé délibérément les liens de famille, tenu en lisière de pauvres gens illettrés, immatriculé à tout va ; mais elle est restée dans les frontières du droit, et il n'est même pas dit que son action ait violé l'esprit des lois. Les retraits opérés sur l'île et les procédures d'envoi en métropole correspondent en effet à des dispositions présentes depuis des décennies, voire des siècles, dans le droit français. Celles-ci ne sont appliquées à la Réunion qu'à partir de la départementalisation. »

humaine de la départementalisation ; elle illustre les ravages que la loi républicaine a provoqués en déferlant sur l'ancienne colonie. Son caractère destructeur va donc de pair avec sa légalité : le scandale, en éclatant, masquera ce paradoxe »<sup>2632</sup>.

**676.** L'analyse d'Ivan Jablonka souligne tout de même que ce transfert ne s'inscrit pas dans un contexte déconnecté d'un cadre social. Bien souvent, des pressions sont exercées sur les parents qui sont affaiblis en raison de leur position sociale. À cela s'ajoute le contexte post-colonial de cette affaire. Ainsi, les faits s'inscrivent notamment dans la longue histoire de l'assistance publique<sup>2633</sup>, mais ils s'inscrivent aussi dans une autre histoire, parce qu'ils ont la particularité d'avoir été organisés par l'État dans une ancienne colonie, devenue territoire périphérique. S'ils diffèrent bien des migrations d'enfants dans les pays anglo-saxons avec lesquelles on serait tenté de faire la comparaison, des similitudes persistent et éclairent cette histoire<sup>2634</sup>. Ainsi, « au XX<sup>e</sup> siècle, les deux plus grands Empires coloniaux, la France et la Grande-Bretagne, se sont servis d'un stock d'enfants pour mener à bien des politiques d'intérêt national, au mépris de leurs attaches familiales et culturelles. À un moment où l'État-providence en voie de constitution n'est pas capable de prendre en charge les enfants de familles pauvres, des institutions étatiques et privées forgent un néo-impérialisme à justification philanthropique prétendument fondé sur l'« intérêt de l'enfant » »<sup>2635</sup>.

**677.** L'analyse de l'auteur témoigne de la lecture en termes de pouvoirs de cette affaire : pouvoirs d'État, rôle de la classe sociale, pouvoirs post-coloniaux.

La possibilité d'une telle analyse factuelle de nombreux consentements conduit à se demander si l'analyse doit être élargie à l'ensemble des consentements effectivement recueillis. Le mépris du consentement pourrait alors être conceptualisé comme un « déni de reconnaissance ».

## **§2. Le mépris du consentement comme « déni de reconnaissance »**

**678.** Les constats faits à partir des études féministes ou intersectionnelles qui visent certains types de consentements peuvent être généralisés à tous les consentements en droit des personnes **(A)**. L'existence de l'ensemble des inégalités sociales affectant les consentements mérite d'être expliquée comme traduisant un « déni de reconnaissance » **(B)**.

---

<sup>2632</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>2633</sup> *Ibid.*, p. 238 et s.

<sup>2634</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>2635</sup> *Ibid.*

A. La généralisation des inégalités sociales affectant les consentements

**679.** Les exemples précédents couvrent une diversité de situation : entre un consentement totalement ignoré au point de dissimuler un acte et un consentement effectivement recherché mais dans un contexte d'inégalités sociales, il existe une vraie différence qu'il est important de souligner. Il reste que ces exemples soulignent une réalité : les consentements sont donnés dans des contextes d'inégalités et de rapports de pouvoir. Cela est dû autant à la position sociale de la personne qu'au rôle actif d'individus investis d'un pouvoir ou qu'à des relations structurellement dominées.

**680.** D'autres exemples s'inscrivent dans la continuité des analyses précédentes. On peut prendre pour illustration le divorce par consentement mutuel. Cet exemple témoigne d'une part de la difficulté d'exprimer un consentement au sein d'un couple composé d'une femme et d'un homme en raison de l'équilibre genré des pouvoirs au sein du couple, et d'autre part de la faiblesse du contrôle de ce consentement par les juges, qui entérinent ainsi un consentement portant le poids d'inégalités de genre.

Des enquêtes sociologiques ont été conduites dans des tribunaux, lorsque l'accord des époux devait encore être homologué dans tous les cas. Les sociologues montrent que les magistrats sont contraints par le temps, du fait des moyens accordés à l'institution judiciaire, et que cette contrainte impacte les accords<sup>2636</sup>. Les magistrats homologuent en effet quasi-systématiquement les accords et sans exercer un contrôle étendu dessus, le limitant à l'intérêt de l'enfant<sup>2637</sup>. Le Code civil prévoit certes depuis 2005 que « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé »<sup>2638</sup>, la même règle prévalant pour les accords sur l'autorité parentale<sup>2639</sup>. Mais les magistrats ne contrôlent que l'accord exprimé par les époux devant eux, même si la négociation peut aller à l'avantage de l'autre. Rappelons sur ce dernier point que le juge « peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que

---

<sup>2636</sup> Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples : enquête sur des affaires familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013 ; E. Curinier-Bilant, S. Gollac (dir.), *Justice et inégalités au prisme des sciences sociales*, Paris : Mission de recherche droit et justice, 2020, p. 121 et s.

<sup>2637</sup> Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples : enquête sur des affaires familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013

<sup>2638</sup> C. civ., art. 232. De 1976 à 2005, le texte énonçait : « Le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a donné librement son accord. Il homologue, par la même décision, la convention réglant les conséquences du divorce. »

<sup>2639</sup> Article 373-2-7, al. 2 : « Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. »



la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux »<sup>2640</sup>. La loi suggère ainsi de ne pas s'arrêter à l'accord apparent de l'époux mais à son consentement « libre », sa volonté « réelle ». Il demeure que ce consentement est le produit d'une négociation entre époux qui est très peu contrôlée.

Comme le soulignent les sociologues, en donnant une nette préférence aux accords, quasiment toujours validés, « la justice avalise alors la loi du plus fort, quand on sait que les armes des hommes et des femmes ne sont pas égales au sein du couple (notamment en termes de revenus, de patrimoine, d'emprise du temps de travail domestique, parental et professionnel) »<sup>2641</sup>. Ainsi, « l'homologation des accords conduit [...] à reproduire les inégalités entre les hommes et les femmes au sein des couples »<sup>2642</sup>. L'introduction d'un divorce par consentement mutuel sans juge<sup>2643</sup>, si elle est difficile à évaluer<sup>2644</sup>, échappe à la pression régulatrice d'un passage devant le juge<sup>2645</sup>. Désormais, les dynamiques de pouvoir qui irriguent les couples ont un impact décisif : pour les questions patrimoniales, « en consentement mutuel, l'issue des négociations [...] dépend désormais exclusivement des rapports de forces entre époux, des rapports de forces entre les avocat·es qui les assistent (sachant que l'ex-mari et l'ex-épouse n'ont pas les mêmes moyens financiers de les rémunérer) et des habitudes professionnelles du notaire qui s'occupe de la liquidation »<sup>2646</sup>.

**681.** De la même manière, la maîtrise de la vie privée peut dépendre des rapports de pouvoir entre la personne concernée et le responsable de traitement. Le RGPD envisage cette inégalité de fait dans son considérant 43. Il y estime que le consentement n'est pas libre « lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement » et vise spécifiquement l'hypothèse où une « autorité publique » recueille le consentement<sup>2647</sup>. Le Comité européen de la protection des données y intègre également le cadre général des relations

---

<sup>2640</sup> C. civ., art. 232, al. 2.

<sup>2641</sup> Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples : enquête sur des affaires familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013.

<sup>2642</sup> Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples : enquête sur des affaires familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013, p. 56.

<sup>2643</sup> Rappelons que cette procédure ne s'applique pas en présence d'un enfant mineur qui demande à être entendu par le juge (C. civ., art. 22-2, 2°).

<sup>2644</sup> C. Bessière, S. Gollac, *Le genre du capital : comment la famille reproduit les inégalités*, Paris : La Découverte, 2020, p. 221.

<sup>2645</sup> *Ibid.* : « Or le passage devant le JAF ne constitue plus, désormais, un horizon permettant aux avocat·es et aux notaires de faire entendre à leurs client·es les droits de l'autre conjoint·e ou de tempérer leurs demandes. »

<sup>2646</sup> *Ibid.*, p. 221-222.

<sup>2647</sup> RGPD, cons. 23 : « Pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière. »

de travail au regard de la « dépendance » qui les caractérise<sup>2648</sup>. Il ne limite par ailleurs pas la qualification du déséquilibre à ces deux premiers cas. En effet, « le consentement ne sera pas libre lorsque tout élément de contrainte, de pression ou d'incapacité d'exercer un véritable choix sera présent »<sup>2649</sup>. Le Comité prend donc bien en compte l'existence d'inégalités de fait entre les personnes qui peuvent entourer le consentement. En même temps, les deux exemples de l'inégalité face aux autorités publiques et dans la relation de travail témoignent de l'interprétation étroite et économique de ces inégalités. Dès lors, c'est bien la capacité du droit à répondre aux inégalités de fait qui innervent le consentement au croisement de la classe, du genre et de la « race » qui doit être interrogée.

**682.** La question est d'autant plus pertinente que les rapports de pouvoir identifiés dans les consentements sexuels, biomédicaux et à l'adoption pourraient être généralisables à l'ensemble des consentements. Il s'agit de l'apport des théories relationnelles de l'autonomie, « qui reconnaissent que les décisions des participant·e·s ne sont jamais prises dans un contexte exempt d'influence externe »<sup>2650</sup>. L'expression de la volonté serait dans tous les cas influencée par des facteurs externes. Ils tiendraient à la fois à la relation dans laquelle est donné le consentement et à la position sociale de la personne de manière plus générale. Cela a par exemple été soulevé à propos du consentement à la recherche<sup>2651</sup> et peut être étendu aux exemples précédemment étudiés. La relation dans laquelle est donné le consentement peut être une relation de pouvoir, par exemple en impliquant un médecin, un membre de l'Aide sociale à l'enfance, ou une personne identifiée comme un homme. Le comportement de l'individu qui donne son consentement au sein de cette relation de pouvoir ou de toute autre relation est aussi construit par ses positionnements de classe, de genre, de « race », lesquels sont tous des constructions sociales. Ces analyses remettent ainsi en cause une conception de l'autonomie de

---

<sup>2648</sup> Tout en estimant qu'il peut être donné librement dans certaines situations : « Cela ne signifie toutefois pas que les employeurs ne peuvent jamais avoir recours au consentement en tant que base juridique pour le traitement de données. Il peut exister des situations où l'employeur est en mesure de démontrer que le consentement est de facto donné librement. Vu le déséquilibre des rapports de force entre un employeur et les membres de son personnel, les employés ne peuvent donner librement leur consentement que dans des situations exceptionnelles, lorsqu'absolument aucune conséquence négative ne résultera de leur refus de donner leur consentement. » (G29, *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679*, WP 259, 28 novembre 2017, version révisée et adoptée le 10 avril 2017, p. 8.)

<sup>2649</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>2650</sup> S. Handfield, « “Je comprends pas, signe à ma place” : autonomie relationnelle et consentement dans la recherche en déficience intellectuelle », *SociologieS*, 2020, n° 25.

<sup>2651</sup> *Ibid.*, n° 26 : « [...] dans un contexte d'autonomie relationnelle, le ou la chercheur·e a la responsabilité éthique de promouvoir l'autonomie des participant·e·s non pas en ne leur proposant aucun avantage indu, mais au contraire en contribuant dans la mesure de ses capacités au développement de conditions matérielles, sociales et structurelles permettant l'expression de leur autonomie, au sein de la recherche mais aussi dans l'ensemble de leur vie ».

la personne fondée sur sa rationalité et sur la seule prise en compte de facteurs qui nuiraient à une prise de décision rationnelle, comme une mauvaise information de la personne.

**683.** L'expression de la volonté de l'individu dans une relation interindividuelle peut ainsi être le produit d'un apprentissage social, en particulier des normes de genre. Manon Garcia montre par exemple la manière dont les femmes sont éduquées à être soumises. La soumission ne désigne pas la domination directe, mais l'apprentissage par les femmes de leur propre soumission. Cela signifie, pour ce qui nous concerne, que le consentement sera effectivement donné, sans une pression particulière, mais qu'il sera le fruit de la domination structurelle des hommes sur les femmes. Ainsi, « les normes de féminité sont des normes de soumission »<sup>2652</sup>. Cette construction sociale éclaire les rapports sexuels entre un homme et une femme, mais peut aussi éclairer l'ensemble des situations dans laquelle une femme doit exprimer sa volonté. Car, en effet, « on attend des femmes qu'elles prennent soin de leur entourage, qu'elles soient généreuses, altruistes, gentilles, en somme qu'elles fassent passer les besoins et les désirs des autres, et en particulier des hommes, avant les leurs »<sup>2653</sup>.

**684.** L'éducation à la soumission, qui est un produit d'une domination des hommes sur les femmes, a donc un impact sur la prise de décision, lequel peut influencer le parcours de vie de chaque personne. Une recherche sur le terrain et en laboratoire a par exemple montré que les femmes négociaient moins que les hommes : quand une proposition monétaire leur est faite, elles tendent plus à l'accepter sans demander à ce qu'elle soit augmentée. Ces résultats seraient liés à une éducation, dès le plus jeune âge, à faire plaisir aux autres et à une mauvaise perception, au sein de l'entreprise, des femmes qui négocient<sup>2654</sup>. De même, une autre étude<sup>2655</sup> montre que les femmes proposent, se font proposer et acceptent davantage que les hommes les

---

<sup>2652</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 182.

<sup>2653</sup> *Ibid.*, p. 182-183.

<sup>2654</sup> L. Babcock et al., « Nice Girls Don't Ask », *Harvard Business Review*, vol. 81, n° 10, 2003, p. 14. V. aussi, plus généralement sur le sujet, L. Babcock, S. Laschever, *Women Don't Ask : Negotiation and the Gender Divide*, Princeton : Princeton University Press, 2021.

<sup>2655</sup> L. Babcock, M. P. Recalde, L. Vesterlund, L. Weingart, « Gender Differences in Accepting and Receiving Requests for Tasks with Low Promotability », *American Economic Review*, vol. 107, n° 3, 2017, p. 714. L'étude est conduite sur le terrain et à travers des expériences : « *On the supply side, we report on field and experimental studies. The field data show that relative to men, women are significantly more likely to respond favorably to requests to undertake a task with low promotability. While this field evidence helps motivate our research question, it does not help determine why a gender gap in willingness to engage in low-promotability tasks exists. Turning to the laboratory we conduct five experiments to determine whether gender differences in the propensity to volunteer arise when incentives are better controlled, and to determine what drives such differences.* » (*Ibid.*, p. 742.)

tâches qui permettent le moins leur avancement<sup>2656</sup>. Ces résultats sont notamment dus à la conviction, partagée par toutes et tous, que les femmes accepteront davantage ces tâches, et non aux préférences des participantes et participants<sup>2657</sup>. Or, ces décisions contribuent à ralentir la progression des femmes dans leur milieu professionnel.

L'inégalité sociale qui imprègne les consentements peut être conceptualisée comme un déni de reconnaissance.

## B. Un déni de reconnaissance

**685.** Une première analyse des inégalités sociales consisterait à disqualifier le consentement. L'ensemble de ces développements éclaire les ambiguïtés du caractère « libre » du consentement, caractéristique qui lui est bien souvent associée dans la loi. Dans une lecture contractualiste, le consentement doit être libre de tout vice du consentement et on parle alors d'actes très particuliers : une erreur, un dol, de la violence. Dans une lecture à la lumière des inégalités structurelles qui façonnent notre position sociale et des relations de pouvoir entre individus, le consentement est rarement « libre » de toute influence externe.

Un tel choix se révèle pourtant limité. Il se focalise en effet sur la construction de la volonté de la personne. Les inégalités sociales imprégnant le consentement se jouent pourtant dans la nature profondément intersubjective de ce dernier.

**686.** Le consentement peut en effet être conceptualisé à l'aune de la relation unissant une personne qui recueille le consentement et une autre qui le donne. Dans les nombreux exemples étudiés, le consentement représente toujours une condition prévue par la loi. Une personne doit recueillir le consentement de l'autre.

---

<sup>2656</sup> Ibid., p. 742 : « Much research has been conducted to understand gender differences in the labor market. We add to this literature an understanding of differences in the allocation of tasks that while helping the group, place the individual performing the task at a relative disadvantage (low-promotability tasks). In a series of studies we find consistent evidence that women, more than men, perform such tasks. The difference arises both from demand and supply as women more than men are asked to perform such tasks and more frequently accept requests to perform such tasks. » Ibid., p. 744 : « In our research we find that, relative to men, women are more likely to volunteer, more likely to be asked to volunteer, and more likely to accept direct requests to volunteer. These results suggest that the allocation of tasks with low promotability may differ even when there are no gender differences in ability and preferences. The resulting differences in task allocations can create barriers to the advancement of women in organizations and in society as a whole. » Pour une définition des « high-promotability tasks » et « low-promotability tasks », v. *ibid.*, p. 714 : « Of particular interest is whether, relative to men, women spend less time on tasks that are likely to influence their performance evaluations (high-promotability tasks) and more time on tasks that, while benefiting the organization, are less likely to affect their evaluation and career advancement (low-promotability tasks). »

<sup>2657</sup> Ibid., p. 743.

Maxence Christelle propose ainsi de décentrer le regard du consentement pour le porter sur la relation dans laquelle il s'inscrit<sup>2658</sup>. Le consentement serait en effet mieux compris au sens étymologique de « sentir-avec », en référence à *cum sentire*. Cette étymologie et les origines philosophiques du consentement renverraient à l'interaction que le consentement suppose : « les utilisations contemporaines du concept ont ceci de commun qu'elles mettent souvent de côté la dimension de contact, de lien du consentement, pour privilégier d'autres usages »<sup>2659</sup>. Le consentement constituerait un « ressenti personnel », mais aussi un « opérateur de socialisation »<sup>2660</sup>.

**687.** Les inégalités sociales marquant le consentement se jouent précisément dans ce rapport. Le consentement est conçu comme une formalité dans bien des cas par la personne qui le recueille. Bien souvent, l'obtention du consentement représente un objectif et le refus de consentement semble constituer un échec. Dans la perspective qui a cours aujourd'hui, la personne qui recueille le consentement cherche à l'obtenir en estimant qu'il s'agit de la meilleure solution. À l'inverse, la personne qui le donne peut avoir le sentiment de ne pas avoir été respectée. Ces rapports sont influencés par les représentations sociales de la personne. L'objectif d'obtention du consentement diffère en effet selon la manière dont l'individu est considéré. Autrement dit, la personne recueillant le consentement ne cherche pas, dans bien des cas, à prendre en considération la personne face à elle pour respecter pleinement sa volonté. En ce sens, toutes les personnes peuvent être concernées. Mais certaines le sont plus que d'autres. Les femmes, par exemple, sont moins considérées dans les rapports sexuels : le recueil de leur consentement constitue bien souvent une formalité et non une attention portée à leur volonté. Il en va de même dans les cas de violences gynécologiques ou obstétricales ou d'adoptions illicites : la représentation sociale de la personne a une influence sur l'attention portée à sa volonté. Or, le déni de respect de la volonté de la personne peut revenir à nier son identité même. La construction du sujet de droit a en effet été élaborée autour de l'expression de sa volonté par la personne<sup>2661</sup>.

---

<sup>2658</sup> Pour le reste, l'analyse de Maxence Christelle ne rejoint pas tout à fait la nôtre. Souligner, comme il le fait, le ressenti commun des deux personnes qui donnent leur consentement élude une réalité différente en droit des personnes. Il apparaît que la loi impose fréquemment qu'un seul individu doive donner son consentement, l'autre ayant simplement l'obligation de le recueillir. Mais son approche n'est pas moins nécessaire en ce qu'elle décale le regard habituellement porté sur le consentement.

<sup>2659</sup> M. Christelle, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie emotivo-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, p. 878, n° 1802.

<sup>2660</sup> *Ibid.*, p. 65, n° 125 : « le consentement apparaît comme un concept qui souligne l'individualisation, puisqu'il est avant tout un ressenti personnel, mais aussi un opérateur de socialisation dans la possibilité offerte à un moment d'être en harmonie avec un extérieur à soi-même ».

<sup>2661</sup> G. Aïdan, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022, p. 193 et s.

**688.** S’aidant des travaux de la philosophie critique, il est possible de conceptualiser les inégalités sociales affectant le consentement comme traduisant un déni de reconnaissance de la personne<sup>2662</sup>. La philosophie contemporaine porte en effet une attention particulière à la « souffrance sociale »<sup>2663</sup>. Ce prisme d’analyse permet d’aller au-delà de la théorie rawlsienne de la justice sociale<sup>2664</sup> à travers de « nouvelles perceptions de l’injustice »<sup>2665</sup>. Les théories de la reconnaissance dépassent la problématique du « respect égal et impersonnel des droits et des libertés de chacun »<sup>2666</sup>. Elles posent une question morale, celle de « l’injustice et de la domination »<sup>2667</sup>. Or, précisément, « la reconnaissance se laisse alors surtout saisir dans son absence, dont les modalités sont l’humiliation, la discrimination, le mépris, la disqualification, l’invisibilité, et les effets, la constitution d’un soi amputé ou déformé, qui place l’individu dans l’incapacité de se vivre et d’agir comme un être autonome »<sup>2668</sup>. Cette analyse explique pourquoi le consentement semble si souvent lié à un sentiment d’injustice.

**689.** L’inclusion des personnes suppose à l’inverse « la lutte contre l’humiliation » et « l’importance de la reconnaissance »<sup>2669</sup>. Cette analyse offre une perspective pour élaborer une conception juridique du consentement. Elle permet en effet de ne pas disqualifier le consentement sous prétexte que la personne serait régulièrement dépourvue de libre arbitre.

Le problème se révèle en effet bien classique : « Au fond, la question du consentement sexuel est analogue à celle du libre arbitre, qui voit s’opposer l’idée que les individus peuvent choisir leurs actes, et par conséquent en sont moralement responsables, et l’idée que nos actions sont déterminées par les lois de la nature et par les lois sociales. »<sup>2670</sup> Manon Garcia applique ce

---

<sup>2662</sup> Pour une application du déni de reconnaissance à la relation médicale, v. M. Gaille, « L’expérience du déni de reconnaissance dans la relation médecin/patient. La signification politique et morale de la relation de soin au prisme de la théorie de la reconnaissance selon A. Honneth », *Le Temps philosophique*, 2009, n° 13, p. 89. V. aussi M. Gaille-Nikodimov, N. Foureur, « “L’humanité”, enjeu majeur de la relation médecin/patient. Y a-t-il une violence intrinsèque à la situation de soin ? », in *La philosophie du soin : éthique, médecine et société*, L. Benaroyo, C. Lefève, J.-C. Mino (dir.), Paris : Puf, 2010, 2014, p. 189 ; M. Membrado, « La confiance et les enjeux de la reconnaissance dans l’interaction médecin-patient en médecine générale », in *Les négociations du soin : les professionnels, les malades et leurs proches*, S. Pennec, F. Le Borgne-Uguen, F. Douguet (dir.), Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2014, 2019.

<sup>2663</sup> C. Audard, *Qu’est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009, p. 517.

<sup>2664</sup> *Ibid.*, p. 513 et s.

<sup>2665</sup> *Ibid.*, p. 515.

<sup>2666</sup> *Ibid.*, p. 513.

<sup>2667</sup> H. Guéguen, O. Voirol, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Reconnaissance », p. 1417.

<sup>2668</sup> E. Ferrarese, « Postface. La reconnaissance, le tort et le pouvoir », in *Qu’est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, N. Fraser, Paris : La Découverte, 2011, p. 159.

<sup>2669</sup> C. Audard, *op. cit.*, p. 515.

<sup>2670</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021 p. 199.

dilemme au consentement sexuel, mais nos analyses montrent qu'il pourrait s'appliquer à tous les consentements. Dans tous les cas, il existe une ambivalence entre un consentement déterminé par son environnement social et un consentement dont nous sommes convaincus qu'il est « choisi » ou « voulu »<sup>2671</sup>.

Or, reconnaître la part de ce qui est choisi dans l'expression du consentement serait fondamental. Dans le cas du consentement sexuel, il s'agirait de « ne pas rejouer l'injustice consistant à ne pas prendre [la parole des femmes] au sérieux » et de reconnaître « que nous avons tous une marge de liberté par rapport aux normes de genre si l'on veut penser que les hommes ont une responsabilité individuelle dans les violences sexuelles qu'ils commettent. »<sup>2672</sup>. Cette analyse, au regard de tout ce qui précède, peut être élargie aux consentements en droit des personnes.

Considérer la part de choix de la personne permet ainsi non seulement de ne pas appliquer une deuxième fois un rapport d'inégalité en dénigrant la volonté exprimée par la personne, mais aussi de prendre au sérieux le rôle de l'individu qui ne respecterait pas ce consentement. Le droit pourrait ne pas choisir entre les deux conceptions, mais les prendre en compte toutes les deux. Cela reviendrait à respecter que la personne exprime sa volonté et puisse avoir tous les outils lui permettant de donner un consentement qui correspond à ses choix, ses valeurs, ses décisions ; et, dans le même temps, à reconnaître que cette volonté est imprégnée des relations de pouvoir qui innervent la société et à lutter contre ces rapports de pouvoir.

Répondre aux inégalités du consentement par le prisme de la reconnaissance permet de ne pas chercher à répondre à la problématique de la volonté de la personne en s'interrogeant sur son libre arbitre, pour lui préférer une approche relationnelle.

**690. Conclusion de la Section 2.** Les consentements sont conditionnés par la position sociale des individus, c'est-à-dire par la représentation sociale de leur identité. Des exemples dans le domaine sexuel, médical et de l'adoption en témoignent. L'analyse peut être élargie. En effet, ces inégalités sociales peuvent être conceptualisées comme des « dénis de reconnaissance ».

**691. Conclusion du Chapitre 1.** Examiner la réalité des consentements permet de constater qu'ils sont traversés par des inégalités sociales. Les comprendre impose de modifier notre approche du consentement pour étudier les multiples rapports de pouvoir qui s'y jouent.

---

<sup>2671</sup> *Ibid.*

<sup>2672</sup> *Ibid.*

Exprimer sa volonté traduit une ambivalence permanente entre des rapports de pouvoir directs et indirects et la singularité des choix personnels. L'intérêt de s'attacher aux inégalités sociales affectant le consentement est de traduire l'existence de « dénis de reconnaissance ».

Ceci établi, il convient de s'interroger sur la manière dont le droit peut répondre à cette forme d'injustice sociale. Alors que, dans les faits, les inégalités traduisent un « déni de reconnaissance », un changement s'impose pour que le consentement puisse devenir, à l'inverse, un moyen de reconnaissance des individus participant d'une plus grande justice sociale.



## Chapitre 2

### Le consentement comme processus de reconnaissance

**692.** Le consentement en droit des personnes pourrait être conçu comme un processus de reconnaissance au service de la justice sociale. Un changement des règles juridiques applicables s'impose alors. Certes, on connaît les diverses politiques publiques en faveur de la réduction des inégalités sociales. Mais il ne s'agit pas ici de les présenter. L'objet est plutôt de comprendre comment le consentement peut lui aussi participer de la réduction des inégalités en favorisant la reconnaissance des personnes. Le paradigme de la reconnaissance en effet, « ne supprime pas tant la question de la domination et des inégalités qu'elle ne la déplace ou la reconfigure » en posant la question de la réciprocité de la reconnaissance, « seule à même d'instituer un ordre éthique et politique égalitaire »<sup>2673</sup>.

Faire du consentement un outil de reconnaissance des personnes entend défendre l'idée que le consentement soit un instrument au service d'une société socialement plus juste. Cette première pierre posée, il conviendra ensuite de tirer les conséquences concrètes de cette nouvelle fonction du consentement.

**693.** La proposition pour un consentement au service d'une société socialement plus juste (**Section 1**) doit être complétée par des propositions pour des consentements au service d'une société socialement plus juste (**Section 2**).

#### **Section 1. Propositions pour un consentement au service d'une société socialement plus juste**

**694.** Pour penser le consentement comme un processus de reconnaissance, il faut un cadre constitutionnel le permettant. La nouvelle conception du consentement nécessite ainsi des fondements juridiques tirés des droits et libertés fondamentaux. Comme tout raisonnement partant des droits fondamentaux, cela suppose de traduire des valeurs politiques en droit<sup>2674</sup>. Le choix a été fait de partir du « triangle liberté-égalité-dignité »<sup>2675</sup> proposé par la juriste

---

<sup>2673</sup> H. Guéguen, O. Voirol, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v<sup>o</sup> « Reconnaissance », p. 1417, spéc. p. 1427.

<sup>2674</sup> Les théories de la justice sociale ont pu être perçues ou utilisées comme des paravents du jusnaturalisme. La théorie de la justice de John Rawls a en effet été importée en droit français par des juristes qui lui ont conféré une portée jusnaturaliste (M. Hauchecorne, *La gauche américaine en France : la réception française de John Rawls et des théories de la justice, 1971-2010*, préf. F. Matonti, Paris : CNRS éditions, 2019, p. 42 et s., spéc. p. 46).

<sup>2675</sup> S. Baer, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n<sup>o</sup> 4, 2009, p. 417.

allemande Susanne Baer. Sa proposition permet de répondre à l'opposition supposément indépassable entre liberté et dignité et d'intégrer les multiples rapports de pouvoir qui affectent les consentements.

L'analyse permet de conceptualiser le consentement comme un processus de reconnaissance. Dans cette perspective, le consentement peut d'abord être pensé dans une démarche intersubjective de respect de l'autre. Il peut aussi être pensé comme un outil juridique militant à des fins d'émancipation.

**695.** Le triangle liberté-égalité-dignité de Susanne Baer a été choisi pour constituer le cadre juridique fondamental nécessaire (§1) à l'élaboration d'une appréhension nouvelle du consentement (§2).

### **§1. Un cadre fondamental : le triangle dignité-égalité-liberté**

**696.** Le triangle dignité-égalité-liberté élaboré par la juriste allemande Susanne Baer permet de donner un cadre en termes de droits et libertés fondamentaux à la justice sociale comme reconnaissance. Il constitue la condition à laquelle le consentement peut être conçu comme processus de reconnaissance, en proposant une justification juridique de droit positif. Les théories de la justice sociale par la reconnaissance peuvent être retranscrites en droit positif. Loin de l'image jusnaturaliste à laquelle la justice sociale a été rattachée en France, les valeurs véhiculées par ces théories philosophiques trouvent leur prolongement en droit à travers les droits et libertés fondamentaux protégés constitutionnellement<sup>2676</sup>. L'analyse de Susanne Baer permet d'interpréter trois principes existants afin de consacrer la justice sociale en droit.

En interprétant ensemble les trois principes de liberté, de dignité et d'égalité et en les plaçant au cœur de l'analyse, le « triangle constitutionnel » permet de répondre aux limites qui ont été constatées dans l'appréhension du consentement par les droits et libertés fondamentaux. La conceptualisation du consentement à travers la hiérarchisation entre la liberté et la dignité est

---

<sup>2676</sup> Les droits et libertés fondamentaux peuvent être vus comme la retranscription juridique de valeurs (D. Lochak, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2018, p. 4-5). Le libéralisme de la philosophie de John Rawls se trouve dans le rôle qu'il fait jouer aux droits et libertés fondamentaux dans sa théorie de la justice : « Sa réponse [de John Rawls] va chercher à montrer que les principes constitutionnels ont une origine démocratique et apporte une dimension nouvelle qui va se révéler décisive dans l'évolution du libéralisme contemporain. [...] Traiter les principes de justice constitutionnels comme des principes de justice au triple sens moral, politique et économique, comme l'idiome de la conception publique de la justice, qui est à la fois historique et transhistorique puisqu'elle est sans cesse refondée dans le contrat social ou dans la procédure de justification de la position originelle, revient ainsi à enterrer définitivement et le positivisme juridique et le droit naturel. » (C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009, p. 459.)

surmontée. L'intégration du principe d'égalité permet d'offrir une réponse à la problématique des inégalités sociales structurelles, au croisement notamment de la classe, du genre et de la « race », qui conditionnent le consentement.

697. Le triangle constitutionnel liberté-égalité-dignité de Susanne Baer propose une conception de la justice reposant sur les droits fondamentaux (A). Cette conception permet de répondre aux principaux écueils actuels qui émaillent le cadre applicable au consentement (B).

A. Le « triangle constitutionnel » de Susanne Baer : la justice sociale fondée sur les droits fondamentaux<sup>2677</sup>

698. La théorie allemande du « triangle constitutionnel » de Susanne Baer (1) peut tout à fait être transposée en droit français (2).

1) *Présentation de la théorie du « triangle constitutionnel »*

699. Dans un article publié en 2009, la juriste allemande Susanne Baer<sup>2678</sup> propose de penser les droits fondamentaux sous la forme d'un triangle dont les trois angles seraient la dignité, l'égalité et la liberté<sup>2679</sup>. Cette conception vise à lutter contre l'injustice en développant une théorie de la justice fondée sur les droits fondamentaux<sup>2680</sup>. En résumé, ce triangle permet de penser « des conditions égales de liberté fondées sur la reconnaissance des différentes manières par lesquelles chacun choisit de vivre sa propre vie »<sup>2681</sup>. La conception de la justice fondée sur les droits fondamentaux de Susanne Baer comprend ainsi la reconnaissance.

---

<sup>2677</sup> Je remercie beaucoup le Professeur Tim Wihl de m'avoir orientée, lors d'un échange au Centre Marc Bloch, vers ce « triangle » pensé par Susanne Baer.

<sup>2678</sup> Susanne Baer est professeure à la faculté de droit et au Center for Transdisciplinary Gender Studies de la Humboldt Universität de Berlin. De 2011 à 2023, elle était juge au Tribunal constitutionnel fédéral. Sa thèse, publiée en 1995 et intitulée *Dignité ou égalité ?*, portait sur le droit de la discrimination à partir du cas du harcèlement sexuel au travail en Allemagne et aux États-Unis (S. Baer, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden : Nomos, 1995).

<sup>2679</sup> S. Baer, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n° 4, 2009, p. 417. V. aussi S. Baer, « Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, Festvortrag für den 39. Jahreskongress des Deutschen Juristinnenbundes 2011 », *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, n° 4, 2011 ; C.A. MacKinnon, S. Baer, « Gleichheit, realistisch », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge*, vol. 67, n° 1, 2019, p. 361.

<sup>2680</sup> S. Baer, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n° 4, 2009, p. 417, spéc. p. 435 : « I therefore suggest that we give simultaneous consideration to the three values as ingredients of a rights-based theory of justice. »

<sup>2681</sup> *Ibid.*, p. 430 : « To put it differently, and again, we need to better understand what equality, dignity, and

700. L'approche sous forme de « triangle » permettrait d'appréhender chacun des trois principes par rapport aux autres, et ainsi de remédier à deux écueils. Les trois principes ne sont plus considérés isolément, c'est-à-dire avec un principe supérieur aux deux autres. En effet, la dignité seule relèverait soit d'une conception paternaliste du droit, soit d'une prohibition des seuls cas extrêmes, comme la torture<sup>2682</sup>. L'égalité seule conduirait à un « égalitarisme »<sup>2683</sup> et la liberté seule ferait craindre un « darwinisme social »<sup>2684</sup>. L'approche sous forme de triangle permettrait aussi de dépasser la simple opposition entre deux des trois principes. Il est en particulier courant d'opposer égalité et liberté<sup>2685</sup>.

701. Susanne Baer précise la manière dont elle conçoit chacun des trois principes. Elle retient ainsi une conception particulière de la dignité, celle de « la promesse de la reconnaissance des différents sens de soi, qui méritent tous un respect égal », qu'elle lie aux deux autres principes<sup>2686</sup>. De la même manière, l'égalité prise seule devrait dépasser l'application identique de la loi pour tous et l'égalité formelle<sup>2687</sup>. L'égalité n'aurait de sens qu'en étant pensée au prisme des deux autres principes. Il y aurait alors un passage de l'égalité formelle vers l'égalité substantielle et vers l'appréciation de la discrimination comme un « désavantage »<sup>2688</sup>. De la sorte, l'égalité devient « un droit au respect et à la reconnaissance, permettant aux individus d'exercer leur droit à l'autodétermination et à mener une vie digne »<sup>2689</sup>. Susanne Baer résume ainsi son triangle dans l'exemple des questions reproductives : « Le droit à la dignité pourrait alors compléter l'égalité, ce qui nous conduit à conceptualiser un droit à décider (une revendication de liberté) sous des conditions d'égales opportunités, libre de toute oppression et

---

*liberty mean in light of each other; in a triangle, in order to achieve what human and fundamental rights seem to be about - namely, equal conditions of freedom based on the recognition of diverse ways in which one can choose to live one's own life. »*

<sup>2682</sup> *Ibid.*, p. 456 et s.

<sup>2683</sup> *Ibid.*, p. 430 et p. 451 et s.

<sup>2684</sup> *Ibid.*, p. 430 et p. 448 et s. pour les développements sur la liberté

<sup>2685</sup> *Ibid.*, p. 449 et s.

<sup>2686</sup> *Ibid.*, p. 460-461 : « To avoid both abstraction, which invites paternalism, and extremism, which ignores systemic injustice, we should, I argue, reconsider what we understand dignity to mean. In its rich history, we do find aspects that remind us that dignity is the promise of recognition of diverse senses of self, all deserving of equal respect. In such accounts, dignity is not constructed in isolation; rather, the notion of dignity invokes equality as well as liberty, both equally important. »

<sup>2687</sup> *Ibid.*, p. 451 : « Equality - understood as more than the general principle of the equal application of the law to all, and also as more than a formalistic call to rational distinctions [...] ».

<sup>2688</sup> *Ibid.*, p. 455.

<sup>2689</sup> *Ibid.*, p. 455.

subordination (égalité), dans le respect et la reconnaissance de toutes les parties impliquées (dignité). »<sup>2690</sup>

**702.** Cette interprétation permet ainsi de donner une issue positive aux écueils susmentionnés. Susanne Baer conclut son article en affirmant qu'« en raison de l'égalité et la liberté, la dignité n'est pas un statut comme la *dignitas* ni une vision moraliste d'un comportement digne. En raison de la dignité, l'égalité n'est pas la symétrie mais le droit d'être différent, libre de subordination ; et en raison de la liberté, l'égalité est la revendication de faire différents usages de sa liberté sans en souffrir »<sup>2691</sup>. L'utilisation du triangle permet ainsi de lutter contre le dévoiement d'un principe au profit des deux autres. S'ils ont chacun une singularité, ils sont mieux compris tous ensemble.

## 2) *Une théorie transposable au droit français*

**703.** Susanne Baer consacre de longs développements à montrer que cette approche ne serait pas nouvelle et existerait dans de nombreux pays. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prendrait en compte la dignité et l'égalité, notamment à travers la question de la solidarité. En Allemagne, les trois principes constituent les trois premiers articles de la Loi fondamentale. En outre, si l'autodétermination est fondée sur la dignité et la liberté, « l'égalité, entendue comme le contexte social dans lequel ces droits deviennent pertinents, se cache dans l'ombre »<sup>2692</sup>. Se pose ainsi la pertinence de l'importation de cette lecture en droit français.

**704.** Cette pensée n'y est en effet pas étrangère. Une proposition du même ordre avait déjà été formulée par Diane Roman, soulignant l'intérêt de cette alternative en droit français<sup>2693</sup>. La juriste propose de s'appuyer sur la notion de fraternité pour « servir d'outil de compréhension à certaines hypothèses de protection de la personne contre elle-même » et « ainsi peut-être

---

<sup>2690</sup> *Ibid.*, p. 466 : « Therefore, I suggest rethinking these cases with the triangle in mind. The right to dignity could then supplement equality, which leads us to conceptualize a right to decide (a liberty claim) under conditions of equal opportunities free from oppression and subordination (equality), in respect of and recognizing all parties involved (dignity), be it a second parent or a human being in its status nascendi. »

<sup>2691</sup> *Ibid.*, p. 467-468 : « Because of equality and liberty, dignity is not a status such as *dignitas* or a moralistic vision of dignified behaviour. Because of dignity, equality is not symmetry but the right to be different, free from subordination; and because of liberty, equality is the claim to make different uses of one's liberties and not suffer from that. »

<sup>2692</sup> *Ibid.*, p. 444 : « It is noteworthy that dignity and liberty are referred to explicitly while equality, as the social context in which such rights gain relevance, lurks in the shadow. »

<sup>2693</sup> D. Roman, « A corps défendant », *D.*, 2007, p. 1284.

[...] sortir de l'opposition aporétique entre modèle libéral et modèle paternaliste »<sup>2694</sup>. Le recours à la fraternité permettrait en particulier de répondre aux « conséquences des inégalités sociales »<sup>2695</sup>. Diane Roman a ainsi proposé de dépasser la conception du droit, et notamment du consentement, réduite à la liberté et la dignité. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur le principe de fraternité, notamment pour prendre en compte des impératifs de justice sociale.

**705.** Par ailleurs, l'analyse des droits et libertés fondamentaux à travers les trois concepts de dignité, d'égalité et de liberté existe déjà<sup>2696</sup>. Daniel Borrillo envisage par exemple des limitations de la liberté au nom de l'égalité ou de la dignité, mais seulement à la condition de viser spécifiquement les problèmes de domination par les hommes sur les femmes dans une sexualité hétérosexuelle. Autrement, le choix « conduit à produire des normes injustes pour les autres membres de la société, mais implique aussi de céder à une vision moraliste de l'érotisme »<sup>2697</sup>. D'ailleurs, son ouvrage sur la liberté sexuelle codirigé avec Danièle Lochak s'interrogeait : « Comment concilier des valeurs telles que la liberté, l'égalité et la dignité ? »<sup>2698</sup>. Dans son manuel de *Droit des libertés fondamentales*, Xavier Dupré de Boulois étudie successivement la dignité, la liberté, l'égalité et la non-discrimination, la participation politique et la solidarité. De manière analogique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il s'agit de « valeurs juridiques qui irriguent les systèmes juridiques français et européens » et qui « font écho à différents libertés et droit fondamentaux qui en assurent la traduction positive »<sup>2699</sup>. Autrement dit, l'auteur place bien les valeurs du triangle de Susanne Baer comme des principes structurants de l'analyse des droits et libertés fondamentaux. Au sein de chacun des principes, il étudie des droits en particulier, comme le droit à la vie ou à la protection de l'intégrité physique (dignité), la liberté personnelle ou la liberté de mariage (liberté) ou les différences de traitement fondées sur le sexe (égalité). Ce faisant, il pose ces trois principes comme matrice des droits et libertés fondamentaux. Cela rejoint l'analyse en

---

<sup>2694</sup> *Ibid.*

<sup>2695</sup> *Ibid.* : « [...] l'affirmation du principe de fraternité permet de justifier l'ordre public de protection de la personne contre les tentations nées de la misère et les déchéances auxquelles elle conduit : prostitution, vente d'organes, conditions de travail dangereuses. En effet, le modèle fraternel se soucie authentiquement de garantir l'autodétermination de la personne ».

<sup>2696</sup> Pour une analyse couplée de la dignité et de l'égalité, qui ne les place toutefois pas dans un triangle avec l'égalité, v. M. Fabre-Magnan, « L'égalité des êtres humains. Les fondements philosophiques et méthodologiques du droit privé », in *Von formaler zu materialer Gleichheit*, S. Grundmann, J. Thiessen (dir.), Tübingen : Mohr Siebeck, 2021, p. 89.

<sup>2697</sup> D. Borrillo, « Liberté érotique et exception sexuelle », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 63.

<sup>2698</sup> D. Borrillo, D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris : Puf, 2005, quatrième de couverture.

<sup>2699</sup> X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 305.

faveur d'une « reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme »<sup>2700</sup>.

Le triangle constitutionnel de Susanne Baer permet en outre de faire interagir ces principes entre eux.

**706.** Toutefois, l'intégration de ce triangle en droit français pourrait se confronter à différentes critiques méthodologiques. En particulier, cette analyse est développée par une juriste allemande à partir de principes constitutionnels différents des nôtres et les droits fondamentaux français ne font pas référence à ces trois principes en tant que tels.

Ces objections ne font toutefois pas obstacle à l'intégration du triangle constitutionnel en droit français. Certes, la comparaison avec les droits fondamentaux allemands doit être prise avec circonspection. En dehors des traditionnelles limites à l'importation de modèles étrangers, la conception allemande des droits fondamentaux, notamment au regard de la dignité, doit être relevée. Stéphanie Hennette-Vachez le signale à propos de la compréhension de la dignité selon la philosophie kantienne. Ce lien serait inapproprié en France et aux États-Unis, parce que les deux ordres juridiques distinguent les règles légales et morales. En Allemagne, à l'inverse, cette approche correspondrait davantage au modèle national des droits fondamentaux, en particulier parce que leur caractère autant subjectif qu'objectif permet de mettre des obligations à la charge de l'individu<sup>2701</sup>. Toutefois, Susanne Baer souligne dans son article que l'égalité, la liberté et la dignité font partie de nombreux systèmes juridiques. Elle cite à cet effet la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>2702</sup>, mais aussi l'Afrique du Sud et la Bosnie Herzégovine<sup>2703</sup>, de sorte que son approche n'a pas vocation à se retreindre à l'Allemagne.

En outre, Susanne Baer estime que l'absence de reconnaissance expresse de ces trois principes dans un texte constitutionnel ne fait pas obstacle à l'utilisation de ce triangle de « préoccupations les plus fondamentales de notre conception partagée globalement de ce que la

---

<sup>2700</sup> B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 211. V. cependant V. Champeil-Desplats, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, vol. 2, 2013, p. 173 : « il n'existe que peu de théories générales des droits fondamentaux et, encore moins une qui reposerait sur une théorie des valeurs qui fasse largement autorité ».

<sup>2701</sup> S. Hennette-Vachez, « When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle », *Legal Ethics*, vol. 10, n° 2, 2007, p. 193, spéc. p. 197-198. Sur l'idée d'une spécificité française du principe de dignité, Véronique Champeil-Desplats soutient qu'il n'existe pas d'« exception française » quant à l'« usage » du principe de dignité mais qu'il en existe une relative à la critique doctrinale de ce principe qui s'est développée en France (V. Champeil-Desplats, *loc. cit.*).

<sup>2702</sup> S. Baer, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n° 4, 2009, p. 417, spéc. p. 436 et s.

<sup>2703</sup> *Ibid.*, p. 446.

vie est et devrait être »<sup>2704</sup>. On peut ainsi trouver dans les droits nationaux des expressions de ce triangle et des droits qui composent ce triangle.

L'approche de Susanne Baer n'est pas incompatible avec le droit français. Plus encore, elle permet de répondre à des écueils de l'analyse du consentement en termes de droits fondamentaux.

## B. Une réponse aux écueils actuels dans l'analyse du consentement

**707.** Le triangle constitutionnel de Susanne Baer offre un cadre de lecture du consentement au prisme des droits fondamentaux alternatif à la hiérarchisation entre liberté et dignité. Il répond aux écueils actuels de cette hiérarchisation en intégrant la question de l'égalité qui sous-tend la pratique des consentements (1) et en dépassant les défauts de la lecture par la dignité et la liberté (2).

### 1) *L'intégration de l'égalité*

**708.** Le triangle de Susanne Baer permet d'ajouter le principe d'égalité pour concevoir le consentement à partir des droits et libertés fondamentaux. La hiérarchisation de la liberté et de la dignité ne laisse en effet aucune place à l'égalité. Or, de nombreuses inégalités sociales et structurelles conditionnent les consentements et participent de leur réalité sociale. Catharine MacKinnon soutient déjà à propos du viol qu'il relève fondamentalement d'une question d'égalité<sup>2705</sup>.

Lorsque le principe d'égalité est envisagé seul, il ne permet pourtant pas de répondre aux inégalités sociales affectant spécifiquement les consentements. Il n'a ainsi de sens que s'il est envisagé en lien étroit avec la liberté et la dignité, comme le propose le triangle de Susanne Baer.

---

<sup>2704</sup> *Ibid.*, p. 441-442 : « Some may, and do, argue that concerns that do not make it into a given constitutional text are simply not recognized as rights. But this is not an adequate response to fundamental concerns of recognition. The triangle of concerns most fundamental to our globally shared understandings of what life is and should be about still has a place even where all three concerns are not expressly acknowledged in a text. »

<sup>2705</sup> C. A. MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431, v. *supra*, n° 619.



**709.** Pour le comprendre, il faut revenir brièvement sur le droit positif<sup>2706</sup>. En droit, deux types de protection répondraient à deux conceptions de l'égalité<sup>2707</sup>. D'un côté, le principe d'égalité assurerait prioritairement la protection de l'égalité formelle, qui est une égalité devant la loi<sup>2708</sup>, mais aussi dans la loi<sup>2709</sup>. Dans ces hypothèses, l'égalité est principalement appréhendée d'un point de vue abstrait. De l'autre, le principe de non-discrimination assure plutôt la protection de l'égalité réelle ou concrète, c'est-à-dire au-delà de la simple inégalité devant la loi. En ce sens, il constituerait un « dépassement du principe d'égalité »<sup>2710</sup>. Il permet notamment de lutter contre les discriminations indirectes<sup>2711</sup> et de mettre en œuvre des mécanismes de discrimination positive<sup>2712</sup>. Égalité et non-discrimination constituent alors deux principes proches. Leur distinction s'appuierait initialement sur des conceptions politiques différentes de l'égalité et de la justice sociale et relèverait de mécanismes différents sur le plan juridique<sup>2713</sup>.

**710.** Toutefois, aucun de ces principes ne permettrait de lutter directement contre les mécanismes de domination et de soumission à l'œuvre derrière l'expression et le recueil de nombreux consentements. Les consentements prévus par la loi ne semblent jamais en

---

<sup>2706</sup> Au prix, très certainement, d'une transformation. V. V. Forray, S. Pimont, *Décrire le droit... et le transformer : essai sur la déécriture du droit*, Paris : Dalloz, 2017. Pour une conceptualisation différente du principe d'égalité, v. par ex. J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *Rev. trav.*, 2011, p. 354.

<sup>2707</sup> X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022, p. 491, qui inscrit ces deux conceptions dans la distinction aristotélicienne entre justice commutative (égalité formelle) et distributive (égalité réelle). Il faut toutefois noter qu'une telle présentation du droit reprend l'idée d'une conception dualiste de l'égalité. Il existe également des « théories unitaires » de l'égalité qui « rejettent toute scission du type égalité devant/dans, égalité/non-discrimination » (F. Édel, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, C. Boyer-Capelle (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, v<sup>o</sup> « Égalité », p. 140, spéc. p. 142).

<sup>2708</sup> X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 491-492 : « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination imposent en premier lieu que la règle de droit soit la même pour tous et que nul ne soit moins bien traité à raison de telle ou telle de ses caractéristiques propres. »

<sup>2709</sup> J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *Rev. trav.*, 2011, p. 354.

<sup>2710</sup> X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 490.

<sup>2711</sup> C'est-à-dire « des réglementations neutres en apparence mais qui, de fait, pénalisent certaines catégories d'individus » (X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 490). Pour une définition légale des discriminations directe et indirecte en droit interne, v. L. n<sup>o</sup> 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1<sup>er</sup>. En particulier, « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés » (al. 2).

<sup>2712</sup> C'est-à-dire « imposer [...] un traitement différencié à des situations différentes voire même un traitement plus favorable au bénéfice de catégories d'individus dans l'accès à une ressource » (X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 490).

<sup>2713</sup> J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *Rev. trav.*, 2011, p. 290 : « En définitive, le souci de distinguer entre égalité et discrimination s'est d'abord déployée sur le langage politique et traduit l'existence d'idées concurrente de la justice sociale. C'est cet arrière-plan qui confère à la dispute juridique sur les règles d'égalité et de non-discrimination ses enjeux en même temps que sa vigueur. Mais les raisons de ce partage recherché entre deux types de règles sont propres à la technique juridique. »

contradiction avec une inégalité formelle du point de vue des inégalités sociales. La loi ne distingue en effet jamais expressément de groupes de personnes qui pourraient consentir plus ou moins que d'autres en fonction de leurs caractéristiques sociales. Si, par exemple, certains parents peuvent consentir à l'adoption de leur enfant mais pas d'autres, c'est parce que les derniers ont fait l'objet d'une déclaration judiciaire de délaissement parental ou d'un retrait de l'autorité parentale. Dans cette hypothèse, il n'existerait pas *a priori* d'inégalité formelle devant la loi en fonction des caractéristiques sociales des personnes.

**711.** Le droit de la non-discrimination ne permet pas mieux de répondre seul aux inégalités de fait qui touchent le consentement. Les mécanismes de la discrimination positive ou d'action positive, eux-mêmes critiqués en droit français, ne semblent ainsi pas tout à fait appropriés pour répondre aux inégalités de fait qui conditionnent le consentement. On voit en effet difficilement comment traiter plus favorablement certains groupes de personnes dans le cas du droit encadrant les consentements. Il s'avère en effet très complexe de déterminer si empêcher une catégorie défavorisée de consentir à un acte ou, à l'inverse, lui ouvrir cette possibilité alors qu'elle est fermée à d'autres, aurait un impact plus favorable pour elle.

Ces instruments du droit de la non-discrimination peuvent contribuer à réduire les inégalités de fait en général, mais ne semblent pas appropriés pour répondre directement et spécifiquement aux inégalités sociales qui conditionnent le consentement.

**712.** L'interdiction des discriminations indirectes ne se révèle pas plus utile<sup>2714</sup>. On pourrait en effet soutenir qu'en prévoyant pour toutes et tous la condition de recueil du consentement, alors que certains groupes sociaux auront plus de difficultés à ce que leur volonté soit recueillie et respectée, des règles de droit apparemment universelles créent une différence entre les individus. Pourtant, à supposer que la discrimination indirecte puisse être montrée et reconnue<sup>2715</sup>, il faudrait envisager les conséquences de cette reconnaissance. Or, là encore, force est de constater qu'il est difficile d'établir s'il serait plus bénéfique ou non de supprimer la possibilité de consentement de la personne.

Cette ambiguïté souligne la nécessité de penser l'égalité avec la liberté et la dignité de la personne, en particulier en ce qui concerne les consentements.

---

<sup>2714</sup> Sur la pertinence de la distinction entre discrimination directe et indirecte, v. R. Médard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, préf. V. Champeil-Desplats, Paris La Défense : LGDJ, 2022, p. 200 et s.

<sup>2715</sup> V. E. Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9.

**713.** De manière générale, les inégalités sociales sont en effet difficilement saisissables par le seul prisme des principes d'égalité et de non-discrimination. Jacques Chevallier soulignait ainsi la distinction entre l'application du principe de non-discrimination et la lutte contre les inégalités sociales, qui relèvent « d'une logique différente » dans l'action de l'État-providence<sup>2716</sup>. Ce dernier se caractérise en effet par son rôle interventionniste permettant de lutter contre les inégalités sociales<sup>2717</sup>. Une évolution pourrait certes être observée : alors que la lutte contre les inégalités sociales ne reposait pas sur le principe juridique d'égalité mais par exemple sur la redistribution, une « politique d'égalisation » reposerait davantage sur ce principe<sup>2718</sup> - et y inclurait la lutte contre les inégalités sociales<sup>2719</sup>. Elle passerait en particulier par des instruments permettant soit un égal accès (« égalité substantielle » : « égalité de moyens » et égalité des chances), soit une égale jouissance (« égalité matérielle » : « égalité de résultat » et actions positives) aux biens sociaux<sup>2720</sup>. Tous ces mécanismes permettent de corriger en droit l'« environnement social »<sup>2721</sup> des individus. En ce sens, s'ils permettent de corriger les inégalités sociales qu'on retrouve dans la pratique des consentements, ils ne s'appliquent pas directement aux consentements.

**714.** Le principe d'égalité ne permet pas en lui-même de répondre aux besoins de justice sociale<sup>2722</sup>. Il faut donc le concilier avec les autres principes que sont la dignité et la liberté.

<sup>2716</sup> J. Chevallier, « Lutte contre les discriminations et État-providence », in *Lutter contre les discriminations*, D. Borrillo (dir.), Paris : La Découverte, 2003, 2010, p. 38.

<sup>2717</sup> *Ibid.*

<sup>2718</sup> Il s'agit alors de rechercher « l'effectivité de l'égalité » (R. Médard Inghilterra, *op. cit.*, p. 10).

<sup>2719</sup> J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *Rev. trav.*, 2011, p. 354 : « Toutefois, un autre usage juridique de l'égalité se fait jour. Progressivement, l'égalité n'a plus été pensée seulement comme un rempart, mais comme un résultat à atteindre. Cet objectif est évidemment ancien et consubstantiel à l'idée même d'égalité. Il est d'ailleurs servi par d'autres instruments que les normes d'égalité et de non-discrimination. Ainsi, par exemple, le programme de lutte contre les inégalités sociales repose essentiellement sur des mécanismes de redistribution (fiscalité, protection sociale,...). Mais, si le but poursuivi et affiché était de lutter contre les inégalités sociales, l'invocation des exigences d'égalité n'y occupait pas une place centrale. La référence à ces exigences dans le cadre de la construction du marché unique ou de la politique de lutte contre les discriminations y prend au contraire une place toute différente : la concrétisation de l'objectif d'égalisation est appréciée au regard des références juridiques aux exigences d'égalité. Ces dernières deviennent ainsi le cœur d'une politique d'égalisation. »

<sup>2720</sup> *Ibid.*

<sup>2721</sup> *Ibid.*

<sup>2722</sup> P.-Y. Gahdoun, « La justice sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, L. Burgogue-Larsen (dir.), préf. A. Supiot, Paris : Pedone, 2013, p. 105, pour qui l'égalité ne se trouverait ainsi pas au premier plan des principes constitutionnels au service d'une « justice sociale ». Difficilement réalisée par le principe d'égalité abstraite, un peu plus par le principe d'égalité concrète grâce, par exemple, aux mécanismes visant à instaurer une égalité des chances, elle le serait davantage d'autres principes. Le recours au principe de dignité de la personne humaine et la prise en compte des « réalités sociales » dans le Préambule de la Constitution de 1946, mais aussi la limitation ou l'élargissement social de principes libéraux comme la liberté contractuelle, permettraient ainsi d'atteindre ce but selon l'auteur.

Cette combinaison permettrait de donner les conditions juridiques d'une justice sociale<sup>2723</sup>, qui passerait par la reconnaissance des individus. Elle permet de penser le consentement dans le cadre de la reconnaissance. L'association de la liberté, de la dignité et de l'égalité permet aussi de garantir les conditions de l'autonomie et des choix individuels.

L'intégration du principe d'égalité dans un triangle qu'il compose avec la dignité et la liberté offre une possibilité de dépasser la hiérarchie entre liberté et dignité.

## 2) *Le dépassement de la lecture exclusive par la liberté et la dignité*

**715.** La hiérarchie entre la liberté et la dignité monopolise la réflexion sur le consentement en termes de droits fondamentaux et occulte d'autres pistes de pensée.

**716.** Le problème réside d'abord dans la hiérarchie entre liberté et dignité. On l'a vu précédemment, l'appréciation du consentement en droit positif à partir des droits fondamentaux est bien loin des représentations qui en sont faites et l'opposition entre liberté et dignité ne correspond pas tout à fait au droit positif<sup>2724</sup>.

**717.** Par ailleurs, cette hiérarchie a été critiquée en ce qu'elle cache un agenda politique sans résoudre pour autant les problématiques propres au consentement. Michela Marzano a en particulier souligné que dignité et liberté ne sont ni « des principes abstraits et désincarnés », ni des oppositions<sup>2725</sup>. Pour elle, rappelons-le, « il faudrait que les partisans de l'une ou de l'autre reviennent sur les textes classiques du libéralisme pour chercher à comprendre comment construire une société véritablement juste, au lieu de se faire la guerre au nom d'idéaux abstraits et inutiles, lorsqu'ils ne servent pas à contrecarrer la fragilité de la condition humaine »<sup>2726</sup>. La hiérarchisation de la liberté et de la dignité revient à faire la promotion d'une politique de droit des personnes plutôt libérale ou plutôt paternaliste<sup>2727</sup>. Chacun de ces deux principes renvoie en effet à un ordre de valeurs représentant une de ces deux conceptions politiques. La défense de la liberté fait plutôt la promotion d'un droit des personnes plus libéral qu'il ne l'est aujourd'hui. De fait, le droit français des personnes est un système assez paternaliste sur les

---

<sup>2723</sup> V. parmi d'autres L. Burgogue-Larsen (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, préf. A. Supiot, Paris : Pedone, 2013 ; D. Roman, « Le juge et la justice sociale », *Délibérée*, vol. 2, n° 2, 2017, p. 6.

<sup>2724</sup> V. *supra*, n° 95 et s.

<sup>2725</sup> M. Marzano, *Je consens, donc je suis... : Éthique de l'autonomie*, Paris : Puf, 2006, p. 73.

<sup>2726</sup> *Ibid.*

<sup>2727</sup> V. D. Roman, « A corps défendant » *D.*, 2007, p. 1284.

questions corporelles par rapport à d'autres pays occidentaux, comme le Québec ou l'Allemagne. Notre droit ne reconnaît pas de droit à l'autodétermination<sup>2728</sup> et porte un principe d'indisponibilité du corps humain<sup>2729</sup>, interdit le suicide assisté comme l'euthanasie<sup>2730</sup>, sanctionne la gestation pour autrui<sup>2731</sup> et ne légalise pas la prostitution<sup>2732</sup>.

**718.** Les notions de liberté et de dignité sont par ailleurs mal définies dans le champ du droit des personnes. La dignité ne serait pas définie précisément et cela conduirait à l'utiliser pour véhiculer un argument moral et politique sous couvert d'une position juridique<sup>2733</sup>. Susanne Baer y voit elle-même un potentiel paternaliste et moraliste<sup>2734</sup>. La liberté a une signification ambiguë lorsqu'elle est appliquée au consentement. La liberté peut d'abord s'entendre d'une liberté vis-à-vis de l'intrusion de l'État dans sa sphère privée. Or, le consentement « libre » se veut libre non pas de l'État, mais plutôt de toute influence d'un tiers. La référence aux vices du consentement est d'ailleurs courante pour expliquer ce caractère libre. La liberté des

<sup>2728</sup> V. S.-M. Ferrière, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2018.

<sup>2729</sup> V. S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004. Cela dit, le principe est aujourd'hui principalement affirmé dans le contexte des GPA.

<sup>2730</sup> La loi du 2 février 2016 ouvre une « sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie », mais la réserve au « patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements » ou au « patient atteint d'une affection grave et incurable », dont la décision « d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable » (CSP, art. L. 1110-5-2). V., pour l'évaluation des cas de patients dont le pronostic vital est engagé à moyen terme, CCNE, *Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité*, Avis n° 139, 13 sept. 2022, p. 23 et s.

<sup>2731</sup> C. civ., art. 16-7.

<sup>2732</sup> Les sanctions pénales visent le client (C. pén., art. 611-1), le client récidiviste ou d'une personne mineure ou vulnérable (C. pén., art. 225-12-1) et le proxénète (C. pén., art. 225-5 et s.).

<sup>2733</sup> D. Borrillo, *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, p. xii-xiii : « Le débat bioéthique et ses conséquences pratiques ne sont très souvent que le reflet de la tension entre ces deux logiques antinomiques et, malgré le caractère laïc des sociétés contemporaines, l'appel plus ou moins explicite à des principes transcendants se substitue souvent à l'argumentation et à la délibération démocratique. Ainsi, la construction jurisprudentielle des notions telles que "dignité humaine" ou "indisponibilité du corps humain" apparaissent comme des fondements s'imposant à tous, y compris contre la volonté de l'individu qu'il est pourtant censé protéger. » V. aussi O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janv. 2003 : « Au fond, le principe de "dignité de la personne humaine" présente toutes les caractéristiques de cette formule fixe mais vide, de ce "signifiant flottant", de cet "abracadabra", dont la profération liturgique accompagne l'édiction de toute loi, pour fonder symboliquement l'autorité de celle-ci grâce au ressort magique de sa forme sacrée. » Également S. Hennette-Vauchez, « When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle », *Legal Ethics*, vol. 10, n° 2, 2007, p. 193, spéc. p. 207 : « I believe that this unveiling of the strategic scholarly move to promote the HDP in recent years enables us to say that, besides the politically conservative stance that it has been argued is embedded in the HDP, what such infatuation conveys is also a theoretical revival of jusnaturalist conceptions of law. »

<sup>2734</sup> S. Baer, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n° 4, 2009, p. 417, spéc. p. 457 et p. 430 : « I want to show, however, that this craving should be resisted, since this is exactly the danger that dignity carries: it opens, if used in isolation, a space for metaphysics and moralistic particularities in law [...] ».

consentements recouvrerait ainsi deux acceptions tout à fait différentes dans le paradigme libéral : la liberté de la personne par rapport à l'État et la limitation de la liberté de la personne par un tiers.

**719.** Enfin, l'opposition entre liberté et dignité ne donne pas toute sa place à l'égalité. Les deux principes étant pensés de manière holistique, ils engloberaient tous les autres principes. La liberté permettrait la dignité de la personne et inversement la dignité conditionnerait la liberté des individus. L'égalité est naturellement incluse dans l'un ou l'autre principe, illustrant les limites d'une opposition binaire entre liberté et dignité. Moins évidente dans l'analyse en termes de liberté, cette inclusion de l'égalité est plus visible dans les arguments au soutien de la dignité.

**720.** Les analyses libérales soutiennent que l'État reproduirait des discriminations en limitant aux individus l'ouverture, au nom de la liberté, de certaines pratiques : il y aurait ainsi une opposition entre liberté et égalité<sup>2735</sup>. Cette opposition est dépassée dès lors que la liberté permettrait d'englober la question de l'égalité. Cet argument est principalement développé pour répondre à l'exclusion des personnes de même sexe d'un certain nombre de dispositifs légaux. La liberté sexuelle irait par exemple plus loin que l'égalité, parce qu'elle lèverait des interdictions de sorte que chacune et chacun puisse par exemple se marier, adopter, etc.<sup>2736</sup> La liberté sexuelle permettrait de répondre à des problématiques d'égalité.

**721.** De façon plus prégnante, le principe de dignité recouvrerait l'égalité, en particulier la lutte contre les inégalités sociales et les relations de pouvoir. Le refus de la chosification que porterait la dignité<sup>2737</sup> reviendrait à ne pas considérer la personne comme une chose aliénable et ainsi à rejeter toute forme d'avilissement ou de domination de la personne. Le Conseil constitutionnel retient une telle conception de la dignité lorsqu'il estime que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un

---

<sup>2735</sup> Pour Daniel Borrillo, par exemple, la pensée de la sexualité par les féministes est fondée sur l'égalité mais vise principalement l'hétérosexualité et conduit à « limiter la liberté des uns au profit de l'indépendance des autres », de sorte que « l'égalité chasse toujours un peu la liberté » (D. Borrillo, « Liberté érotique et exception sexuelle », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 38).

<sup>2736</sup> R. Wintemute, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 161.

<sup>2737</sup> M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018, p. 284-285 : « Le principe de dignité implique [...] de ne pas réduire la personne à une simple chose, mais aussi, à l'inverse, de ne pas la regarder comme un pur esprit qui n'aurait pas de corps et donc pas de besoins matériels. »

principe à valeur constitutionnelle »<sup>2738</sup>. Cette même idée justifie par la dignité la nécessité d'assurer à la personne ses besoins minimums, ce qui passe notamment par la garantie de droits sociaux<sup>2739</sup>. La dignité constituerait alors un fondement juridique au soutien de la lutte contre les inégalités sociales.

**722.** Cette approche holistique trouve toutefois des limites qui justifient de ne pas hiérarchiser liberté et dignité. La dignité serait en effet utilisée pour lutter contre les inégalités sociales pour masquer, en droit, une position critique du libéralisme. Le recours à la dignité permettrait, selon Dominique Memmi, de contester le libéralisme économique d'une manière jugée plus acceptable en droit<sup>2740</sup>. Le recours à la dignité répondrait ainsi à « l'aliénation dans nos sociétés libérales »<sup>2741</sup>. Dès lors, la primauté de la dignité sur la liberté est une « protestation “somatisée” contre le libéralisme »<sup>2742</sup>. Plusieurs auteurs plaçant la dignité au cœur du système juridique adoptent une telle analyse<sup>2743</sup>. Il faut distinguer entre le principe initial de dignité et

---

<sup>2738</sup> Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *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*, n° 2.

<sup>2739</sup> M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 288 ; J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « La quête d'effectivité européenne du droit au logement », *RDSS*, 2015, p. 207 : « Il faut se réjouir d'ailleurs du redéploiement de la dignité sur le terrain des droits sociaux. Il lui offre, en effet, un rôle plus dynamique que celui qu'elle joue dans le domaine des droits civils et politiques où, comme en avait lucidement averti Jacques Mourgeon “elle peut servir si l'on en fait la source de revendications et de droits comme asservir si l'on en fait la source de privations et de limitations”, et où elle s'expose au reproche de se transformer en faux nez à la morale. » V. également X. Bioy, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *AJDA*, 2010, p. 448 ; V. Donier, « Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences », *RDSS*, 2015, p. 170 ; D. Roman, *La cause des droits*, Dalloz, p. 17-18, p. 22 et p. 27.

<sup>2740</sup> D. Memmi, « La “dignité” : une protestation somatisée contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, S. Hennette-Vaucher, C. Girard (dir.), Paris : Puf, 2005 : « si l'invocation commune et polysémique de la dignité renvoie bien à une lutte contre la marchandisation généralisée et ses effets symboliques [...] ou sociaux [...], on s'explique mieux alors le succès du terme aujourd'hui ». Notamment « les enjeux de cette lutte sont sans doute trop politiques pour être dicibles dans l'univers juridique », « mais c'est aussi qu'ils sont devenus plus confus ».

<sup>2741</sup> *Ibid.*

<sup>2742</sup> *Ibid.*

<sup>2743</sup> J.-P. Feldman, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, p. 87 : « Le respect de la dignité de la personne humaine a notamment pour conséquence d'imposer des restrictions à ce qui est couramment appelé l'“autonomie de la volonté”. De deux choses l'une suivant les auteurs : soit cette expression, qui renvoie à l'individualisme sur le terrain contractuel, doit être drastiquement encadrée sous peine justement de porter atteinte à la dignité humaine, soit elle est dénuée de tout sens. Selon Bernard Edelman, le libéralisme mène à un monde inhumain car s'il impose à la nature un modèle industriel, il fait de même du sujet. Or, l'extension indéfinie de l'“autonomie de la volonté” se traduit par l'esclavage. Muriel Fabre-Magnan partage ces idées : “Dans le domaine sexuel et privé comme dans le domaine économique et social, le libéralisme est de la même façon destructeur lorsqu'il est sans limite, et conduit tout aussi sûrement à assurer la domination des forts sur les plus faibles qui sont toujours ceux qui consentent.” Quelques lignes plus haut, elle avait écrit que “si la seule chose qui compte est l'autonomie personnelle, une personne pourrait accepter d'être soumise à des pratiques sadomasochistes, mais aussi d'être torturée, traitée en esclave, ou même tuée.” Toute conception grotienne, selon laquelle “il est permis à tout homme de se réduire en esclavage privé au profit de qui bon lui semble”, est vigoureusement rejetée. Il n'est pas inutile de noter d'ailleurs que lors de sa période - sporadique - à majorité socialiste, et plus précisément dans sa décision n° 97-388 DC du

les buts qui le sous-tendent. Le recours à la dignité pensée comme une lutte contre des relations de pouvoir et de domination, justifierait de revenir à une acception plus resserrée de la dignité, comme respect de l'humain, pour l'allier avec la liberté et l'égalité lorsqu'il s'agit de revendiquer des droits sociaux. Cette approche permettrait de répondre aux critiques tant de l'expansionnisme de la notion de dignité que de l'agenda moral et politique qui la sous-tend.

**723.** À cette critique, il faut en ajouter une plus substantielle de la lutte contre les inégalités sociales à travers le principe de dignité. Pour Hélène Thomas, au nom de ce principe, les personnes pauvres ne seraient plus envisagées comme des citoyennes à part entière mais en tant que personnes humaines, de sorte qu'elles seraient différenciées des autres<sup>2744</sup>. En particulier, si la dignité permet de justifier l'existence de droits sociaux et de manière plus large que la citoyenneté, la personne pauvre n'est plus prioritairement considérée comme un « citoyen détenteur de droits »<sup>2745</sup> dans un modèle démocratique. Elle est plutôt envisagée comme une personne humaine redevable d'obligations au nom des aides reçues, qu'elle doit utiliser d'une certaine manière, différenciée des autres citoyens. Ainsi, « quand les inégalités sociales se creusent, en appeler à la dignité ne résout donc pas le problème des moyens à mettre en œuvre pour concrétiser davantage le principe d'égalité »<sup>2746</sup>. La dignité peut ainsi porter en elle-même une inégalité sans permettre de résoudre des inégalités sociales. Cette analyse s'inscrit en faveur du détachement de l'égalité de la dignité et montre la nécessité d'envisager la dignité et la liberté avec l'égalité pour penser le consentement.

**724.** Le triangle dignité-égalité-liberté offre une alternative aux vices de la hiérarchisation entre liberté et dignité, qui n'apporte pas de réponse juridique pertinente aux enjeux posés par le consentement. La dimension de l'égalité, comme l'appréhension de chacun des principes les uns au regard des autres et à des niveaux identiques, permet d'offrir un cadre pertinent au droit des personnes dans le domaine des droits fondamentaux. Ce cadre offre des perspectives larges. Il invite notamment à la reconnaissance de droits et de libertés assurant la reconnaissance des différences de chacune et chacun. Nous en tirerons des conséquences uniquement quant au consentement.

---

20 mars 1997 sur la loi créant les plans d'épargne retraite, le Conseil constitutionnel a sèchement refusé de consacrer un principe constitutionnel de l'autonomie de la volonté. »

<sup>2744</sup> H. Thomas, « Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social », *Raisons politiques*, vol. n° 6, n° 2, 2002, p. 37.

<sup>2745</sup> *Ibid.*

<sup>2746</sup> *Ibid.*



Le triangle constitutionnel de Susanne Baer suppose en effet de concevoir les consentements comme des processus de reconnaissance interindividuelle.

## **§2. Les appréhensions nouvelles des consentements**

**725.** Les consentements pourraient être appréhendés comme des processus permettant la reconnaissance des individus dans une perspective de justice sociale. Les théories de la reconnaissance ont en effet été développées pour concevoir la justice sociale à travers les rapports intersubjectifs des individus.

**726.** La réponse au déni de reconnaissance constaté dans la réalité sociale des consentements ne peut en effet se trouver dans la seule expression de la volonté de la personne, au risque de préjuger de son libre arbitre. Le consentement gagnerait plutôt à être réglementé en tant que processus de recueil du consentement d'une part, et à respecter la manifestation de volonté d'autre part. En ce sens, les conditions de la reconnaissance de l'individu pourraient être prises en compte par le droit dans un objectif de justice sociale.

Le consentement peut aussi être appréhendé comme outil juridique de reconnaissance non pas seulement par les pouvoirs publics, mais par les personnes pour faire respecter leurs choix et leurs droits. Dans ce cas, le consentement peut constituer un outil au service de l'émancipation personnelle et collective des individus.

**727.** Loin d'être incompatibles, ces deux conceptions se complètent car elles répondent à des lectures et des usages différents du droit. Le consentement peut être réglementé comme un processus de reconnaissance intersubjective (A) et peut être saisi comme un outil juridique d'émancipation (B).

### **A. Le consentement comme processus juridique de reconnaissance intersubjective**

**728.** Le consentement gagnerait à être réglementé comme un processus de reconnaissance intersubjective. Établie hors du champ juridique (1), cette conception du consentement pourrait tout à fait être intégrée en droit (2).

1) *La conceptualisation extra juridique du consentement comme processus de reconnaissance*

729. Le consentement pourrait être conçu comme une démarche de reconnaissance intersubjective d'autrui. En cela, il s'inscrirait dans les trois grandes conceptions de la reconnaissance qui ont été développées dans la philosophie contemporaine et qui prolongent la réflexion sur la justice sociale<sup>2747</sup>.

Axel Honneth fait partie de l'École de Francfort et a permis de renouveler les travaux sur la reconnaissance. Il part des écrits de Hegel, mais aussi de ceux de Habermas sur la communication<sup>2748</sup>, pour concevoir une théorie morale de la reconnaissance<sup>2749</sup> : « la reconnaissance apparaît comme une relation morale entre des partenaires accédant à l'autonomie grâce au fait qu'ils se voient confirmés dans leurs actions et leurs qualités par leurs rapports aux autres, au sein de ce tissu de relations intersubjectives »<sup>2750</sup>. Axel Honneth propose ainsi une conception de la justice sociale<sup>2751</sup> : « Il y a reconnaissance positive, et donc justice, lorsque les “effets”, c'est-à-dire les manifestations de reconnaissance, sont conformes aux attentes formulées par les acteurs sociaux ; déni de reconnaissance, c'est-à-dire “mépris” [...] et injustice, au contraire, quand ces effets sont inadéquats aux attentes. »<sup>2752</sup>

Charles Taylor adopte une théorie de la reconnaissance qui s'inscrit dans la critique multiculturaliste du libéralisme<sup>2753</sup>. Alors qu'Axel Honneth conçoit des sources multiples de déni de reconnaissance, l'analyse de la reconnaissance chez Charles Taylor est centrée sur

---

<sup>2747</sup> C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009, p. 515 et s. Sur les liens entre les théories de la reconnaissance et le droit français, v. S. Fulli-Lemaire, « La privatisation du droit de la famille (The Privatization of Family Law) », in *La sphère privée*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2016, p. 143. L'auteur conçoit le statut comme « enjeu de luttes pour la reconnaissance ».

<sup>2748</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *Les théories de la reconnaissance*, Paris : La Découverte, 2014, p. 45 : « Le paradigme de la reconnaissance résulte ainsi de la synthèse qu'opère Honneth entre le modèle communicationnel de Habermas et un modèle agonistique d'abord inspiré par Foucault [...], puis par le jeune Hegel [...]. » V. également C. Audard, *op. cit.*.

<sup>2749</sup> *Ibid.*

<sup>2750</sup> H. Guéguen, O. Voirol, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v<sup>o</sup> « Reconnaissance », p. 1417, spéc. p. 1424.

<sup>2751</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *Les théories de la reconnaissance*, Paris : La Découverte, 2014, p. 46 ; C. Audard, *op. cit.*, p. 525 : « La demande de reconnaissance ne se substitue pas aux revendications classiques au nom de la justice et de l'égalité, mais elle leur apporte la “grammaire morale” des émotions et des besoins humains qui leur manquait. Surtout, elle traque l'injustice là où le respect des droits et la solidarité semblaient s'arrêter : au-delà du monde du travail et de la sphère publique, dans l'espace privé de la famille et dans celui, intime, des sentiments moraux de la construction de l'identité. »

<sup>2752</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>2753</sup> C. Audard, *op. cit.*

l'« identité culturelle » de la personne<sup>2754</sup>. Il pense « la justice comme reconnaissance des différences »<sup>2755</sup>.

Nancy Fraser entend dépasser le dilemme entre reconnaissance et redistribution<sup>2756</sup> en développant une conception de la justice sociale tridimensionnelle alliant reconnaissance et redistribution<sup>2757</sup>, mais aussi représentation politique<sup>2758</sup>. Sa théorie de la justice repose sur la « parité de participation »<sup>2759</sup>. Nancy Fraser propose une conception de la reconnaissance qui diffère de celle d'Axel Honneth en se situant davantage sur le plan politique plutôt que moral ou psychologique<sup>2760</sup> : « Il s'agit de la reconnaissance d'un statut, celui de pair, pas de la reconnaissance d'une identité. »<sup>2761</sup> De fait, « ce qui est important, ce n'est pas [...] de reconnaître l'identité culturelle d'un groupe spécifique, mais de reconnaître son égalité de statut avec les autres, c'est-à-dire sa capacité à participer à part entière à la vie sociale »<sup>2762</sup>. La chercheuse pense ainsi la reconnaissance à partir de la problématique des luttes « socio-économiques et politiques »<sup>2763</sup>.

**730.** Le consentement s'inscrit dans les théories de la reconnaissance parce qu'il est fondamentalement intersubjectif. Toutes les pensées de la reconnaissance ont en effet en commun « ce motif de l'intersubjectivité » à partir duquel elles se construisent autour de deux éléments principaux : la réciprocité et la lutte<sup>2764</sup>. Leurs différences se trouveraient plutôt dans l'« objet de la reconnaissance »<sup>2765</sup>. Il ne nous semble donc pas indispensable, dans ce travail,

---

<sup>2754</sup> *Ibid.*

<sup>2755</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 80. Charles Taylor s'appuie sur une tension : « En même temps que l'égalité dignité, ce que présuppose l'exigence de reconnaissance, c'est en effet un "idéal d'authenticité" qui voit dans l'identité unique d'un individu ou d'un groupe le fondement de sa valeur. Contrairement à l'idéal de dignité égalitaire, l'idéal d'authenticité ne situe pas la source du respect dans la dimension universelle de l'être humain (la rationalité comme principe d'autodétermination selon Kant), mais dans sa dimension la plus singulière. D'où, par conséquent, une tension entre ces deux idéaux, puisque l'un réfère la source de la valeur et du respect à un universel indifférencié, et l'autre à la particularité d'une identité définie comme différence. D'où, par conséquent aussi, une tension entre une politique libérale de la dignité et une politique communautarienne de la différence. » V. aussi H. Guéguen, O. Voirol, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Reconnaissance », p. 1417, spéc. p. 1426.

<sup>2756</sup> V. C. Audard, *op. cit.*, p. 526 : « Le dilemme est le suivant : la reconnaissance tend à promouvoir la différenciation. La redistribution, en revanche, demande l'abolition des dispositions qui maintiennent la spécificité d'un groupe. » V. également H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 92.

<sup>2757</sup> E. Ferrarese, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Nancy Fraser », p. 588 ; H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 94.

<sup>2758</sup> *Ibid.* Nancy Fraser ajoute cette troisième dimension de la justice sociale en 2009.

<sup>2759</sup> E. Ferrarese, *loc. cit.*, p. 589.

<sup>2760</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 96.

<sup>2761</sup> E. Ferrarese, *loc. cit.*, p. 588.

<sup>2762</sup> H. Guéguen, G. Malochet, *op. cit.*, p. 95.

<sup>2763</sup> C. Audard, *op. cit.*, p. 527-528.

<sup>2764</sup> E. Ferrarese, « Postface. La reconnaissance, le tort et le pouvoir », in *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, N. Fraser, Paris : La Découverte, 2011, p. 159, spéc. p. 162.

<sup>2765</sup> *Ibid.*

de déterminer dans quelle théorie il conviendrait d'inscrire le consentement. L'analyse des inégalités sociales conditionnant le consentement comme déni de reconnaissance justifie de l'appréhender comme un instrument juridique pouvant permettre la reconnaissance des individus.

Cela suppose de ne plus considérer la seule volonté exprimée par la personne mais le processus de recueil et de respect de cette volonté, comme démarche de reconnaissance.

**731.** Une telle appréhension du consentement n'est pas nouvelle. Manon Garcia a développé une approche du consentement sexuel à travers les nécessités de la reconnaissance intersubjective. Manon Garcia envisage ainsi « le sexe comme conversation »<sup>2766</sup> et « le consentement comme respect »<sup>2767</sup>. Les travaux de Manon Garcia ont été développés dans un domaine particulier : ils relèvent de la philosophie morale et ont été conçus dans le champ de la sexualité et à partir de l'oppression spécifique que subirait la femme et qui l'amènerait à un comportement de soumission<sup>2768</sup>. Il n'en reste pas moins que l'autrice donne des pistes intéressantes pour penser le consentement dont on peut tout à fait se saisir une fois conscient de ses frontières épistémologiques.

**732.** La philosophe part de la recherche des conditions d'une sexualité moralement bonne qui prendrait en compte l'environnement inégalitaire de la sexualité<sup>2769</sup>. Le critère du désir sexuel ne peut qualifier la sexualité moralement bonne, car il ne permet pas de caractériser la volonté de la personne<sup>2770</sup>. Il conviendrait donc de trouver un autre critère. Manon Garcia s'interroge alors sur les critiques faites aux normes dites de « consentement affirmatif », lesquelles seraient incompatibles avec l'activité sexuelle<sup>2771</sup>. Ces reproches excluent du domaine sexuel « le respect et l'attention à l'autre », une exigence morale pourtant classique<sup>2772</sup>.

---

<sup>2766</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 223.

<sup>2767</sup> *Ibid.*, p. 226.

<sup>2768</sup> V. *supra*, n° 612 et s.

<sup>2769</sup> M. Garcia, *op. cit.*, p. 227 : « Dans le contexte actuel, fait de ces représentations et des dominations sociales qui structurent notre sexualité, penser une sexualité entre individus pleinement autonomes et égaux est trop éloigné de la réalité. Mais on peut réfléchir à ce qui peut permettre des relations sexuelles bonnes sur le plan moral. »

<sup>2770</sup> Car premièrement, « il est tout à fait possible de désirer une relation sexuelle sans la vouloir et sans y consentir » (*ibid.*) et deuxièmement, « on reconnaît dans la vie quotidienne que l'on peut vouloir faire des choses que l'on ne désire pas en les considérant comme des moyens pour d'autres fins » (*ibid.*, p. 228).

<sup>2771</sup> *Ibid.*, p. 230-231.

<sup>2772</sup> « [Cette représentation] sous-entend que le respect et l'attention à l'autre que l'on considère comme nécessaires dans les relations interpersonnelles non sexuelles ne devraient pas avoir cours dans le sexe » (*ibid.*, p. 231) mais « il n'y a pas de raison de penser que les normes morales habituelles ne doivent pas s'appliquer entre des gens qui s'aiment ou qui ont des rapports intimes les uns avec les autres » (*ibid.*, p. 232).

Il est en effet nécessaire de penser l'autonomie dans le domaine sexuel en reconnaissant l'autre comme une personne<sup>2773</sup>.

**733.** La nécessité de penser la relation interindividuelle est ainsi centrale dans la sexualité, comme le montreraient les travaux de Simone de Beauvoir : « Pour Beauvoir, l'existence authentique implique de reconnaître cette ambiguïté d'être à la fois sujet et objet, esprit et corps, à la fois prise dans des normes de genre et autonome. Cette ambiguïté ne concerne pas seulement les femmes, elle relève de la condition humaine. »<sup>2774</sup> Or, Manon Garcia estime que c'est la conscience de cette ambiguïté qui constitue « l'expérience [sexuelle] réussie »<sup>2775</sup> et que cette conscience se réalise essentiellement dans la relation à l'autre<sup>2776</sup>. Ainsi, le bon sexe se construit dans la relation, dans le respect et l'attention de l'autre<sup>2777</sup>. Si cette « reconnaissance intersubjective » suppose de dépasser certaines conceptions des rapports de genre et de la sexualité<sup>2778</sup>, elle n'en est pas moins nécessaire pour concevoir « le sexe comme relation entre égaux »<sup>2779</sup>.

**734.** Le consentement sexuel devrait ainsi être appréhendé à travers la relation à l'autre et le respect qui devrait l'entourer : « il semble que la solution soit à trouver non dans l'échange du consentement une fois pour toutes mais dans une conversation des sujets consentants sur leur consentement »<sup>2780</sup>. Le consentement ne devrait donc plus être pensé « comme un seul accord

---

<sup>2773</sup> *Ibid.*, p. 232 : « la nécessité d'interroger l'autonomie non pas seulement comme quelque chose qui doit être protégé contre des attaques mais comme quelque chose qui a besoin de conditions propices pour son développement. Pour que la sexualité puisse remplir ses promesses, il faut que les partenaires puissent y être reconnus comme des personnes, des sujets incorporés, qui désirent, qui pensent, qui veulent ». (Cela serait précisément empêché par le patriarcat (*ibid.*, p. 232-233). Un tel raisonnement reviendrait à un retour à « l'inspiration kantienne » (*ibid.*, p. 233).)

<sup>2774</sup> *Ibid.*, p. 234. Autrement dit, « la subjectivité est corporelle : être un sujet et notamment un sujet de désir, c'est à la fois être et avoir un corps, c'est-à-dire à la fois être un sujet dans un corps et avoir un corps qui est un objet pour les autres » (*ibid.*).

<sup>2775</sup> *Ibid.*, p. 235 : « Une expérience érotique réussie n'est pas simplement une expérience dans laquelle le plaisir est maximisé - même si c'est sans doute souhaitable. Une expérience réussie est une expérience dans laquelle l'être humain fait l'expérience corporelle, charnelle, de tout ce qu'il est dans son ambiguïté. »

<sup>2776</sup> *Ibid.* : « Et dans cette expérience [réussie], le rapport à l'autre est absolument essentiel. C'est face à l'autre, parce que le conçoit comme un autre que je me reconnais moi-même comme un sujet. C'est à travers le regard de l'autre que je me découvre ou que je me sais objet. » Or, « cette ambiguïté n'est possible que dans la relation [...] » (*ibid.*).

<sup>2777</sup> « La bonne expérience érotique » (*ibid.*, p. 236) « ne nécessite pas d'amour au sens romantique du terme, mais une "réciproque générosité" et une reconnaissance mutuelle qui sont les bases du traitement de l'autre comme une personne » (*ibid.*, p. 237).

<sup>2778</sup> *Ibid.*, p. 237 : « cette reconnaissance intersubjective est difficile à acquérir » au regard des « normes de genre qui génèrent des injustices épistémiques » et parce que « la sexualité tend à être conçue comme le terrain d'une économie de maximisation de son plaisir avec un minimum de coûts ».

<sup>2779</sup> Pour l'expression, *ibid.*, p. 232 ; *ibid.*, p. 237 : « Mais il est probable qu'elle soit effectivement la condition d'une authentique relation sexuelle dans laquelle nous nous engagerions comme sujets humains égaux. »

<sup>2780</sup> *Ibid.*, p. 237.

valide et formel mais comme la manifestation de l'autonomie sexuelle des partenaires [...] »<sup>2781</sup>. Il est en effet nécessaire de garantir la reconnaissance de l'autre en tant que personne et ainsi « un respect et une attention à l'autre, à sa situation présente, aux limitations qui peuvent être les siennes, aux différentiels de pouvoir ou d'autorité qui peuvent exister »<sup>2782</sup>. Ce n'est pas une « négociation », mais une « conversation » entre les partenaires qui est ainsi nécessaire<sup>2783</sup>.

**735.** Dans le champ de la santé, les difficultés entourant l'expression de la volonté ont également justifié de développer une conception du consentement qui ne se limite pas à la volonté exprimée mais au contexte dans lequel elle est donnée. Il doit alors s'agir d'un environnement fait de respect et d'attention pour l'autre, qui ne réduit pas le consentement à un passage obligé.

Le rapport du Comité consultatif national d'éthique sur le consentement en proposait une conception « relationnelle et sociale, pour améliorer la gestion de la relation et de la communication »<sup>2784</sup>. Le consentement devrait être envisagé au regard de la confiance qui doit définir la relation entre le médecin et le patient, plutôt que d'être réduit à une procédure. Le Comité consultatif national d'éthique estime que le consentement devrait ainsi être pensé comme l'élaboration progressive d'une volonté au cours du temps : « le consentement ne se donne pas, il s'élabore : il est moins un acte qu'un processus »<sup>2785</sup>. Plusieurs conséquences en sont tirées, parmi lesquelles un droit au refus de consentement<sup>2786</sup> et la révocabilité du consentement<sup>2787</sup>, lequel doit être pensé dans sa « narration »<sup>2788</sup>.

---

<sup>2781</sup> *Ibid.*, p. 237-238 : « Dans un tel cadre, le consentement n'est plus à comprendre comme un seul accord valide et formel mais comme la manifestation de l'autonomie sexuelle des partenaires, qui doit se produire de manière continue pendant la rencontre sexuelle. »

<sup>2782</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>2783</sup> *Ibid.*, p. 240 : « plus qu'une négociation, il faut sans doute considérer ces échanges comme une conversation » car il ne s'agit pas d'une « bataille » mais d'une « attention à l'autre ».

<sup>2784</sup> CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avr. 2021, p. 27 : « au-delà de sa construction juridique, le consentement doit devenir une construction relationnelle et sociale, pour améliorer la gestion de la relation et de la communication ».

<sup>2785</sup> *Ibid.*, p. 30 : « Le consentement n'est pas - ou n'est pas seulement - une procédure qu'il convient d'appliquer et de faire approuver à une personne. Il apparaît de plus en plus comme pouvant évoluer, dans le cadre d'une relation fondée sur une confiance réciproque, qui s'adapte au gré de l'évolution des choix de la personne malade et de son état pathologique. S'agissant des questions complexes, la notion de processus est à entendre, aussi bien comme un processus évolutif dans le temps, que comme un processus discursif, par exemple en particulier entre le médecin et la personne malade. C'est en effet au fil du temps, que va pouvoir s'élaborer, un consentement ou un refus. *In fine*, le consentement ne se donne pas, il s'élabore : il est moins un acte qu'un processus. »

<sup>2786</sup> *Ibid.*, p. 31 : « accepter le droit de la personne à refuser de consentir, s'assurer que le refus est libre et éclairé ».

<sup>2787</sup> *Ibid.* : « accepter le droit de la personne à changer d'avis à tout moment, c'est à dire affirmer la révocabilité du consentement » ; « la question du consentement ne se résume pas à un choix binaire ».

<sup>2788</sup> *Ibid.*, p. 32.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme souligne la complexité du contexte dans lequel est donné le consentement. Il en résulte « une attention toute particulière aux conditions du recueil de ce consentement »<sup>2789</sup>, mais aussi une conception du consentement tournée autour du dialogue et d'un processus. Ainsi, « une dialectique en tension permanente doit sans doute être la règle en matière de consentement, ce qui exclut toute réponse univoque, simpliste ou simplificatrice »<sup>2790</sup>.

**736.** Pour autant, la conceptualisation du consentement à travers la nécessité de la reconnaissance intersubjective n'a pas été développée juridiquement, ce que soulignait le Comité consultatif national d'éthique<sup>2791</sup>. Manon Garcia estime que la conception de la sexualité qu'elle propose ne devrait pas être régulée en droit.

La construction morale qu'elle développe n'aurait d'abord pas sa place sur le plan juridique, le passage de l'un à l'autre s'avérant complexe : « l'ambiguïté sémantique » d'un mot utilisé dans les deux champs juridique et moral ne résout pas les difficultés<sup>2792</sup>. En particulier, une redéfinition des agressions sexuelles et du viol ne permettrait pas de garantir que le consentement soit une conversation entre partenaires et une marque de respect<sup>2793</sup>.

En outre, Manon Garcia rejette le principe même d'une intervention du droit. Selon Manon Garcia, « quoi que l'on pense du recours au système pénal, deux choses sont claires : d'une part, les injustices de la zone grise ne pourront jamais être résolues par le système pénal et,

---

<sup>2789</sup> CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015, n° 42

<sup>2790</sup> *Ibid.* : « Nos auditions et débats ont montré que la validité du consentement devait nécessairement être présumée et ne pouvait être mise en cause *a priori*, dès lors qu'il était libre et éclairé. Cependant ils ont également montré que le consentement était quasi systématiquement le produit et le lieu d'une tension, entre le souhaité et le possible, entre des désirs et des intérêts contradictoires, entre une volonté individuelle et une autorité ou une norme... Cette tension fait que le consentement peut difficilement se réduire à une opposition binaire entre un oui et un non absolus, et tant le contexte que les rapports inégalitaires entre individus peuvent altérer la qualité du consentement qui alors n'est plus réellement ni libre ni éclairé. Il est donc indispensable d'accorder une attention toute particulière aux conditions du recueil de ce consentement et de veiller dans la mesure du possible à son actualisation régulière. Une dialectique en tension permanente doit sans doute être la règle en matière de consentement, ce qui exclut toute réponse univoque, simpliste ou simplificatrice. »

<sup>2791</sup> CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avr. 2021, p. 27 : « au-delà de sa construction juridique, le consentement doit devenir une construction relationnelle et sociale [...] ».

<sup>2792</sup> M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 241 : « En jouant sur les deux sens du terme [de consentement], le sens commun et le sens juridique, on veut faire croire que l'ambiguïté sémantique garantit un transfert aisé du problème moral et politique au domaine judiciaire », mais cela « ne va pas de soi ». L'auteur rappelle les travaux de Roseanna Sommers (v. *supra*, n° 592) pour montrer que « ce transfert [du moral au juridique] passe mal » (*ibid.*, p. 242).

<sup>2793</sup> *Ibid.*, p. 242. En particulier, la lutte actuelle contre une « présomption de consentement » en droit français se heurte à la présomption d'innocence (*ibid.*) et ne serait « ni possible, ni souhaitable » (*ibid.*, p. 243). Les difficultés de preuve demeureraient (*ibid.*, p. 244). L'introduction du « consentement affirmatif » se heurterait à un éternel problème de définition qui serait incompatible avec le principe de légalité des délits et des peines (*ibid.*). Le droit pénal porterait par ailleurs des défauts relevant du mécanisme répressif (*ibid.*, p. 247 et s.). Enfin, le problème des violences sexuelles ne tiendrait pas tant de la loi que du « manque de moyens de la justice » et de « conceptions sexistes » (*ibid.*, p. 250).

d'autre part, ce n'est pas le droit qui nous permettra d'accéder au type de conversation sexuelle nécessaire à une vie sexuelle non seulement morale mais joyeuse et épanouie »<sup>2794</sup>. L'éducation sexuelle, « l'éducation au consentement », seraient de puissants leviers pour atteindre une sexualité bonne<sup>2795</sup>.

Il nous semble à l'inverse que le droit peut participer à faire du consentement un processus de reconnaissance et que cette exigence est déduite de l'interprétation des droits fondamentaux donnée par Susanne Baer.

## 2) *L'intégration en droit du consentement comme processus de reconnaissance*

**737.** La reconfiguration du consentement de l'expression de la volonté au processus dans lequel elle est recueillie, suppose de tirer un certain nombre de conséquences sur le plan juridique.

**738.** À l'inverse de l'argumentation retenue par Manon Garcia, la conception du consentement comme processus de reconnaissance n'est pas limitée au seul plan moral<sup>2796</sup>. L'interprétation donnée aux droits fondamentaux à travers le triangle élaboré par Susan Baer offre un cadre supralégislatif dans lequel la condition légale de consentement devrait s'inscrire. Ce cadre véhicule bien sûr des valeurs, car il y est question de droit et libertés fondamentaux<sup>2797</sup>, mais il est incontestablement juridique.

En outre, cette nouvelle conception du consentement permet d'orienter les comportements vers une interprétation souhaitée, sans prétendre que le droit apportera une solution miraculeuse à toutes les problématiques soulevées par le consentement. En montrant son attachement au consentement comme reconnaissance, la loi remplit sa fonction symbolique. Nous ne prétendons donc pas proposer de réguler des comportements qui supposent une évolution personnelle et collective vers la reconnaissance de l'autre. Une telle démarche suppose que chacun adopte un comportement vertueux dans le recueil du consentement. L'approche juridique du consentement ne se veut pas être une « théorie idéale du consentement », mais « non idéale »<sup>2798</sup>. Nous ne rejoignons donc que partiellement l'argument de Manon Garcia : le

---

<sup>2794</sup> *Ibid.*, p. 250-251.

<sup>2795</sup> *Ibid.*, p. 250 et s.

<sup>2796</sup> Par ex. P. Jestaz, *Le droit*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021, p. 45 et s. ; F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 15<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023, p. 85 et s. n° 84 et s. ; D. Bureau F. Drummond, D. Fenouillet, *Droit et morale : aspects contemporains*, Paris : Dalloz, 2011.

<sup>2797</sup> D. Lochak, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2018, p. 4-5.

<sup>2798</sup> *Ibid.*, p. 200.



droit peut davantage véhiculer une conception du consentement comme processus de reconnaissance intersubjective et cela n'implique pas pour autant que le droit réponde à tous les enjeux posés par le consentement.

**739.** L'appréhension actuelle du consentement n'est pas en mesure de faire obstacle aux situations de « déni de reconnaissance ». En pratique, l'individu qui recueille le consentement peut avoir comme unique objectif de l'obtenir en estimant qu'il s'agit de la meilleure solution pour la personne qui doit le donner. Cette réalité sociale du consentement, permise par le droit, n'est pas conforme aux conditions de la justice sociale par la reconnaissance développées dans le triangle dignité-égalité-liberté. Pour rappel, les droits fondamentaux tels qu'interprétés au sein de ce triangle visent à garantir « des conditions égales de liberté fondées sur la reconnaissance des différentes manières par lesquelles chacun choisit de vivre sa propre vie »<sup>2799</sup>. En concevant le consentement comme un processus de reconnaissance, et non comme la seule expression de la volonté de la personne, les choix individuels et les différentes identités seraient davantage respectés.

**740.** Le consentement doit ainsi être conçu dans son aspect intersubjectif à travers l'interaction entre la personne recueillant le consentement et celle qui exprime sa volonté. Plutôt que de s'arrêter sur la volonté de l'individu, l'interaction que suppose le consentement devrait être mise en lumière. Le droit devrait garantir le respect d'une personne et de l'expression de sa volonté. Cela suppose de mettre l'accent sur le processus de recueil de la volonté et le respect de la volonté exprimée. Autrement dit, il importerait de développer des règles applicables à la personne recueillant le consentement.

Premièrement, le recueil du consentement de la personne pourrait être davantage encadré. Dans le cas où le consentement de la personne est imposé par la loi, cela suppose de mettre une obligation de recueil du consentement à la charge de la personne à qui le consentement doit être donné. Par ailleurs, la personne recueillant le consentement ne devrait pas chercher à convaincre de donner son consentement. L'obtention de ce dernier ne peut constituer un objectif au risque de constituer une forme de mépris de la personne.

---

<sup>2799</sup> *Ibid.*, p. 430 : « To put it differently, and again, we need to better understand what equality, dignity, and liberty mean in light of each other; in a triangle, in order to achieve what human and fundamental rights seem to be about - namely, equal conditions of freedom based on the recognition of diverse ways in which one can choose to live one's own life. »

Deuxièmement, le consentement ou le refus de consentement de la personne devrait être respecté. Il y aurait autrement une négation de l'autre personne et de la place qui lui est accordée.

**741.** Cette conception du consentement pourrait être élaborée à partir d'une modification des règles de droit. Le consentement pourrait aussi être pensé à partir de la manière dont les individus pourraient s'en saisir sur le plan juridique. Il a en effet les potentialités d'un outil de mobilisation.

## B. Le consentement comme outil de mobilisation

**742.** Le consentement n'est pas seulement un outil juridique servant les intérêts de la personne qui le recueille. Les personnes donnant leur consentement peuvent se saisir de l'opportunité de faire respecter leur volonté, grâce à la dimension intersubjective du consentement. Le consentement peut ainsi constituer un moyen juridique mobilisé par les individus pour mener une politique de la reconnaissance.

**743.** Le droit peut en effet être saisi comme un objet militant. Cette démarche s'inscrit dans ce que Liora Israël nomme « l'arme du droit »<sup>2800</sup>. Il s'agit en effet de se saisir du consentement dans un « usage contestataire »<sup>2801</sup> et de renverser la perspective habituelle d'un droit qui serait au service de l'ordre, dans une approche autant politique que l'est celle du consentement dans la loi. Liora Israël le résume : « Il convient donc dans un premier temps d'expliquer pourquoi le droit est considéré comme étant du côté de l'ordre, plutôt que comme une source possible de contestation. Vecteur privilégié de l'action de l'État, et par extension des classes dominantes, l'espace juridique et judiciaire tendrait à reproduire, voire à renforcer, le *statu quo*. Cette vision manichéenne néglige ce qui fait justement la force politique du droit : son possible retournement. »<sup>2802</sup> Liora Israël développe de nombreuses formes de mobilisation du droit et de *cause lawyering* pour en montrer toutes les possibilités<sup>2803</sup>.

---

<sup>2800</sup> *Ibid.*, p. 13 : « Se pose ainsi la question du maniement du droit comme outil de réparation et arme de dissuasion dans les conflits contemporains. »

<sup>2801</sup> *Ibid.*, p. 11 : « Le droit peut être abordé comme instrument contesté de la régulation sociale, tout autant qu'à travers les usages contestataires du langage juridique et de l'arène judiciaire. »

<sup>2802</sup> *Ibid.*, p. 11-12. Se saisir du droit implique ainsi d'accepter, d'une certaine manière, l'ordre dans lequel il s'inscrit (*ibid.*, p. 18). L'utilisation du droit constitue alors une « une double affirmation paradoxale, de défiance et de reconnaissance à l'égard des autorités » (*ibid.*) et une « ressource sous contrainte » (*ibid.*).

<sup>2803</sup> *Ibid.*, p. 31 : Ainsi, « parfois outil unilatéral de la domination, le droit a aussi un rôle protecteur, voire offensif. Les usages politiques du droit sont ainsi soumis à des contraintes mais sont également source de potentialités. »

744. La lutte contre les violences obstétricales et gynécologiques est ainsi passée par une mobilisation reposant sur le droit autour du consentement du patient, exigence développée par la loi Kouchner<sup>2804</sup>. De même, la mobilisation féministe contre les violences sexuelles, si elle a pu être critiquée à l'égard du droit ou même le rejeter, s'est également largement appuyée sur le cadre légal<sup>2805</sup>.

745. Le consentement est en pratique traversé par des inégalités sociales. L'expression de la volonté d'une personne s'inscrit notamment dans un environnement relationnel, fait de domination et de soumission. Ce contexte ne doit toutefois pas être caricaturé : il est complexe à définir, la position sociale de la personne est faite de nombreux déterminants qui interagissent entre eux et ces facteurs n'aliènent pas pour autant sa possibilité de faire un choix. Ils interagissent avec elle. Les individus pourraient ainsi se saisir du consentement pour faire valoir leur volonté. Les consentements, précisément parce qu'ils conditionnent un acte au recueil de l'expression de la volonté d'une personne (acte médical, traitement de données personnelles, etc.), peuvent être saisis comme des possibilités d'opposition à ces actes.

Autrement dit, les pratiques peuvent elles-mêmes modifier la fonction du consentement. Parce que le consentement conditionne des actes, nous avons vu qu'il occupe une fonction plutôt paternaliste et au service de l'ordre social. Le caractère conditionnel du consentement peut à l'inverse être saisi par les individus pour faire valoir leur volonté. Le critère juridique du consentement peut ainsi être utilisé comme un moyen de lutte contre des formes d'oppression.

---

<sup>2804</sup> L. Quéré, « Lutttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 35, n° 1, 2016, p. 32.

<sup>2805</sup> Pour une approche historique générale du rapport au droit des mouvements féministes, v. L. Bereni, A. Debauche, E. Latour, A. Revillard, « Entre contrainte et ressource : les mouvements féministes face au droit », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 29, n° 1, 2010, p. 6. (« Toutefois, cette suspicion du féminisme vis-à-vis du droit et des institutions est étroitement liée aux fractions radicales des mouvements de la deuxième vague. Si l'on élargit le spectre des mouvements étudiés, dans le temps et dans l'espace, les rapports du féminisme au droit apparaissent bien plus complexes et pluriels. ») V. également M. Roca i Escoda, P. Delage, N. Chetcuti-Osorovitz, « Quand la critique féministe renouvelle le droit. Présentation du dossier », *Droit et Société*, 2018, vol. 99, n° 2, p. 277. (« Comme dans d'autres domaines d'intervention publique, le droit a ainsi été investi par les mouvements féministes et les mouvements de la cause des femmes, dès la fin des années 1970, pour lutter contre les violences envers les femmes. Bien que certaines féministes radicales aient vu dans le droit, comme dans tout autre instrument étatique, un rouage de la domination masculine et patriarcale, d'autres se sont saisis des outils juridiques, civils et pénaux, pour lutter contre les violences envers les femmes. »); F. Deruelle et J. Jarty, « Juger les violences sexuelles à l'université : le pari du droit disciplinaire », *Champ pénal/ Penal field*, n° 28, 2023 (« En dépit des évidentes contraintes qu'il véhicule, le droit pénal constitue aussi une ressource pour les féministes qui s'y réfèrent. »)

**746.** Faire du consentement un outil de mobilisation suppose d'en avoir la liberté. Or, le contexte de domination et le poids de l'oppression peuvent entraîner un comportement de soumission. Il faut donc avoir conscience de cette domination<sup>2806</sup>, ce qui constitue ainsi un préalable nécessaire pour faire un usage militant du consentement<sup>2807</sup>. La mobilisation juridique du consentement suppose de même une conscience du droit<sup>2808</sup>, laquelle est notamment tributaire de la position sociale des individus<sup>2809</sup>. Les politiques de réduction des inégalités sont ainsi complémentaires d'une évolution du droit sur le consentement à partir des théories de la reconnaissance.

**747. Conclusion de la Section 1.** Le consentement peut devenir un moyen juridique de reconnaissance intersubjective. Cette approche en termes de justice sociale renouvelle l'appréhension politique du consentement. À partir des droits fondamentaux, un triangle composé de la dignité, l'égalité et la liberté, le consentement peut retrouver une dimension libérale. Loin d'être supposément individualiste, elle repose à l'inverse sur l'intersubjectivité et la lutte contre les inégalités sociales. Le consentement devient en même temps une problématique démocratique en faisant respecter la diversité des voix individuelles et permet de répondre aux découragements exprimés face à la problématique du consentement.

Encore faut-il tirer les conséquences concrètes de ce raisonnement quant aux règles applicables aux différents consentements.

## **Section 2. Propositions pour des consentements au service d'une société socialement plus juste**

**748.** Les règles de droit encadrant les différents consentements pourraient être amendées pour en faire des instruments de reconnaissance intersubjective. Des propositions en ce sens seront développées pour quatre consentements : les consentements sexuel, biomédical, relatif aux données personnelles et à l'adoption. Les problématiques posées par chacun de ces consentements sont en effet d'une actualité particulière.

---

<sup>2806</sup> Pour reprendre les termes de Nicole-Claude Mathieu (v. *supra*, n° 611).

<sup>2807</sup> Par ex., sur l'appropriation par les femmes d'une norme égalitaire de la sexualité fondée sur le consentement, v. R. Lévy-Guillain, « MeToo or not MeToo ? Consentement sexuel et changement normatif au prisme de trajectoires individuelles féminines », *Politix*, vol. 141, n° 1, 2023, p. 47.

<sup>2808</sup> V. *supra*, n° 585.

<sup>2809</sup> Par ex. L. Quéré, « Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et Société*, vol. 102, n° 2, 2019, p. 413.

**749.** Dans le domaine des relations sexuelles (§1), des actes médicaux (§2), des données personnelles (§3) et de l'adoption (§4), les règles applicables au consentement pourraient permettre d'en faire des instruments de reconnaissance intersubjective au service d'une société plus juste socialement.

## **§1. Relations sexuelles**

**750.** Dans le domaine des relations sexuelles, de très nombreuses propositions pourraient être faites pour mieux prendre en compte le consentement en matière de politiques publiques, de prévention, de formation des professionnels, de ressenti de la victime. Nous avons préféré sélectionner deux conséquences juridiques à tirer des développements précédents et propres au consentement en droit : la redéfinition des agressions sexuelles dans la loi pénale (A) et le dépassement de la sphère de la justice pénale (B).

### **A. Redéfinir le consentement sexuel**

**751.** La définition française des agressions sexuelles et du viol pourrait-elle davantage prendre en compte l'idée de respect de la personne et de son choix ? Autrement dit, serait-il possible d'imposer légalement que les partenaires recherchent activement l'expression de leurs volontés respectives ? Nous nous accordons avec Manon Garcia sur l'existence d'une acception morale du consentement distincte de son appréhension juridique. Il reste que la loi pénale pourrait tout de même imposer une recherche active de l'expression de la volonté.

**752.** Trois types de propositions permettent d'aller dans ce sens, à l'appui de constructions juridiques différentes : la réinterprétation judiciaire des critères actuels de qualification des viols et agressions sexuelles, l'élaboration d'une norme de consentement positif et une attention au recueil du consentement. Ces propositions ne sont pas incompatibles et pourraient constituer des définitions alternatives du viol et des agressions sexuelles dans la loi.

**753.** Premièrement, les juridictions pourraient réinterpréter les conditions légales actuelles en ce sens : on pense notamment à la condition de surprise<sup>2810</sup>. L'étude sociologique du

---

<sup>2810</sup> C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021.

traitement des plaintes par les enquêteurs montre d'ailleurs que cette pratique existe déjà : les policiers cherchent à déterminer si le mis en cause a recherché ou non le consentement de la plaignante<sup>2811</sup>. Mais cette conception dépendrait d'une évolution de la jurisprudence.

**754.** Deuxièmement, une norme de consentement positif ou de recherche du consentement pourrait être imposée en droit pénal. Cette définition du viol et des agressions sexuelles rejoint la proposition de directive européenne adoptée par la Commission le 9 mars 2022<sup>2812</sup>. Le viol y est défini comme un « acte non consenti »<sup>2813</sup>, correspondant à « un acte accompli sans que la femme ait donné son consentement volontairement ou dans une situation où la femme n'est pas en mesure de se forger une volonté libre en raison de son état physique ou mental, par exemple parce qu'elle est inconsciente, ivre, endormie, malade, blessée physiquement ou handicapée, et où cette incapacité à se forger une volonté libre est exploitée »<sup>2814</sup>.

De la même manière, une loi espagnole de 2022 impose au défendeur de prouver le consentement de la victime, plutôt qu'elle ait à prouver, comme avant, des violences ou intimidations<sup>2815</sup>. Si la loi a eu des effets procéduraux critiqués<sup>2816</sup>, elle promeut une norme de consentement positif. En exigeant que la personne ait exprimé positivement qu'elle souhaite avoir une relation sexuelle, la loi implique que le partenaire ne puisse se comporter sans avoir connaissance de ce consentement positif.

**755.** D'autres législations ont intégré cette norme de consentement positif tout en étant vigilantes sur la recherche du consentement de l'autre par chacun des partenaires. La législation canadienne<sup>2817</sup>, hors régulation concernant les mineurs, définit le consentement comme

---

<sup>2811</sup> O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147 : « La juriste féministe Catherine Le Magueresse reproche au droit pénal français des violences sexuelles d'adopter sur le viol le point de vue des auteurs, qui ne tient pas compte de l'existence ou de l'absence du consentement de la victime. Elle plaide pour que la définition française du viol impose au suspect de prouver qu'il a activement recherché le consentement de la victime, suivant le modèle du droit pénal canadien. C'est cette recherche active de consentement que Raphaël s'efforce de caractériser au cours de l'interrogatoire. Ce cas n'est pas isolé et les policiers interrogent de façon systématique les mis en cause sur leur connaissance du consentement ou du non-consentement des plaignantes. »

<sup>2812</sup> Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée par la Commission le 9 mars 2022, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52022PC0105>.

<sup>2813</sup> Art. 5. 1.

<sup>2814</sup> Art. 5. 2.

<sup>2815</sup> *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*.

<sup>2816</sup> L. Lamant, « Une loi féministe emblématique menace la coalition des gauches en Espagne », *Mediapart*, 12 févr. 2023.

<sup>2817</sup> C. Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », *Archives de politique criminelle*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 223 ; C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 141 et s.

« l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle »<sup>2818</sup>, l'exclut dans six hypothèses<sup>2819</sup> et prévoit des règles particulières sur la « croyance au consentement » du partenaire mis en cause. Ce dernier ne peut pas s'en servir comme moyen de défense notamment lorsqu'« il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement » ou qu'« il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement »<sup>2820</sup>. La loi canadienne propose donc une forme de consentement positif (la personne doit avoir explicitement donné son consentement) ou de recherche du consentement (le partenaire doit avoir recherché le consentement s'il n'est pas explicite)<sup>2821</sup>.

En Suède, une loi a également placé l'absence de consentement positif comme critère de qualification des agressions sexuelles. Face aux difficultés liées à l'intention de la personne mise en cause, la loi a créé une autre infraction lorsque l'absence de consentement est bien établie mais pas l'intention du mis en cause : il y a alors un « viol par négligence »<sup>2822</sup>. Dans cette hypothèse, l'absence de recherche du consentement par un comportement raisonnable est sanctionnée<sup>2823</sup>.

<sup>2818</sup> Code criminel canadien, art. 153.1 (2).

<sup>2819</sup> Code criminel canadien, art. 153.1 (3) « Restriction de la notion de consentement » : « Pour l'application du présent article, il n'y a pas de consentement du plaignant dans les circonstances suivantes :

- a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers ;
  - a.1) il est inconscient ;
  - b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1) ;
  - c) l'accusé l'engage ou l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir ;
  - d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité ;
  - e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci. »

<sup>2820</sup> Code criminel canadien, art. 153.1 (5) « Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement » : « (5) Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur le présent article le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

- a) cette croyance provient :
  - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
  - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire,
  - (iii) soit de l'une des circonstances visées aux paragraphes (3) ou (4) ou 265(3) dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant ;
- b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement ;
- c) il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement. »

<sup>2821</sup> V. C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 144.

<sup>2822</sup> *Ibid.*, p. 144 et s. ; M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 246 ; Swedish Prosecution Authority, « Sexuel offences », <https://www.aklagare.se/en/affected-by-crime/sexual-offences/>.

<sup>2823</sup> C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement : pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021 ; M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021. V. L. Wegerstad, « Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law », in *Consent and Sexual Offenses: Comparative Perspectives*, E. Hoven, & T. Weigend (dir.), Baden-Baden : Nomos, 2022, p. 119 ; L. Wegerstad, « Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden », *German Law Journal*, vol. 22, n° 5, 2021, p. 734 ; L. Wallin, S. Uhnöo, Å.

**756.** Même en l'absence de consentement positif, l'attention du partenaire à l'expression de la volonté de la personne peut être prise en compte en excluant l'ensemble des cas dans lesquels il n'est pas possible d'exprimer sa volonté. En Allemagne, si l'infraction est constituée sur le modèle du « non, c'est non » depuis 2017<sup>2824</sup>, elle l'est aussi dans les cas où l'agresseur profite de l'impossibilité, pour la personne, d'élaborer ou d'exprimer sa volonté<sup>2825</sup>. Ce modèle intermédiaire a pour but de dépasser la définition des infractions sexuelles par la coercition. En exigeant le respect de la volonté contraire de la personne, il ne promeut pas un consentement affirmatif mais, parce que la personne doit pouvoir dire non, l'impossibilité d'exprimer sa volonté fait obstacle à un acte sexuel non-repréhensible.

**757.** Catherine Le Magueresse propose une définition différente des agressions sexuelles et du viol en droit français autour du « consentement positif »<sup>2826</sup>, qui impliquerait que « le mis en cause aurait l'obligation de recueillir l'accord volontaire de l'autre »<sup>2827</sup>. L'interprétation de cet accord serait « une analyse subjective contextualisée »<sup>2828</sup>. L'élément intentionnel serait alors modifié et présent « dès lors que le mis en cause n'a pas recueilli l'accord libre et explicite de la victime, au besoin en prenant des mesures raisonnables pour s'en assurer »<sup>2829</sup>. Enfin, l'accord serait donné vis-à-vis d'une personne et de certains actes<sup>2830</sup>.

**758.** Troisièmement, la loi pourrait imposer le respect d'une forme de communication entre les partenaires. Ce critère sous-tend certaines normes de consentement positif, comme le viol

---

Wettergren, M. Bladini, « Capricious credibility - legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements », *Nordic Journal of Criminology*, vol. 22, n° 1, 2021, p. 3.

<sup>2824</sup> § 177 (1) StGB : « Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. »

<sup>2825</sup> § 177 (2) StGB : « Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,

2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, [...] ». V. T. Hörnle, « The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment », *German Law Journal*, vol. 18, n° 6, 2017, p. 1309 ; T. Hörnle, « Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory », *German Law Journal*, vol. 22, n° 5, 2021, p. 833.

<sup>2826</sup> C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 146 et s.

<sup>2827</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>2828</sup> *Ibid.*

<sup>2829</sup> *Ibid.*

<sup>2830</sup> *Ibid.*, p. 149.



par négligence en Suède ou les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement en droit canadien. Une définition du viol et des agressions sexuelles sur ce fondement permettrait de mettre l'accent sur le recueil du consentement. Trois propositions doctrinales présentées par Catherine Le Magueresse vont en ce sens.

Le critère de sexualité communicative (*communicative sexuality*)<sup>2831</sup> s'opposerait au critère fondé sur la coercition<sup>2832</sup>. Il permettrait de répondre au *date rape* car il « intègre la sexualité agressive du *date rape* dans le champ des violences sexuelles et place la culpabilité des violeurs d'un *date rape* dans leur échec à appréhender les relations sexuelles sur une base communicative »<sup>2833</sup>.

Le critère de la négociation permet de répondre autant au modèle du « oui, c'est oui » que du « non, c'est non »<sup>2834</sup> et de dépasser le critère du consentement<sup>2835</sup>. Ce modèle permet d'aller au-delà de la question du « contenu des interactions sexuelles » pour s'intéresser « seulement au processus par lequel les individus s'accordent sur la pénétration »<sup>2836</sup> et à l'existence consécutive d'un accord<sup>2837</sup>. La négociation correspondrait à la communication préalable des partenaires<sup>2838</sup> et son déroulement serait tout à fait adaptable au regard des relations entre les partenaires<sup>2839</sup>. Ainsi, l'attention accordée à la négociation permet d'aller plus loin que le seul critère de consentement<sup>2840</sup> et tourne le regard juridique vers la recherche de l'accord de

---

<sup>2831</sup> *Ibid.*, p. 113 et s. ; L. Pineau, « Date rape : A feminist analysis », *Law and Philosophy*, vol. 8, n° 2, 1989, p. 217, spéc. p. 237 : « Indeed, the requirement to avoid treading on the subjectivity of the other entails the obligation to respect the dialectics of desire. For in intimacy there is no passing by on the other side. To be intimate just is to open up in emotional and personal ways, to share personal knowledge, and to be receptive to the openness of the other. This openness and sharing normally takes place only in an atmosphere of confidence and trust. But once availed of this knowledge, and confidence, and trust, one has, as it were, responsibility thrust upon one, the responsibility not to betray the trust by misusing the knowledge. And only by respecting the dialectics of desire can we have any confidence that we have not misused our position of trust and knowledge. »

<sup>2832</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>2833</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>2834</sup> M. J. Anderson, « Negotiating Sex », *Southern California Law Review* vol. 78, n° 6, 2005, p. 1401, spéc. p. 1408 ; C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 115 et s.

<sup>2835</sup> M. J. Anderson, *loc. cit.*, p. 1421 : « The distinction between negotiation and consent is more than semantic. »

<sup>2836</sup> *Ibid.*, p. 1423.

<sup>2837</sup> *Ibid.*, p. 1425.

<sup>2838</sup> *Ibid.*, p. 1421 : « The Negotiation Mode requires consultation, reciprocal communication, and the exchange of views before a person initiates sexual penetration. It requires communication that is verbal unless partners have established a context between them in which they may accurately assess one another's nonverbal behavior. The verbal communication must be such that it would indicate to a reasonable person that sexual penetration has been freely and explicitly agreed to. »

<sup>2839</sup> *Ibid.*, p. 1426 : « Thus, the Negotiation Model acknowledges that the character of sexual interactions between partners may change over time as they come to know one another's desires and preferences. Sexual partners may, over time, establish a custom based on the comfort of shared mutuality, thus rendering verbal negotiations unnecessary. »

<sup>2840</sup> *Ibid.*, p. 1425 : « The Negotiation Model incorporates an important part of the No and Yes Models-the importance of verbal refusal-but only after the partners have agreed to sexual penetration itself. » V. également *ibid.*, p. 1432 : « The Negotiation Model requires more than any state currently requires from those who engage in sexual penetration. Instead of imposing on the victim a verbal imperative to object, as the No Model does, or allowing a man to imaginatively interpret a woman's body language, as the Yes Model does, the Negotiation Model

l'autre<sup>2841</sup>. Le critère de la négociation permet alors de s'inscrire dans la perspective du respect de l'autre<sup>2842</sup>.

Les propositions relatives à la négociation ou la communication entre les partenaires pourraient être encore développées afin de « proposer une alternative viable au consentement »<sup>2843</sup>. Les deux précédents modèles reposent sur l'initiative de l'acte et donc une relation asymétrique<sup>2844</sup> et ne prennent pas en compte le contexte plus général, au-delà de la négociation entre les deux partenaires<sup>2845</sup>. À la place, l'élément matériel de l'infraction pourrait passer de l'absence de consentement à l'idée d'une « activité sexuelle qui a lieu sur une personne à qui il manque la liberté de négocier sa participation dans cette activité »<sup>2846</sup>. Juridiquement, « l'accusation serait tenue de produire des preuves démontrant que la liberté de la victime à négocier son rôle dans l'activité sexuelle a été contrainte, et montrant comment l'accusé a contribué à cette contrainte ou en a profité »<sup>2847</sup>.

**759.** Le droit français pourrait ainsi prévoir un élément matériel alternatif de l'infraction de viol ou d'agression sexuelle fondé sur les moyens mis en œuvre par l'individu mis en cause pour s'assurer du consentement de la personne. Cette alternative permettrait de maintenir

---

*requires persons who seek to initiate penetration with others to consult their partners, at least until there is a custom between them that would provide a meaningful context in which to interpret body language. »*

<sup>2841</sup> *Ibid.*, p. 1427 : « Instead, the Negotiation Model focuses the legal issue where it should be: on what the defendant did to obtain an understanding of whether both partners wanted the sexual penetration to take place. » (Trad. C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 116.)

<sup>2842</sup> M. J. Anderson, *loc. cit.*, p. 1437 : « The Negotiation Model of rape law reform encourages sexual partners to treat each other with humanity, and it helps ensure that they agree to sexual penetration before it occurs. »

<sup>2843</sup> T. Palmer, « Distinguishing sex from sexual violation: Consent, negotiation and freedom to negotiate », in *Consent Domestic and Comparative Perspectives*, A. Reed, M. Bohlander (dir.), Londres : Routledge, 2017, p. 11, spéc. p. 19 : « Negotiation and communicative sexuality provide a useful starting point for rethinking sexual offences law so as to pay attention to the interactive and processual nature of sexual encounters. Nevertheless, these ideas need further development to provide a viable alternative to consent. »

<sup>2844</sup> *Ibid.*, p. 20-21 : « Both models struggle to make sense of the encounter between Rosa and her partner because they assume an initiator-responder model of sexual interaction. The strategy of placing additional burdens on the initiator of sexual activity has the undesirable consequence of reinforcing the idea that one person takes the lead in sexual encounters and as a result falls back into many of the same traps as existing consent models, by constructing sex as an asymmetric interaction characterized (at least in Anderson's case) by neatly delineated acts which can be agreed to or refused. »

<sup>2845</sup> *Ibid.*, p. 21 : « In addition, models of communicative sexuality which focus narrowly on the form and content of the negotiation between the parties repeat consent's mistake of abstracting sexual encounters from their wider context. »

<sup>2846</sup> *Ibid.*, p. 22 : « I propose a standard of 'freedom to negotiate' as an alternative framework for sexual offences law. The core of the proposal is a restructuring of the existing offences of rape and sexual assault under ss 1-4 of the Sexual Offences Act 2003. These offences relate to different categories of sexual activity, but share a common *actus reus* element, that the designated sexual activity takes place without the victim's consent. It is submitted that the requirement of nonconsensual sexual activity should be replaced by an *actus reus* element of sexual activity performed on a person who lacks the freedom to negotiate their participation in that activity. »

<sup>2847</sup> *Ibid.*, p. 23 (trad. C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 117-118).

l'attention sur le comportement de l'agresseur vis-à-vis de la victime, sans que le consentement effectif de cette dernière n'ait à être déterminé.

La justice pénale ne constitue pas le seul moyen d'assurer le respect de la volonté des personnes dans le domaine sexuel.

## B. Dépasser la sphère de la justice pénale

**760.** La justice pénale comporte des limites dans la répression des agressions sexuelles et des viols, limites notamment liées à l'appréciation d'un consentement sexuel, comme la charge de la preuve et l'existence de stéréotypes. Ce faisant, la justice pénale ne peut répondre à l'ensemble des cas de violences sexuelles, ce qui pose la question des procédures alternatives qui permettraient de répondre à ces violences. Le recours à la justice civile, où le délai de prescription est différent<sup>2848</sup>, ou des procédures alternatives<sup>2849</sup>, qui permettent de répondre aux critiques de la réponse carcérale, se centrent principalement sur la condamnation de l'agresseur en tant que tel. Si ce sont des alternatives à explorer, nous nous centrerons ici sur d'autres recours : le droit disciplinaire (1) et les actions en responsabilité contre l'État (2). Ils recèlent en effet deux caractéristiques : une mise en perspective du consentement et une remise en cause de systèmes qui limitent la répression des agressions sexuelles.

### 1) *La justice disciplinaire*

**761.** La justice disciplinaire s'appuie sur la préservation de l'institution qu'elle régule. Si la protection de la profession peut conduire à des difficultés dans la répression des violences sexuelles<sup>2850</sup>, elle peut à l'inverse servir de support à cette condamnation.

---

<sup>2848</sup> Ce serait le cas d'un récent jugement du Tribunal judiciaire de Paris, dont il faudrait toutefois lire les motifs pour comprendre le raisonnement des magistrats : C. Félix, A. Griessel, « Comment une victime d'agressions sexuelles a obtenu réparation en justice, malgré la prescription des faits », *France Inter*, 29 nov. 2022 ; E. Serrajordia, « Violences sexuelles : une victime obtient réparation en justice malgré la prescription », *La Croix*, 30 nov. 2022.

<sup>2849</sup> Manon Garcia évoque les propositions pour « privilégier des types de justice transformative et réparatrice » (M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 249). Une thèse en science politique est en cours sur le sujet : A. Guérin, *Le viol au tribunal : régimes de véridiction pénale. Analyse comparative des pratiques judiciaires, France/Amérique du nord*, projet de thèse depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2019, dir. Astrid von Busekist, Magali Bessone, Institut d'études politiques de Paris (<https://www.theses.fr/s229733> ; v. aussi « Sujet de thèse : la justice réparatrice en soutien des victimes de viols ordinaires », *SciencesPo.fr*, 13 mars 2023, en ligne : <https://www.sciencespo.fr/fr/actualites/sujet-de-these-la-justice-reparatrice-en-soutien-des-victimes-de-viols-ordinaires>.

<sup>2850</sup> F. Deruelle et J. Jarty, « Juger les violences sexuelles à l'université : le pari du droit disciplinaire », *Champ pénal/ Penal field*, n° 28, 2023, à propos de l'université : « Comme chez les avocat·e·s, le recours à la discipline

La justice disciplinaire au sein de l'Ordre des médecins<sup>2851</sup> a de manière générale été critiquée par la Cour des comptes dans un rapport rendu en 2019<sup>2852</sup>. Sur le sujet plus spécifique des « plaintes pour faits à caractère sexuel », le rapport soulignait la faible action des conseils départementaux dans la répression des plaintes<sup>2853</sup> et des problèmes dans les procédures<sup>2854</sup>. En revanche, le commentaire de l'article 2 du Code de déontologie<sup>2855</sup> a été complété en 2019 pour préciser, au regard de la jurisprudence disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, que « le médecin ne doit pas abuser de sa position notamment du fait du caractère asymétrique de la relation médicale, de la vulnérabilité potentielle du patient, et doit s'abstenir de tout comportement ambigu en particulier à connotation sexuelle (relation intime, parole, geste, attitude, familiarité inadaptée,...) »<sup>2856</sup>. Une liste de « conseils » complète ces directives. Il reste que les relations intimes entre un médecin et son patient ne sont pas interdites, contrairement aux demandes initiales qui avaient été émises dans une pétition datant de 2018<sup>2857</sup>. Le Conseil national de l'Ordre affirmait alors le même jour que l'interdiction générale des relations sexuelles entre patient et médecin « serait une intrusion dans la vie privée de personnes libres et consentantes » et « contreviendrait [...] aux principes de la liberté des personnes »<sup>2858</sup>. Estimant, de son côté, que le commentaire de 2019 constitue une interdiction des relations sexuelles entre patients et médecin en tant qu'abus de faiblesse, la Cour des comptes y voit une possibilité d'avancée : « Cet ajout pourrait permettre de mieux qualifier les

---

oscille entre sa publicisation dans une volonté de transparence, et son informalité stricte afin de sauvegarder la réputation de la profession scientifique tout entière [...]. »

<sup>2851</sup> Pour une analyse des décisions judiciaires et disciplinaires en matière de violences sexuelles par un professionnel de santé, v. S. Schreck, « Décisions judiciaires et disciplinaires relatives aux plaintes pour viol et/ou agression sexuelle à l'encontre de professionnels de santé dans le cadre de leur exercice professionnel », *Kinésithérapie, la Revue*, vol. 23, n° 263, 2023, p. 42.

<sup>2852</sup> Cour des comptes, *L'ordre des médecins*, 2019.

<sup>2853</sup> *Ibid.*, p. 106 : « Les conseils départementaux de l'ordre prennent rarement l'initiative de déposer plainte devant la juridiction disciplinaire (seulement huit fois en 2016, dont six après le prononcé de condamnations pénales). Ils s'associent également peu aux plaintes des patients, sauf lorsque le médecin mis en cause reconnaît les faits. »

<sup>2854</sup> *Ibid.* : « L'analyse d'une cinquantaine de décisions rendues entre 2016 et 2017 révèle l'existence d'irrégularités de procédure (les plus fréquentes concernent des plaintes traitées comme de simples doléances) ou un manque de diligence dans le traitement des dossiers. »

<sup>2855</sup> CSP, art. R. 4127-2 : « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité.

Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort. »

<sup>2856</sup> Conseil national de l'Ordre des médecins, « Article 2 - Respect de la vie et de la dignité de la personne », en ligne : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-generaux-medecins-art-2-31/article-2-respect-vie-dignite> (consulté le 3 févr. 2024), point 6-2 « Inconduites à caractère sexuel ».

<sup>2857</sup> F. Béguin, « Une pétition pour demander l'interdiction des relations sexuelles entre médecins et patients », *Le Monde*, 27 mars 2018 ; la pétition est disponible en ligne : <http://www.atoute.org/n/article366.html> (consulté le 3 févr. 2024).

<sup>2858</sup> Conseil national de l'Ordre des médecins, « Relations médecins-patients et abus à caractère sexuel », 27 mars 2018, en ligne : <https://www.conseil-national.medecin.fr/publications/communiqués-presse/relations-medecins-patients-abus-caractere-sexuel> (consulté le 3 févr. 2024).

faits et d'homogénéiser les sanctions prononcées. »<sup>2859</sup> La possibilité de prohiber ces relations sexuelles permettrait de contourner la question du consentement en ne la plaçant plus au centre de la problématique, qui devient plutôt celle de l'éthique et du bon déroulement de la relation de soins<sup>2860</sup>.

Le même raisonnement pourrait être appliqué dans d'autres domaines professionnels où les relations sexuelles impliquent une personne plus vulnérable que l'autre, comme à l'université<sup>2861</sup>. Des universités américaines<sup>2862</sup> et québécoises<sup>2863</sup> ont adopté des réglementations en ce sens<sup>2864</sup>.

**762.** La justice disciplinaire souligne l'importance du contexte dans lequel le consentement est donné. Les actions visant à engager la responsabilité de l'État s'inscrivent dans la même ligne.

---

<sup>2859</sup> Cour des comptes, *L'ordre des médecins*, 2019, p. 108. Le rapport estime que « les sanctions prononcées à l'encontre des médecins ayant eu des relations consenties avec des patients sont très hétérogènes, ces sanctions pouvant aller de l'avertissement à la radiation ».

<sup>2860</sup> A. Jaunait, *Comment pense l'institution médicale ? : une analyse des codes français de déontologie médicale*, préf. M. Sadoun, Paris : Dalloz, 2005, p. 298 : « la responsabilité médicale du point de vue de la profession : respecter les valeurs et l'idéal social de la médecine » ; *ibid.* p. 302-303 sur les fonctions différentes des deux ordres juridictionnels, spéc. p. 303 : « Pour le système social, la médecine est une activité parmi d'autres dont il faut assurer le respect des règles ; pour le système disciplinaire de l'Ordre, la médecine est une activité dont il faut assurer et le respect des règles, et le respect de l'idéal social. »

<sup>2861</sup> Sur le sujet, v. A. Zarca, « La répression disciplinaire du harcèlement sexuel à l'université », *La Revue des droits de l'homme*, n° 12, 2017 ; pour une présentation statistique, v. C. Cordonnier, P. Paillassa, « Cneser disciplinaire : plus d'un tiers des enseignants mis en cause dans des affaires de VSS sont relaxés », *aefinfo.fr*, 3 mars 2023, modifié le 14 avr. 2023.

<sup>2862</sup> S. Mniai, « Le Titre IX : s'appuyer sur le droit anti-discrimination pour lutter contre les violences sexuelles en milieu universitaire aux États-Unis », *Mouvements*, vol. 110-111, n° 2-3, 2022, p. 12. V. par ex. Les réglementations de Stanford University (<https://share.stanford.edu/policies-and-procedures/overview-stanford-policies/guidelines-consensual-relationships>), Yale University (<https://titleix.yale.edu/policies-definitions/yale-sexual-misconduct-policies-and-related-definitions>), Ohio State University (<https://policies.osu.edu/assets/policies/Policy-NDH-Sexual-Misconduct.pdf>, p. 4 et 8).

<sup>2863</sup> Assemblée nationale du Québec, Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans l'enseignement supérieur, 8 déc. 2017 (projet de loi n° 151), en ligne : [https://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers\\_client/lois\\_et\\_reglements/LoisAnnuelles/fr/2017/2017C32F.PDF](https://www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/lois_et_reglements/LoisAnnuelles/fr/2017/2017C32F.PDF), Art. 3, al. 19 et 20 ; Université de Montréal, Politique visant à prévenir et à combattre les inconduites et les violences à caractère sexuel, projet pour publication, n° 10.57, adoptée le 12 nov. 2018 (modifiée le 10 juin 2019 et le 29 août 2018), en ligne : [https://secretariatgeneral.umontreal.ca/public/secretariatgeneral/documents/doc\\_officiels/reglements/administrati on/adm10\\_57\\_politique\\_VACS.pdf](https://secretariatgeneral.umontreal.ca/public/secretariatgeneral/documents/doc_officiels/reglements/administrati on/adm10_57_politique_VACS.pdf), p. 22.

<sup>2864</sup> F. Deruelle et J. Jarty, « Juger les violences sexuelles à l'université : le pari du droit disciplinaire », *Champ pénal/Penal field*, n° 28, 2023 : « Le défaut d'illicéité s'entend, avant tout, de par la construction spécifique du système juridique français, plaçant l'amour au-dessus de tout contrôle et de toute tentative d'ingérence (Saguy, 2003). À l'inverse, nombre d'établissements états-uniens ou britanniques interdisent désormais formellement la plupart des relations amoureuses et/ou sexuelles entre étudiant·e·s et professeur·e·s, témoignant d'un déplacement, non sans heurts, des normes académiques [...] »

## 2) *L'engagement de la responsabilité de l'État*

**763.** Les actions en responsabilité contre l'État ont pour but de montrer que l'État français ne garantit pas suffisamment la protection des individus, en particulier les femmes, contre les agressions sexuelles et les viols. Au regard plus particulier du consentement, deux types d'actions ont été envisagées.

**764.** Le premier type d'action vise à faire respecter les engagements légaux en matière d'éducation sexuelle. L'apprentissage du respect du consentement et de la volonté de l'autre, la déconstruction de stéréotypes de genre, jouent un rôle central pour éduquer à une sexualité qui ne soit pas seulement conforme à la loi mais aussi, pour reprendre les termes de Manon Garcia, moralement bonne<sup>2865</sup>. Depuis 2001, « une information et une éducation à la sexualité » doivent être menées trois fois par an dans les écoles, collèges et lycées<sup>2866</sup>. Le programme se veut large : « Ces séances présentent une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes. Elles contribuent à l'apprentissage du respect dû au corps humain et sensibilisent aux violences sexistes ou sexuelles ainsi qu'aux mutilations sexuelles féminines. »<sup>2867</sup> De même, est prévue une « sensibilisation des personnels enseignants [...] à la formation au respect du non-consentement »<sup>2868</sup>. Le respect de l'autre et du consentement trouve donc théoriquement sa place dans l'obligation légale d'éducation à la sexualité.

**765.** Pourtant, parmi d'autres critiques adressées à ce dispositif<sup>2869</sup>, on en retient deux en particulier. Premièrement, sa mise en œuvre effective est loin d'être acquise, les trois séances par an n'étant que rarement réalisées<sup>2870</sup>. Deuxièmement, l'éducation à la sexualité est

---

<sup>2865</sup> V. Déf. droits, *Rapport annuel 2022 sur les droits de l'enfant 2022. La vie privée : un droit pour l'enfant*, 2022, p. 49 : « Pour sensibiliser les enfants et les jeunes au respect du corps humain, prévenir les violences sexuelles et sexistes et promouvoir une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes, il est essentiel de renforcer l'éducation à la santé et à la sexualité en milieu scolaire déjà inscrite dans la loi. »

<sup>2866</sup> L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, art. 22.

<sup>2867</sup> C. éduc., art. L. 312-16.

<sup>2868</sup> C. éduc. L. 121-1 ; Circulaire MEN n° 2018-111 du 12-9-2018, NOR : MENE1824340C et Circulaire MEN du 30-9-2022, NOR : MENE2228054C.

<sup>2869</sup> IGESR, *Éducation à la sexualité en milieu scolaire*, rapport 2021-149, 2021.

<sup>2870</sup> HCE, *Rapport relatif à l'éducation à la sexualité : répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes-hommes*, Rapport n°2016-06-13-SAN-021, 2016, p. 6 : « Le HCE observe que parmi les 12 millions de jeunes scolarisé.e.s chaque année, seule une petite minorité bénéficie tout au long de leur scolarité de séances annuelles d'éducation à la sexualité, comme la loi l'a prévu. » Selon le baromètre du HCE, « 25 % des écoles répondantes déclarent n'avoir mis en place aucune action ou séance en matière d'éducation à la sexualité, nonobstant leur obligation légale » ; IGESR, *Éducation à la sexualité en milieu scolaire*, rapport 2021-149, 2021, p. 31 : « Malgré leurs limites, les résultats obtenus sont significatifs de la difficulté actuelle d'atteindre l'objectif des "trois séances" signifié dans la circulaire de 2018. Force est de constater que bien des élèves traversent leur scolarité sans avoir bénéficié d'une seule séance d'EAS, si l'on excepte les apports des programmes des disciplines

d'avantage centrée sur « une approche par les risques », historique<sup>2871</sup>, que sur « un objectif d'égalité femmes-hommes et d'épanouissement personnel », qu'il faudrait viser<sup>2872</sup>.

Pour cette raison, trois associations ont formé un recours devant le tribunal administratif de Paris « pour demander l'application pleine et entière de la loi de 2001 relative à l'éducation à la vie affective et sexuelle de tous·tes les élèves »<sup>2873</sup>. Dans cette hypothèse, l'État est mis en cause en raison de ses carences dans l'application de la loi, lesquelles ne permettent pas d'assurer les conditions d'une sexualité épanouie.

**766.** Le deuxième type d'action consiste à mettre en cause le droit français en ce qu'il ne garantit pas une protection efficace des individus contre les violences sexuelles, en raison de l'absence de critère de consentement dans la loi<sup>2874</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi sanctionné l'« obligation positive » des États « inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives »<sup>2875</sup>. Cette obligation positive impose de sanctionner les relations sexuelles non consensuelles, même sans résistance physique de la part de la victime<sup>2876</sup>. Des recours très récents ont précisément été formés devant la Cour pour mettre en cause la législation pénale française et le traitement

---

liées aux sciences de la vie, aux sciences médicosociales et à la prévention santé environnement, portant sur des aspects essentiellement physiologiques. »

<sup>2871</sup> C'est-à-dire des aspects pratiques de santé publique, comme la prévention des infections sexuellement transmissibles et la contraception (HCE, *Rapport relatif à l'éducation à la sexualité : répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes-hommes*, Rapport n°2016-06-13-SAN-021, 2016, p. 48).

<sup>2872</sup> *Ibid.*, p. 57. Selon le baromètre du HCE, « les thématiques les plus abordées sont la biologie/reproduction, l'IVG/contraception, le VIH/Sida et la notion de “respect”, notamment entre les sexes. À l'inverse, les questions de violences sexistes et sexuelles ou d'orientation sexuelle sont les moins abordées. » (*Ibid.*, p. 6.) Pour le HCE, « les jeunes et leur épanouissement personnel ne doivent pas être pris.e.s en otage par la panique morale d'une frange de la population. Le HCE appelle donc les pouvoirs publics à une relance claire de la politique d'éducation à la sexualité, notamment dans un objectif d'égalité filles-garçons, conformément aux préconisations portées aux échelons européens et internationaux. Il convient donc de dessiner à grands traits les ressorts de la politique d'éducation à la sexualité de demain. » (*Ibid.*, p. 57.) V. aussi Déf. droits, *Rapport annuel 2022 sur les droits de l'enfant 2022. La vie privée : un droit pour l'enfant*, 2022, p. 49 : « La Défenseure des droits regrette cependant que la communauté éducative soit encore trop peu sensibilisée à ces sujets, que les cours d'éducation à la sexualité prévus par la loi ne soient toujours pas effectifs et qu'ils se réduisent trop souvent à une information sur la contraception ou à la prévention des infections sexuellement transmissibles. »

<sup>2873</sup> <https://casdecrole.org/> ; S. Lecherbonnier, « Éducation à la sexualité : trois associations attaquent l'État pour “défaut de mise en œuvre de la loi” », *Le Monde*, 2 mars 2023.

<sup>2874</sup> C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 127 et s.

<sup>2875</sup> CEDH, 4 déc. 2003, n° 39272/98, *M. C. c. Bulgarie*.

<sup>2876</sup> *Ibid.*, n° 166 : « La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique. »

procédural des violences sexuelles<sup>2877</sup>. S'ils aboutissaient, la législation française pourrait en conséquence être modifiée.

767. Par ailleurs, la présence de stéréotypes sexistes dans le traitement des plaintes pour violences sexuelles pourrait être sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une affaire très récente relative à des violences conjugales, elle a notamment conclu à une violation de l'article 14 combiné avec l'article 3<sup>2878</sup>. Si la requérante n'a pas soutenu l'existence d'une action discriminatoire de manière générale à l'égard des femmes, principales victimes des violences conjugales<sup>2879</sup>, elle a apporté la preuve d'un biais envers les femmes par les personnes chargées de son affaire. Le langage utilisé par les autorités et les magistrats « semble véhiculer des stéréotypes, des préjugés et mythes selon lesquels les femmes abuseraient du système mis en place pour les protéger des violences conjugales »<sup>2880</sup>. La Cour y voit une « attitude discriminatoire vis-à-vis de la requérante en tant que femme », qui a motivé le rejet de sa demande de protection<sup>2881</sup>, ce qui la conduit à juger d'une violation des articles 14 et 3 de la Convention. Cette affaire est particulièrement intéressante parce que les stéréotypes de genre n'étaient pas explicites dans le vocabulaire utilisé et que l'affaire cible une inégalité de fait, dans un cas particulier.

---

<sup>2877</sup> CEDH, 30 mars 2023, n° 39690/22, *C. A. c. France* ; CEDH, 5 avr. 2023, n° 39759/22, *M. L. c. France* ; CEDH, 12 mai 2023, n° 8229/23, *G. B. c. France*.

<sup>2878</sup> CEDH, 17 oct. 2023, n° 55351/17, *Luca c. Moldavie*, n° 96 et s.

<sup>2879</sup> *Ibid.*, n° 103 : « *It is hardly in doubt that domestic violence in the Republic of Moldova predominantly affects women; this is so in all member States of the Council of Europe [...]. However, the applicant did not argue a prima facie case of general and discriminatory passivity on the part of the Moldovan authorities with respect to domestic violence directed against women.* »

<sup>2880</sup> *Ibid.*, n° 105 : « *In this connection, the Court notes the language employed in refusing to grant the applicant protection orders or to investigate her allegations. In particular, in arguing that the applicant had no actual need for the protection orders sought, the authorities downplayed the seriousness of her complaints by saying that the case was about "family misunderstandings" and that the applicant displayed "overdramatic" elements in her allegations of violence, which undermined the credibility of her statements as to how she was injured on 4 November 2016 (see in paragraphs 13 and 16). The courts insinuated on several occasions that the applicant had ulterior motives and had sought protection measures as a "means of revenge" because she was "manifesting dissatisfaction" about having no contact with her children or because she intended to use the protection orders against A.I. in other proceedings (see paragraphs 16, 18 and 20 above). The courts also described her requests for protection as "aggressive" and inappropriate in domestic violence proceedings, although they merely followed the language of domestic law (see paragraphs 15 and 16 and compare in paragraphs 46 and 47 above). This type of language seems to convey stereotypes, preconceived beliefs and myths about women abusing the system put in place to protect them from domestic violence.* »

<sup>2881</sup> Une condamnation pénale ayant au contraire été prononcée cinq ans plus tard. *Ibid.*, n° 106 : « *In the Court's opinion, the combination of the above factors clearly demonstrates that the authorities' actions were not simply an isolated failure or delay in dealing with violence against the applicant, but in fact condoned the violence, reflecting a discriminatory attitude towards the applicant as a woman. Given that a criminal conviction based on the same facts followed five years later, it appears that at the time of the events, protection measures were rejected by using discriminatory statements and reasons.* »



Ces stéréotypes consistaient notamment dans le rejet des plaintes au prétexte qu'elles seraient instrumentalisées par les femmes. Or, des plaintes à raison d'agressions sexuelles dans le couple peuvent être davantage déconsidérées ou classées sans suite sur ces motifs<sup>2882</sup>. De telles pratiques, à supposer qu'elles soient prouvées, pourraient donc être contraires aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**768.** À cela, s'ajoute le défaut de conformité de la France à ses engagements internationaux comme la Convention d'Istanbul<sup>2883</sup>. C'est ce qu'a retenu le Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur l'action contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO), chargé de contrôler l'application de la convention d'Istanbul, dans un rapport rendu en 2019<sup>2884</sup>. Il demande notamment « de fonder la définition des violences sexuelles sur l'absence de libre consentement de la victime, en conformité avec l'article 36, paragraphe 1, de la Convention d'Istanbul »<sup>2885</sup>. En effet, alors qu'il est soutenu que la législation française apprécierait l'absence de consentement par des éléments objectifs<sup>2886</sup>, le GREVIO estime que cela n'est pas suffisant. À l'inverse, la nouvelle définition permettrait d'éviter des interprétations jurisprudentielles contraires, d'élargir la qualification de l'absence de consentement en incluant notamment les cas de sidération et de « reconnaître la centralité qui revient à la volonté », soit un « véritable changement de paradigme »<sup>2887</sup>. La législation

---

<sup>2882</sup> O. Pérona, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017.

<sup>2883</sup> C. Le Magueresse, *op. cit.*, p. 136 et s.

<sup>2884</sup> GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence France*, 2019.

<sup>2885</sup> *Ibid.*, p. 63, n° 196 : « Le GREVIO exhorte les autorités françaises à réexaminer leur législation et leurs pratiques judiciaires, en particulier la pratique de la correctionnalisation, en matière de violences sexuelles, y compris celles commises sur les victimes mineures, afin :

a. de fonder la définition des violences sexuelles sur l'absence de libre consentement de la victime, en conformité avec l'article 36, paragraphe 1, de la Convention d'Istanbul ; et

b. d'assurer une réponse judiciaire efficace aux violences sexuelles, qui soit centrée sur le respect des droits humains des victimes, et sur une prise en charge et un accompagnement approprié des victimes. »

<sup>2886</sup> *Ibid.*, p. 61, n° 191 : « Le GREVIO prend bonne note de ce que la jurisprudence française est constante sur le fait que chacun a le droit de refuser une relation sexuelle : les juges placent donc le défaut de consentement de la victime au cœur de l'interprétation juridique des incriminations de l'agression sexuelle et du viol, et apprécient l'absence de consentement de la victime à l'aune du comportement de l'auteur, caractérisé par les actes de violence, de contrainte, de menace ou de surprise. La définition actuelle permettrait, selon les autorités, une méthode d'appréciation objective, en ce sens qu'elle appelle à appréhender l'absence du consentement à partir d'éléments objectifs se focalisant sur le comportement de l'auteur et sur ses effets sur la victime. »

<sup>2887</sup> *Ibid.*, p. 61, n° 192 : « En s'alignant sur les préconisations de la convention, une définition des violences sexuelles axée sur l'absence d'un consentement libre permettrait, de l'avis du GREVIO, de pallier les insuffisances qui émergent de la situation actuelle : d'un côté, une forte insécurité juridique générée par les interprétations fluctuantes des éléments constitutifs que sont la violence, la contrainte, la menace et la surprise ; d'un autre côté, l'incapacité desdits éléments probatoires à englober la situation de toutes les victimes non consentantes, notamment lorsque celles-ci sont en état de sidération. Une telle définition permettrait surtout d'opérer le changement de paradigme nécessaire pour reconnaître la centralité qui revient à la volonté de la victime, et permettrait à la France de se ranger du côté de ces pays qui ont déjà franchi ce pas important. »

française, en ne plaçant pas la volonté de la personne en son cœur par l’outil du consentement, ne serait pas conforme à la Convention d’Istanbul.

La confrontation de l’État au respect de ses engagements permettrait d’appréhender le consentement au regard des obligations de l’État et des politiques publiques de lutte à la fois contre le caractère systémique des violences sexuelles et pour une sexualité respectueuse entre les individus.

## **§2. Actes médicaux**

**769.** En matière médicale, des règles pourraient être précisées ou modifiées pour recueillir le consentement avec respect (A) et respecter le refus de consentement (B).

### **A. Recueillir le consentement avec respect**

**770.** Penser le consentement comme une forme de respect et de reconnaissance de la personne revient à adopter une ouverture d’esprit quant aux expressions de la volonté de la personne, sans préjuger de celles qui seraient justifiées et de celles qui ne le seraient pas. À ce titre, les travaux sociologiques ont montré que la vulnérabilité dans l’expression de la volonté résulte parfois de la position sociale de la personne, de sorte qu’elle est plus qu’une simple affaire de minorité, de vieillesse ou d’affection médicale psychiatrique ou neurologique. Autrement dit, toutes sortes d’influences sociales, mentales, physiques, peuvent agir sur l’expression de la volonté de la personne.

**771.** Nous ne nous positionnerons pas sur l’épineuse question du consentement des personnes mineures et des personnes dites vulnérables, qui mérite des développements propres aux difficultés qu’elle pose et à la réalité et la diversité des situations en cause. Rappelons simplement qu’aucun seuil d’âge n’est prévu par le Code de la santé publique pour les mineurs. S’agissant des majeurs, l’articulation des règles de droit commun et de droit de la santé a suscité de nombreuses critiques quant à leur lisibilité pour les majeurs protégés<sup>2888</sup> ; quant aux majeurs

---

<sup>2888</sup> I. Maria, C. Robbe, « Chapitre 335 - Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénéde (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022, n° 335.164 ; F. Arhab-Girardin, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, p. 875 ; G. Raoul-Cormeil, « Remèdes à l’éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Dalloz, 2012, p. 151, spéc. p. 166 et s.

qui ne font pas l'objet d'une mesure de protection, aucune disposition particulière n'est prévue par le Code de la santé publique, qui n'envisage que le cas du patient « hors d'état d'exprimer sa volonté » sans autre nuance. En revanche, nous retiendrons que l'élasticité de la vulnérabilité de la personne dans l'expression de sa volonté remet en question des frontières bien établies. D'un côté, elle montre que les consentements les plus ordinaires doivent faire l'objet d'un recueil attentif. De l'autre, elle incite à ne pas rejeter par avance les consentements des personnes jugées les plus vulnérables, comme celles présentant un handicap mental. Tous ces consentements s'inscriraient plutôt dans un continuum.

**772.** La question centrale pour assurer le respect du consentement, revient donc à donner un cadre au praticien pour déterminer les cas exceptionnels dans lesquels l'expression de la volonté de la personne serait insuffisante. Le critère de l'« aptitude à consentir », attesté par des questionnaires d'évaluation de l'aptitude à prendre une décision, pourrait s'avérer pertinent. Dans sa thèse consacrée au consentement des personnes vulnérables, Nour Le Du propose d'importer ce critère à partir des droits suisse et québécois. Si la thèse fait cette proposition dans le but d'améliorer, en droit français, l'autonomie des personnes vulnérables, elle a également un impact hors de ces deux hypothèses. Ces travaux développés à l'aune de droits étrangers peuvent venir au soutien de nos propositions à trois niveaux : la détermination subjective de la rationalité du patient, l'intérêt des questionnaires d'évaluation de l'aptitude à consentir et la prise en compte maximale des personnes.

**773.** Premièrement, cherchant à retrouver les conditions de cette aptitude à consentir en droit français<sup>2889</sup>, la chercheuse montre que cette importation se heurte à une conception différente de la rationalité de la décision du patient. En droit français, elle est essentiellement considérée *in abstracto* par rapport à une échelle de valeurs externes, du point de vue du médecin<sup>2890</sup>. À l'inverse, dans les deux autres droits, la rationalité ne doit pas être appréciée par rapport au

---

<sup>2889</sup> Pour Nour Le Du, « l'aptitude [à consentir] est composée de deux éléments. L'élément intellectuel qui correspond à la capacité du patient à comprendre une information et à exprimer sa décision ; et l'élément volontaire, la faculté d'exprimer une volonté libre, raisonnée et raisonnable. » (N. Le Du, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, dir. A. Debet, th. dactyl., Université Paris Est, 2018, p. 334, n° 525.) L'aptitude à consentir est présumée chez les majeurs et n'est évaluée que lorsque cela est nécessaire (*ibid.*, p. 355, n° 557). Chez les mineurs, elle est présumée à partir de quatorze ans au Québec et, en Suisse, elle doit toujours être évaluée quel que soit l'âge du mineur (*ibid.*, p. 355, n° 558).

<sup>2890</sup> *Ibid.*, p. 394, n° 626 : « L'élément volontaire comporte aussi la capacité pour la personne d'exprimer une volonté "raisonnable", c'est-à-dire découlant d'un raisonnement logique et cohérent pris en conformité avec les valeurs personnelles de la personne. Or, en France, cet élément peine à être pleinement intégré dans la mesure où les médecins ont des difficultés à respecter une décision prise à l'encontre de valeurs universelles. » V. également *ibid.*, p. 394, n° 627 : « L'appréciation du caractère raisonnable de la décision du patient a tendance, à l'heure actuelle, à se faire *in abstracto*, conformément à des valeurs universelles. »

cadre de rationalité du médecin, mais *in concreto*<sup>2891</sup>. Autrement dit, ce qui compte, c'est que le raisonnement du patient, et non sa décision, soit empreint de rationalité<sup>2892</sup>, même si une décision particulièrement contraire à des valeurs jugées universelles devrait alerter sur l'aptitude à consentir du patient<sup>2893</sup>.

Cette analyse permet de respecter davantage le consentement du patient en ne l'écartant pas si la décision ne paraît pas conforme au médecin. Respecter la personne, c'est ainsi respecter sa volonté exprimée, à la condition que le patient puisse développer sa réflexion.

**774.** Deuxièmement, l'aptitude à consentir peut être évaluée à partir de tests qui permettent de la mesurer *in concreto*<sup>2894</sup>. Une étude récente montre qu'ils peuvent utilement venir en soutien de l'évaluation menée mais ne peuvent en constituer les seuls instruments. Davantage d'études devraient être menées pour en évaluer la validité<sup>2895</sup>. L'un de ces tests, le MacCAT-T, semble fiable<sup>2896</sup>. Une version française en a récemment été validée scientifiquement chez un groupe d'adultes souffrant de schizophrénie en France<sup>2897</sup>. Ces questionnaires pourraient plus

---

<sup>2891</sup> *Ibid.*, p. 329, n° 518 : « Or, chez les personnes protégées, le danger consiste souvent à se placer du point de vue de la décision qu'aurait prise le médecin. Il est important de rappeler que l'évaluation du caractère raisonnable doit toujours s'effectuer *in concreto* et non par rapport à des valeurs universelles. »

<sup>2892</sup> *Ibid.*, p. 329, n° 518 : « “Il n'y a pas de bonne ou de mauvaise décision et la décision raisonnable ne doit jamais se réduire à celle que l'intervenant prendrait s'il était à la place du majeur”. Si la personne comprend les informations délivrées et qu'elle est “capable d'exprimer de manière logique sa position, quand bien même se fonderait-elle sur un postulat de départ différent de celui du médecin, le caractère raisonnable de son opinion doit être admis”. Une décision différente de celle du médecin n'est donc pas automatiquement le signe d'une absence d'aptitude à consentir. En effet, “dans la mesure où [le patient] comprend les causes et les effets de son choix et qu'il assume ce dernier, son attitude est parée de raison” [...], l'autrice citant P. Muzny, « L'autonomie du patient mineur, entre certitudes et incertitudes », *Bull. des médecins suisses*, vol. 90, n° 3, 2009, spéc. p. 80.

<sup>2893</sup> *Ibid.*, p. 394-395, n° 627 : « Ainsi, il est important de revoir la législation française afin d'insister sur le fait que l'appréciation du caractère raisonnable se mesure à l'aune des valeurs du patient, mais lorsque celui-ci est une personne protégée, il conviendra d'être particulièrement attentif à la décision prise. Si elle semble “universellement” contraire à son intérêt, il conviendra de procéder à une évaluation particulièrement minutieuse de son aptitude à consentir, car cela pourrait être le signe d'une absence de discernement. »

<sup>2894</sup> Sur la présentation des trois tests ACE, Silberfeld et MacCAT-T et N. Le Du, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, dir. A. Debet, th. dactyl., Université Paris Est, 2018, p. 346 et s., n° 542 et s. Pour l'utilisation de scripts de conversation dans la décision médicale, v. M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021, p. 252, qui évoque « l'initiative comme *Vital Talks* ou *The Conversation Project* ».

<sup>2895</sup> S. Lamont, Y.-H. Jeon, M. Chiarella, « Assessing patient capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools », *Journal of Clinical Nursing*, vol. 22, n° 17-18, 2013, p. 2387, spéc. p. 2400. Cette étude propose une revue de la littérature sur dix-neuf tests. Ces tests sont très nombreux et variables et leur efficacité a été discutée : « Malgré l'existence d'échelles de mesure standardisées, chaque équipe de recherche a tendance à développer son propre modèle. Ainsi d'un hôpital à un autre, le patient ne sera pas nécessairement évalué de la même manière, ce qui est discutable. De plus, l'efficacité de ces échelles n'est pas toujours démontrée de manière fiable. Les instruments n'ont souvent été testés qu'une fois, sur un petit panel d'individus. Il est cependant constaté que ces outils conduisent souvent à évaluer les mêmes composantes. » (N. Le Du, *op. cit.*, p. 346, n° 542.)

<sup>2896</sup> S. Lamont, Y.-H. Jeon, M. Chiarella, *loc. cit.* ; N. Le Du, *op. cit.*, p. 346, n° 543.

<sup>2897</sup> S. Raffard, C. Lebrun, Y. Laraki, D. Capdevielle, « Validation of the French Version of the MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (MacCAT-T) in a French Sample of Individuals with Schizophrenia: Validation de la version française de l'instrument d'évaluation des compétences MacArthur-traitement (MacCAT-T) dans un échantillon français de personnes souffrant de schizophrénie », *Canadian Journal of Psychiatry/La*

généralement être importés en France<sup>2898</sup>. Ils donnent des pistes aux professionnels de santé pour vérifier, sans préjugé, qu'un patient est en mesure de consentir ou de refuser de consentir à un traitement médical.

**775.** Troisièmement, l'aptitude à consentir ne doit pas être parfaite pour être qualifiée. Les échelles de mesure le montrent bien, puisqu'il n'est pas demandé d'obtenir le score maximal pour que l'aptitude à consentir soit retenue. Ce raisonnement permet de prendre en compte un continuum et de ne pas exclure toute personne dont l'aptitude à consentir serait affaiblie<sup>2899</sup>. Ce faisant, cette conception de l'aptitude à consentir permet l'inclusion la plus large possible de personnes qui, autrement, se trouveraient exclues au titre de leur incapacité à exprimer leur volonté.

**776.** Cette façon de penser l'« aptitude à consentir » permettrait de se défaire d'une conception objective pour en adopter une conception subjective. Elle pourrait trouver de nombreuses applications en France. Dans la pratique des soins, elle pourrait se révéler utile pour aider à évaluer la volonté de la personne qui demanderait à bénéficier d'une aide active à mourir<sup>2900</sup>. Elle serait également pertinente pour déterminer si une personne est en mesure de consentir à une hospitalisation psychiatrique dans le cas d'une hospitalisation à la demande d'un tiers ou pour péril imminent. Dans ce cas, en effet, le patient ne peut être hospitalisé qu'à

---

*revue canadienne de psychiatrie*, vol. 66, n° 4, 2021, p. 395 : « *Statistical analyses indicated that the French version of the MacCAT-T is a valid instrument that can provide a standardized measure for assessing treatment decision capacity in French-speaking patients from France.* » Toutefois, les auteurs notaient les limites de leur étude au regard de faible nombre de participants (125), de l'absence d'évaluation des performances cognitives qui se trouve pourtant dans le test et de l'absence de proposition d'un traitement alternatif (les patients devaient choisir entre un antipsychotique et une absence de traitement).

<sup>2898</sup> Sur l'intérêt des tests ACE, MacCAT-T et Silberfeld par rapport au test SMMSE actuellement pratiqué en France, v. N. Le Du, *op. cit.*, p. 399 et s., n° 636 et s.

<sup>2899</sup> L'autrice cite D. Boulet, « Les soins de santé pour le majeur inapte : ce que la loi ne dit pas », in Service de la formation continue du barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, Montréal : Éditions Yvon Blais, vol. 344, 2012, p. 189 : « L'aptitude n'est pas une question de tout ou rien. Compte tenu de la décision à prendre, elle peut être partielle et malgré tout suffisante » (N. Le Du, *op. cit.*, p. 337, n° 530).

<sup>2900</sup> Une étude canadienne a montré que la plupart des professionnels n'utilisaient pas nécessairement les tests de mesure de l'aptitude à consentir dans ces procédures, v. E. Wiebe et al., « Assessment of capacity to give informed consent for medical assistance in dying: a qualitative study of clinicians' experience », *CMAJ Open*, vol. 9, n° 2, 2021, p. e 358 : « *The participants in this study were comfortable doing MAiD assessments and used their clinical judgment and experience to assess capacity in ways similar to those used for capacity assessments in other clinical practices. The findings of this study suggest that experienced MAiD assessors do not routinely require formal capacity assessments or tools to assess capacity in patients requesting MAiD.* » Sur le contexte français, v. CCNE, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, Avis n° 129, 18 sept. 2018, p. 37, recommandation 17 : « La demande d'aide active à mourir devrait être exprimée par une personne disposant d'une autonomie de décision au moment de la demande, de façon libre, éclairée et réitérée, analysée dans le cadre d'une procédure collégiale. » V. aussi CESE, *Rapport de la Convention Citoyenne sur la fin de vie*, 2023, p. 49 et s.

la condition que « ses troubles mentaux rendent impossible son consentement »<sup>2901</sup>. Dans le domaine judiciaire, elle pourrait être utilisée par les juridictions dans l'hypothèse d'un contentieux<sup>2902</sup>.

777. Par ailleurs, un processus respectueux de recueil du consentement suppose que le médecin délivre l'information préalable pour prendre la décision. Afin de ne pas orienter le choix du patient et de favoriser une prise de décision respectueuse, il pourrait être précisé dans le Code de la santé publique que le médecin informe le patient de l'ensemble des choix qui s'offrent à lui sans favoriser une option plutôt qu'une autre. L'article L. 1111-2, al. 1<sup>er</sup> prévoit en effet 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 ». Une option est donc avantagée par rapport aux autres, ce qui oriente le patient vers un choix préférable.

778. La délivrance de cette information peut par ailleurs être considérée comme partie intégrante du recueil respectueux du consentement. Pour cette raison, l'absence de respect de cette information devrait constituer un préjudice réparable dans tous les cas. Pour l'instant, comme le souligne Scarlett-May Ferrié, il ne l'est que lorsque le risque dont le patient n'a pas été informé s'est réalisé<sup>2903</sup>. En outre, la perte de chance est évaluée en fonction du préjudice subi par la victime. L'impact sur le choix du patient n'est donc pas réparé<sup>2904</sup> et le médecin qui a manqué à son devoir d'information peut ne pas être sanctionné sur le plan de la responsabilité civile : « En l'absence de réalisation du risque, l'application des règles de la responsabilité civile aboutit à ce que le patient soit privé de toute indemnisation et que le médecin bénéficie d'une immunité. »<sup>2905</sup>

La juriste propose un passage d'une réparation du préjudice causé à une « sanction de la violation d'un droit subjectif », peu importe le préjudice subi<sup>2906</sup>. Le mécanisme serait alors

---

<sup>2901</sup> CSP, art. L. 3212-1, I, 1<sup>o</sup>, al. 2.

<sup>2902</sup> Sur l'hypothèse d'une utilisation par les juridictions au Canada, v. N. Le Du, *op. cit.*, p. 347, n<sup>o</sup> 544.

<sup>2903</sup> S.-M. Ferrié, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D.*, 2017, p. 555 : « Le préjudice de perte de chance d'éviter la réalisation d'un risque est nécessairement subordonné à la réalisation effective de ce risque. Il en va de même du préjudice d'impréparation à la réalisation du risque [...]. »

<sup>2904</sup> *Ibid.* : « Le paradoxe mérite d'être souligné : alors que le devoir d'information pesant sur le professionnel de santé a pour objectif de permettre au patient de prendre une décision éclairée, la position jurisprudentielle actuelle ne permet pas de réparer la privation de choix en tant que telle. »

<sup>2905</sup> *Ibid.*

<sup>2906</sup> *Ibid.*

analogue à la réparation de l'atteinte à la vie privée sur le fondement de l'article 9 du Code civil. De cette manière, « le fait de bafouer l'autonomie d'un patient en le privant de la possibilité de faire un choix éclairé suffit à justifier une indemnisation » : « toute violation du droit à l'information prive le patient d'une prérogative cruciale - celle d'exiger de son médecin la délivrance d'une information - de sorte que toute violation ouvre droit à réparation »<sup>2907</sup>. Cette modification du droit, à condition de ne pas réduire en pratique les indemnisations allouées par le juge pour manquement à l'obligation d'information, permettrait de rendre plus effective et cohérente l'obligation d'information. Ce faisant, elle consacrerait la procédure de recueil du consentement comme processus de respect de la personne.

## B. Respecter le refus de consentement autant que le consentement

**779.** Si le consentement est un outil permettant d'interroger la volonté de la personne, alors le refus de consentement devrait être respecté. Les apports d'une appréhension subjective de l'aptitude à consentir permettent de mieux envisager la réception du refus de consentement. Deux exemples permettent de l'illustrer : le refus des transfusions sanguines et l'évaluation de la perte de chance du fait d'un défaut d'information.

**780.** En droit positif, le refus des transfusions sanguines, qui concerne particulièrement les personnes témoins de Jéhovah, peut être ignoré par le médecin<sup>2908</sup>. Or, dans ces hypothèses, le consentement n'est plus un outil d'attention à l'autre : il permet simplement de légitimer une procédure, l'acte pouvant être pratiqué malgré le refus de consentement pouvant être ignoré<sup>2909</sup>.

Les justifications de ces décisions sont de plus en plus difficiles à saisir<sup>2910</sup>, notamment au regard du développement des droits des patients et d'une prise en compte de la volonté en fin de vie, sans compter le développement des directives anticipées<sup>2911</sup>. Le refus d'un traitement est un droit du patient<sup>2912</sup> et le médecin doit respecter sa volonté après l'avoir informé, même

---

<sup>2907</sup> *Ibid.*

<sup>2908</sup> V. *supra*, n° 260 et s.

<sup>2909</sup> Ce contentieux aurait diminué sans que les cas ne baissent pour autant. Cette évolution serait notamment due au développement accru d'un dialogue entre médecin et patient depuis la loi Kouchner de 2002, v. C. Lantero, « Réflexions sur la fondamentalisation des droits des patients. L'exemple de la violation du consentement », *RDSS*, 2022, p. 216.

<sup>2910</sup> X. Bioy, « Refus de soins vitaux, vingt ans après », *AJDA*, 2022, p. 1693.

<sup>2911</sup> V. cependant la conformité à la Constitution de la possibilité pour le médecin d'écarter ces directives en certaines circonstances : Cons. const., 10 nov. 2022, n° 2022-1022 QPC, *Mme Zohra M. et autres*.

<sup>2912</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 2 : « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. »

si « la personne met sa vie en danger »<sup>2913</sup>. Ce droit bénéficie d'une protection large, puisque le patient ne peut en subir les conséquences sur le plan de la réparation de son préjudice<sup>2914</sup>. Par ailleurs, les craintes d'engager la responsabilité tant pénale que civile du médecin sont, au regard de la jurisprudence et de la doctrine, infondées<sup>2915</sup>. Ainsi, comme le souligne Xavier Bioy, à propos d'une des dernières décisions, son « absence de motivation explicite [...] permet d'en révéler les soubassements aussi classiques que dépassés, ne tenant pas compte du long chemin vers la consécration du refus de soins, sans autre limite que celles que la loi institue »<sup>2916</sup>.

À l'inverse, en pensant le recueil du consentement dans le processus qui exige, *in fine*, le respect de la volonté exprimée, le refus de consentement devrait avoir la même portée que le consentement. De ce point de vue, à défaut de directives anticipées<sup>2917</sup>, une évaluation subjective de l'aptitude à consentir s'avèrerait adaptée<sup>2918</sup>. Ne pas respecter le consentement de la personne reviendrait en effet à remettre en cause la relation de confiance qui doit en principe unir le médecin et son patient tout en préjugant du caractère raisonnable ou non d'une décision individuelle.

**781.** Les conséquences de cette reconnaissance totale du refus de traitement, même en cas d'urgence vitale, devraient être tirées sur le plan de la responsabilité civile.

Rappelons que « c'est seulement dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus, que les juges du fond peuvent nier l'existence d'une perte de chance » à raison du manquement des médecins à

---

<sup>2913</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 3 : « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. »

<sup>2914</sup> T. Gisclard, « La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux », *D.*, 2015, p. 1075.

<sup>2915</sup> X. Bioy, « Refus de soins vitaux, vingt ans après », *AJDA*, 2022, p. 1693 ; D. Chauvaux, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA*, 2002, p. 146. Cette argumentation se fonde notamment sur l'article 223-6 du Code pénal.

<sup>2916</sup> X. Bioy, « Refus de soins vitaux, vingt ans après », *AJDA*, 2022, p. 1693.

<sup>2917</sup> *Ibid.*

<sup>2918</sup> Sur l'éventuelle influence des convictions de la personne sur sa décision, l'établissement d'un continuum de vulnérabilité chez les patients souligne que l'influence des convictions religieuses de la personne fait partie des nombreux facteurs externes qui déterminent son consentement. Par ailleurs, si les pouvoirs publics estiment que les Témoins de Jéhovah exercent une emprise sur leurs membres qui finit par porter atteinte à leur consentement, alors la question devrait également être traitée sur le plan des politiques publiques de lutte contre les dérives sectaires (sur une approche historique de la qualification sectaire des Témoins de Jéhovah, v. É. Ollion, « Comment les Témoins de Jéhovah sont redevenus une "secte" ». Les définitions changeantes du sectarisme en France », in *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, A.-L. Zwillling (dir.), Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 97). Enfin, le médecin peut s'entretenir seul avec la personne en protégeant sa décision et les traitements entrepris par le secret médical, afin de garantir une décision protégée de l'influence de tiers (v. sur ce point X. Bioy, *loc. cit.*).



leur obligation d'information<sup>2919</sup>. Or, avec le critère de « l'intervention [...] impérieusement requise », le caractère « raisonnable » des chances de refus est apprécié *in abstracto* eu égard à la nécessité médicale de l'acte. Cette approche ne prend donc pas en compte la situation *in concreto*. C'est ce qu'a retenu la Cour de cassation en estimant que « la cour d'appel a estimé, sans avoir à suivre les parties dans le détail de leur argumentation que, compte tenu des gênes subies par [la patiente], il n'y avait pas la moindre chance qu'informée de l'existence de l'aléa thérapeutique qui s'est réalisé pour elle, elle aurait refusé une double intervention », alors que le pourvoi soutenait que « le juge doit rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus »<sup>2920</sup>. De même, en estimant qu'il revient aux juges du fond « non de déterminer quelle aurait été la décision de l'intéressée si elle avait été informée des risques de l'opération, mais de dire si elle disposait d'une possibilité raisonnable de refus et, dans l'affirmative, d'évaluer cette possibilité et de fixer en conséquence l'étendue de la perte de chance »<sup>2921</sup>, le Conseil d'État estime que l'impossibilité de refus est extérieure et s'impose à la personne. Il adopte donc le point de vue de la nécessité médicale et non celui du patient. Il résulte de cette jurisprudence que le refus de traitement n'est pas une décision raisonnable.

La probabilité de refus de l'acte médical devrait être évaluée *in concreto* au regard tant de l'acte en cause que de la personnalité du patient et de souhaits exprimés auparavant, comme son comportement au regard du refus de traitement à travers d'éventuelles directives anticipées.

### §3. Données personnelles

**782.** Du point de vue du traitement des données personnelles, la condition de consentement occupe une place particulière : parfois inexistante<sup>2922</sup>, parfois condition alternative ou nécessaire du traitement de ces données. Le consentement est donc loin d'être un préalable nécessaire. Il ne l'est que dans les cas où il conditionne seul le traitement, comme pour les

---

<sup>2919</sup> CE, 3 févr. 2016, n° 376620, recueil T ; CE, 24 sept. 2012, n° 339285, Lebon T. V. aussi *a contrario*, CE, 23 oct. 2019, n° 420485, Lebon T.

<sup>2920</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2013, n° 12-27.961.

<sup>2921</sup> CE, 24 sept. 2012, n° 339285, Lebon T, cons. 4.

<sup>2922</sup> Par ex. Dir. 2016/680 du 27 avr. 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, dite « Directive Police-Justice », art. 8.

cookies, ou dans les cas où aucune autre base de traitement ne peut être utilisée, tels que le cadre général posé par l'article 6 du RGPD, le traitement des données sensibles<sup>2923</sup> ou l'encadrement de la décision individuelle automatisée<sup>2924</sup>. La spécificité de la place du consentement dans le droit des données personnelles justifie alors de porter une attention accrue aux hypothèses dans lesquelles il n'est pas requis, tout en s'attachant aux cas dans lesquels il l'est.

**783.** L'investissement des règles qui ne sont pas spécifiques au consentement (A) n'est pas exclusif d'une réglementation (encore) plus stricte de son recueil (B).

A. Investir les règles non spécifiques au consentement

**784.** Le consentement ne représente qu'un élément parmi de nombreux autres par lequel un individu peut maîtriser ses données. Contrairement aux autres droits et recours prévus dans le domaine des données personnelles, le consentement de la personne n'est que rarement obligatoire dans tous les cas. Focaliser la protection des données personnelles sur le consentement s'avère donc risqué. L'individu dispose de très nombreux outils qui, s'ils étaient davantage connus, faciles d'accès et démocratisés<sup>2925</sup>, permettraient une maîtrise des données personnelles allant au-delà de celle permise par le consentement.

**785.** Les limites des interrogations sur le rôle du consentement en droit de la protection des données personnelles (1) imposent de penser l'interaction entre les conditions du traitement de données (2) et de développer la maîtrise des données sans recourir au consentement (3).

1) *Les limites des interrogations sur le rôle du consentement*

**786.** En matière de données personnelles, le consentement est analysé comme une condition contradictoire. Apparemment critère de maîtrise de ses données personnelles par l'utilisateur, il

---

<sup>2923</sup> RGPD, art. 9.

<sup>2924</sup> RGPD, art. 22.

<sup>2925</sup> Ce qui suppose une sensibilisation à l'utilisation faite des données personnelles : F. Hémond, J. Rossi, « Farces et attrapes du recueil de consentement sur le Web », in *Gouverner par les données ? Pour une sociologie politique du numérique*, A. Théviot (dir.), Lyon : ENS Éditions, 2023. On pense aussi à des projets menés par le Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL, avec des projets permettant à tous les utilisateurs de visualiser les impacts du numérique sur leurs données : <https://linc.cnil.fr/cookieviz-23-une-nouvelle-version-plus-securisee-plus-stable-et-une-mise-en-avant-du-role-des> ou d'exercer plus facilement ses droits : <https://linc.cnil.fr/outil-controlez-votre-dereferencement>.

ne serait qu'une coquille vide en raison du déséquilibre entre les acteurs numériques qui proposent un service et l'utilisateur qui souhaite y avoir accès<sup>2926</sup>.

**787.** Pour autant, parmi les solutions consistant à modifier les règles relatives à la place accordée au consentement, aucune ne semble préférable à l'autre. Le consentement pourrait devenir une condition nécessaire mais pas suffisante du traitement, au risque de causer des difficultés pratiques importantes au regard du volume de données traitées chaque jour. Le consentement pourrait aussi être supprimé de la liste des bases de traitement exigées pour sa licéité. Cette solution répondrait aux critiques selon lesquelles le consentement ne serait jamais tout à fait libre ou tout à fait éclairé, mais elle ne semble pas pertinente. La personne n'aurait en effet plus la possibilité de refuser an amont nombre de traitements qui jusqu'alors ne trouvaient pas de justification dans les autres bases de traitement.

**788.** La lecture du droit positif qui consisterait à distinguer des types de consentements n'est pas plus éclairante pour évaluer la pertinence des conditions de consentement. Ainsi, Anne Debet estime que certains consentements sont « protecteurs » et d'autres « dérogatoires »<sup>2927</sup>.

---

<sup>2926</sup> F. Rogue, « Capacité et consentement au traitement de données à caractère personnel et au contrat » *AJ Contrat*, 2019, p. 370 : « En premier lieu, le consentement atteste d'une volonté du législateur européen de renforcer le contrôle des personnes concernées sur leurs données. Il y a là pour certains une "prise de pouvoir" des personnes concernées, afin qu'elles aient une plus grande maîtrise de l'utilisation de leurs données. On pourrait alors faire un rapprochement avec une théorie bien connue du droit des contrats et plus largement du droit civil : celle de l'autonomie de la volonté. Toutefois, n'y a-t-il pas là une forme de "servitude volontaire", dans le sens où le consentement est le soutien et la justification de la restriction des libertés de la personne concernée ? Le consentement comme nous l'avons vu permet également au responsable de traitement de déroger à certains traitements de données interdits. » Également E. Debaets, « A propos des dérives actuelles du consentement en matière de protection des données », *AJDA*, 2021, p. 346 : « En écartant ainsi les critiques relatives au consentement, le Conseil d'État participe en réalité à un détournement progressif du rôle de ce dernier en matière de protection des données personnelles. Loin de constituer ici une garantie pour les personnes concernées, le consentement permet de justifier de nouvelles atteintes à leurs droits. Or, le Conseil d'État semble bien institutionnaliser le consentement comme moyen de contournement d'une légalité plus stricte. Certes, ce moyen de contournement est expressément prévu par les textes, mais le Conseil d'État le protège en affirmant, de manière très discutable et sans renvoi à la Cour de justice, sa réalité. » V. aussi C. Koumpli, « L'émergence d'un espace privé immatériel et ses oxymores », *Archives de politique criminelle*, vol. 43, n° 1, 2021, p. 57 : « Certes, un "droit au respect de la vie privée" rassure, tel un mur fictif, contre des intrusions immatérielles mais il manque de réalisme et d'effectivité lorsque l'on songe au "double sentiment parallèle d'envie d'utilisation et de perte de contrôle" ("privacy paradox") ; une situation à laquelle s'ajoute, d'après nous, une "usurpation du consentement" étant donné que la réalisation d'une vie sociale normale et l'expression de nombreux droits (on pense surtout au droit à l'information sur internet, ou encore à la liberté d'aller et venir en période de crise sanitaire) passent aujourd'hui par la nécessité de consentir au traitement de ses données personnelles. » Également L. Huttner, *La décision de l'algorithme : étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, dir. Judith Rochfeld th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2022, p. 429, n° 529 : « Mais plus que sur le principe même du consentement en matière de données à caractère personnel, c'est son application et sa réalisation en pratique qui posent problème. ». La chercheuse par de « l'irréaliste consentement libre dans l'environnement numérique » (*ibid.*, p. 429, n° 530). V. aussi N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157.

<sup>2927</sup> A. Debet, « RGPD - Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *Comm. com. électr.*, n° 4, 2018, dossier 9.

Le consentement protecteur serait celui donné pour rendre le traitement licite au sens de l'article 6 du RGPD<sup>2928</sup>. Inversement, les consentements au traitement de données sensibles ou aux décisions automatisées seraient dérogatoires car ces traitements sont en principe interdits. Dans ces hypothèses, le consentement, aux côtés d'autres exceptions, permettrait au responsable de traitement de contourner cette interdiction<sup>2929</sup>. Toutefois, le traitement au sens de l'article 6 n'est pas licite en l'absence d'une base de traitement valable et il est donc tout aussi dérogatoire. Inversement, s'ils sont donnés dans les conditions imposées par le RGPD<sup>2930</sup>, les consentements au traitement de données sensibles peuvent permettre à la personne concernée de refuser *a priori* un traitement.

**789.** Enfin, le consentement s'inscrira toujours dans l'ambiguïté même de la politique de protection des données personnelles, entre la fonction de garantie de la personne au niveau national et celle de conciliation d'intérêts au niveau européen<sup>2931</sup>. Le consentement occupe donc nécessairement une place complexe puisqu'il se trouve pris dans des intérêts qui, du point de vue national, sont jugés contradictoires. Sa double-lecture permanente entre permission et dérogation ne se fait donc que l'écho d'une double lecture du droit européen de la protection des données personnelles.

Il convient plutôt de porter le regard sur d'autres règles que celles spécifiques au consentement.

## 2) *Penser l'interaction entre les conditions du traitement des données*

**790.** Les conditions alternatives au consentement et les critères applicables au consentement composent ensemble l'économie générale du traitement des données personnelles<sup>2932</sup>. Il a par

---

<sup>2928</sup> *Ibid.*

<sup>2929</sup> *Ibid.*

<sup>2930</sup> Ce qui semble par exemple questionnable pour le consentement au sens de l'art. 22 (*ibid.*, p. 431 et s., n° 532 et s.).

<sup>2931</sup> C. Koumpli, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O. Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, p. 181. Pour Nicolas Ochoa, le consentement devient un mécanisme intrinsèquement dérogatoire à la règle de droit : « Dans ces conditions, l'introduction du consentement de la personne au sein de ces instruments doit se comprendre à la lueur de l'économie générale de ce régime : non pas comme un instrument de protection des droits et libertés de la personne fichée, mais comme un procédé original de simplification administrative des obligations pesant sur le ficher. » (N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157.)

<sup>2932</sup> Sans compter les autres règles encadrant le traitement. Le nouveau régime des traitements de données sensibles est par exemple moins protecteur des données de la personne (v. C. Koumpli, *op. cit.*)

exemple été soutenu que l'interprétation stricte des autres bases de traitement, en particulier l'intérêt légitime, reporterait la base de traitement sur le consentement<sup>2933</sup>. Des critères stricts de recueil du consentement<sup>2934</sup> conduiront le responsable de traitement à se reporter sur une autre base de traitement et, à défaut, à recueillir le consentement dans des conditions conformes au RGPD ou à ne pas traiter les données. Le consentement semble exclu dans certains types de relations<sup>2935</sup> et la Commission nationale de l'informatique et des libertés comme le Comité européen sur la protection des données n'ont pas estimé que le consentement était la base de traitement la plus appropriée des applications de contact-tracing durant la pandémie de Covid-19 malgré leur utilisation volontaire<sup>2936</sup>.

**791.** L'interprétation plus ou moins restrictive des conditions alternatives au consentement et des critères du consentement crée un système plus ou moins protecteur de la personne et lui permettant plus ou moins d'exprimer sa volonté dans les conditions prévues par le RGPD. Si les conditions alternatives au consentement et les conditions de validité du consentement sont interprétées de manière stricte, alors l'encadrement du consentement sera lui-même exigeant. Dans le cas inverse, les différentes bases de traitement constituent un système de vases communicants : le responsable de traitement peut avoir intérêt à opter pour la base de traitement la moins stricte et donc, probablement, la moins protectrice. En ce sens, le projet de règlement ePrivacy doit être suivi avec attention. Les conditions dans lesquelles le recueil du consentement ne sera pas nécessaire pour inscrire des traceurs dans le terminal de l'utilisateur, c'est-à-dire notamment pour mettre en place des cookies, pourraient être élargies.

---

<sup>2933</sup> A. Debet, *loc. cit.* : « L'importance accrue du consentement comme fondement du traitement n'est pas forcément liée au changement des textes, mais plutôt à l'interprétation de plus en plus restrictive par les autorités de protection des données des autres fondements possibles des traitements. Les responsables de traitement, tenus de choisir un fondement au traitement, vont peut-être s'orienter vers un consentement plus rassurant que l'invocation d'un intérêt légitime susceptible d'être remis en cause dans le cadre d'une mise en balance parfois aléatoire des droits en présence. »

<sup>2934</sup> *Ibid.* : « Il faut cependant les avertir. Le consentement prévu par le RGPD est un consentement exigeant, dont le caractère libre et spécifique ne sera pas toujours facile à garantir. »

<sup>2935</sup> Le considérant 43 du RGPD exclut le consentement « lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique ». Ainsi, « pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière » (RGPD, cons. 43). Dans son avis sur le consentement, le G29 a étendu cette hypothèse à la relation entre un employé et son salarié, sauf « dans des situations exceptionnelles, lorsqu'absolument aucune conséquence négative ne résultera de leur refus de donner leur consentement. » (G29, *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679*, WP 259, 28 nov. 2017, version révisée et adoptée le 10 avr. 2017, p. 8).

<sup>2936</sup> CEPD, *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avr. 2020, n° 29 et s. ; CNIL, délib. n° 2020-046, 24 avr. 2020, portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », p. 5 et s.

### 3) Développer la maîtrise des données sans le consentement

**792.** De nombreuses règles autres que le consentement permettent d'assurer la protection des données personnelles. Certaines sont à la charge du responsable de traitement, comme celles prévues par l'article 5 du RGPD<sup>2937</sup>. La licéité, la loyauté et la transparence du traitement, la limitation des finalités, la minimisation des données, leur exactitude, la limitation de leur conservation et l'intégrité et la confidentialité des données sont autant d'obligations pesant sur le responsable de traitement<sup>2938</sup>. Le principe de *privacy by design* suppose d'« intervenir en amont pour limiter les risques de dommages liés à l'exploitation de données personnelles sans en même temps empêcher cette exploitation »<sup>2939</sup>. Le responsable de traitement protège ainsi par défaut les données personnelles des personnes concernées.

**793.** D'autres règles prévoient des droits au bénéfice de la personne concernée. Conditionnés par l'obligation d'information du responsable de traitement<sup>2940</sup>, ces droits permettent à la personne de maîtriser l'utilisation qui est faite de ses données.

Dans le RGPD, il en va ainsi, sauf exception, du droit d'accès, du droit de rectification, du droit à l'effacement, du droit à la limitation du traitement, du droit à la portabilité des données, du droit d'opposition, du droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé.

Ces droits peuvent être limités de manière proportionnée pour des raisons d'intérêt public<sup>2941</sup> et sont d'ailleurs moins étendus dans la directive Police-Justice<sup>2942</sup>. Toutefois, tous ces droits peuvent être mobilisés par la personne, qui peut également saisir les autorités de contrôle notamment pour sanction en cas de violation de ses obligations par le responsable de traitement et par ailleurs demander la réparation de son préjudice<sup>2943</sup>. Les individus disposent donc de nombreux outils qui permettent la protection de leurs données personnelles. Le développement, complémentaire à la *privacy by design*, d'une *privacy by using*<sup>2944</sup> s'inscrit dans cette ligne. Il

---

<sup>2937</sup> Ou par l'article 4 de la Dir. 2016/680 du 27 avr. 2016 (« Directive Police-Justice » précitée).

<sup>2938</sup> RGPD, art. 5. 2 (responsabilité du responsable de traitement).

<sup>2939</sup> P. Pucheral, A. Rallet, F. Rochelandet, C. Zolynski, « La Privacy by design : une fausse bonne solution aux problèmes de protection des données personnelles soulevés par l'Open data et les objets connectés ? », *Legicom*, vol. 56, n° 1, 2016, p. 89.

<sup>2940</sup> RGPD, art. 12, 13 et 14.

<sup>2941</sup> RGPD, art. 23.

<sup>2942</sup> Dir. 2016/680 du 27 avr. 2016 (« Directive Police-Justice » précitée), art. 12 et s.

<sup>2943</sup> RGPD, art. 77 et s.

<sup>2944</sup> P. Pucheral, A. Rallet, F. Rochelandet, C. Zolynski, *loc. cit.*

s'agit de mettre les individus en capacité de connaître et de maîtriser leurs usages, de manière à leur donner les moyens de contrôler l'utilisation de leurs données<sup>2945</sup>.

Les règles applicables au consentement pourrait être précisées afin de constituer un processus de respect et de reconnaissance intersubjective.

## B. Réglementer (encore) plus strictement le recueil du consentement

**794.** Certaines règles pourraient être interprétées par la jurisprudence afin de faire du consentement, lorsqu'il est requis, une condition de respect et de reconnaissance. Elles seront développées dans le cas emblématique des traceurs. Dans cette hypothèse, le consentement est toujours requis et de manière très régulière : chaque site internet demande à l'utilisateur de consentir aux cookies. La nécessité pour l'utilisateur d'accéder au site internet, l'utilisation de *darks patterns* et la « fatigue » du consentement sont autant d'éléments qui peuvent conduire l'utilisateur à accepter les cookies. Sur ce point, l'interprétation de la directive ePrivacy, combinée à celle du consentement dans le RGPD, pourrait permettre de réguler davantage les *dark patterns* et les *cookies walls*. En outre, le paramétrage des navigateurs constitue une alternative efficace.

**795.** Le consentement de l'utilisateur à des cookies, requis par la directive ePrivacy, est interrogé par des bandeaux de cookies, des interfaces entre l'utilisateur et le site internet<sup>2946</sup>. Ces interfaces sont parfois conçues avec un design<sup>2947</sup> qui a pour but d'orienter le choix des consommateurs en jouant sur des biais comportementaux : on parle de *dark patterns*<sup>2948</sup>.

---

<sup>2945</sup> *Ibid.* : « La nécessité de procéder à d'importants ajustements en aval implique de remettre en jeu le rôle des individus dans la protection de leurs données. Ainsi, il serait souhaitable de mettre en place une protection décentralisée des données et de leurs modes de traitement au niveau des individus alors qu'un des principes essentiels de la PbD est de leur assurer une protection sans action préalable de leur part. Il conviendrait donc de promouvoir, aux côtés de la PbD, des mécanismes d'apprentissage dynamiques de l'utilisateur que l'on pourrait traduire par un nouveau concept de "*Privacy by using*". [...] Cela placerait l'utilisateur en capacité de mieux définir son comportement de protection de sa vie privée par un mécanisme d'apprentissage. Il ne le fera pas nécessairement, mais il aura les éléments pour adopter un comportement éclairé. Par son *empowerment*, le consommateur, mis en conscience - ou en "capacitation" - pourrait ainsi prendre des décisions en pleine connaissance, ce qui pourrait ainsi favoriser l'émergence de nouvelles normes de *privacy* partagées. »

<sup>2946</sup> Cette interface peut être fournie à travers une plateforme de gestion du consentement, proposée par un intermédiaire (« Consent management platform (CMP) ou « plateforme de gestion du consentement », CNIL, en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/definition/consent-management-platform-cmp-ou-plateforme-de-gestion-du-consentement> (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2024).

<sup>2947</sup> Sur le sujet, v. Linc-CNIL, « La forme des choix. Données personnelles, design et frictions désirables », *Cahiers IP Innovation & Prospective*, n° 6, 2019.

<sup>2948</sup> Pour une présentation détaillée des bandeaux cookies selon les types de dark patterns : F. Hémont, J. Rossi, « Droit, consentement et "dark patterns". Étude de l'évolution des bandeaux cookies entre 2020 et 2021 », *Cahiers Costech*, n° 6, 2023.

L'impact très fort de ces pratiques sur le comportement des utilisateurs a été démontré dans de nombreuses études<sup>2949</sup>. Orientés sans nécessairement le réaliser, les utilisateurs vont donc consentir à l'utilisation de cookies. Ces pratiques ne sont pas respectueuses de la personne donnant son consentement puisqu'elles visent à le manipuler.

**796.** La Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'État et la Commission nationale de l'informatique et des libertés ont eu l'occasion de rappeler l'interdiction de certaines pratiques en s'appuyant sur la définition du consentement dans le RGPD, applicable au consentement dans la directive ePrivacy<sup>2950</sup>. Il en va des cas dans lesquels la case de consentement est cochée par défaut (principe du opt-in)<sup>2951</sup>. Par ailleurs, la Commission nationale de l'informatique et des libertés a développé des recommandations dans lesquelles elle vise le design du recueil du consentement<sup>2952</sup>. Elle recommande ainsi de ne pas recourir à des « pratiques de design potentiellement trompeuses laissant penser aux utilisateurs que leur consentement est obligatoire ou qui mettent visuellement plus en valeur un choix plutôt qu'un autre ». <sup>2953</sup> Elle a eu l'occasion d'appliquer sa réglementation du design relatif au recueil des cookies avec des sanctions importantes<sup>2954</sup>.

---

<sup>2949</sup> C. M. Gray, C. Santos, N. Bielova, M. Toth, D. Clifford, "Dark Patterns and the Legal Requirements of Consent Banners: An Interaction Criticism Perspective", in *CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI) » 21), May 8-13, 2021, Yokohama, Japan*, Association for Computing Machinery, New York.

<sup>2950</sup> Sur ce point, CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° C-673/17, *Bundesverband c. Planet49*, ECLI:EU:C:2019:80 ; CE, 19 juin 2020, n° 430810, Lebon T.

<sup>2951</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° C-673/17, *Bundesverband c. Planet49*, ECLI:EU:C:2019:80 ; CE, 19 juin 2020, n° 430810, Lebon T.

<sup>2952</sup> CNIL, délib. n° 2020-092, 17 sept. 2020, *portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs*. Ainsi, la CNIL « recommande fortement que le mécanisme permettant d'exprimer un refus de consentir aux opérations de lecture et/ou d'écriture soit accessible sur le même écran et avec la même facilité que le mécanisme permettant d'exprimer un consentement » (*ibid.*, p. 8) et « lorsque le refus peut être manifesté par la simple fermeture de la fenêtre de recueil du consentement ou encore par l'absence d'interaction avec celle-ci pendant un certain laps de temps, cette possibilité doit être clairement indiquée aux utilisateurs sur cette fenêtre » (*ibid.*, p. 9, n° 33).

<sup>2953</sup> *Ibid.*, p. 10, n° 34. Ainsi, « il est recommandé d'utiliser des boutons et une police d'écriture de même taille, offrant la même facilité de lecture, et mis en évidence de manière identique » (*ibid.*).

<sup>2954</sup> Par exemple, l'absence d'un bouton « tout refuser », avait pour effet que « l'utilisateur n'avait pas la possibilité de refuser les opérations de lecture et/ou d'écriture avec le même degré de simplicité qu'il avait de les accepter » et constitue un manquement à l'article 82 de la LIL. Pour affirmer cela, la CNIL s'appuie sur la manière dont les mots et le design pouvaient orienter le comportement de l'utilisateur, notamment à partir d'études (CNIL, délib. n° SAN-2022-023, 19 déc. 2022, *Société Microsoft Ireland Operations Limited*, n° 68 et s. ; CNIL, délib. n° SAN-2022-027, 29 déc. 2022, *Sociétés Tiktok Information Technologies UK Limited et Tiktok Technology Limited*, n° 69 et s. ; CNIL, délib. n° SAN-2021-024, 31 déc. 2021, *Société Facebook Ireland Limited*, n° 82 et s. (amende de 60 millions d'euros), v. aussi CNIL, délib. n° SAN-2021-023, 31 déc. 2021, *Google LLC et Google Ireland Limited*, n° 116 et s. (amende cumulée de 150 millions d'euros). V. E. Netter, « Cookies et autres traceurs : des sanctions pour les géants du numérique, mais des leçons pour tous », *RTD com.* 2022, p. 295.



797. La réglementation a eu un effet sur les *dark patterns*<sup>2955</sup>, mais une interdiction générale des *dark patterns* permettrait d'unifier la réglementation<sup>2956</sup>. Le *Digital Services Act* interdit déjà la conception, l'organisation et l'exploitation par les fournisseurs de plateformes en ligne des « interfaces en ligne de façon à tromper ou à manipuler les destinataires de leur service ou de toute autre façon propre à altérer ou à entraver substantiellement la capacité des destinataires de leur service à prendre des décisions libres et éclairées »<sup>2957</sup>. En revanche, il ne s'applique qu'aux plateformes en ligne et exclut de son champ d'application les pratiques notamment couvertes par le RGPD<sup>2958</sup>. La Commission nationale de l'informatique et des libertés ne s'est quant à elle fondée que sur des recommandations pour prendre sa décision. Son laboratoire d'innovation numérique propose des designs protégeant la vie privée des utilisateurs<sup>2959</sup>, mais à destination des responsables de traitement qui souhaitent avoir une telle approche.

L'interdiction générale des *dark patterns* serait pourtant essentielle pour garantir une interprétation stricte de la liberté du consentement au sens du RGPD et pour respecter l'utilisateur. La proposition de règlement européen sur l'intelligence artificielle semblerait enfin réguler de manière générale ces dispositifs qui ont un effet sur le comportement ou la prise de décision de la personne<sup>2960</sup>.

---

<sup>2955</sup> Selon Julien Rossi et Florian Hémon, qui ont mené une étude de l'évolution des *dark patterns* agissant sur le consentement aux cookies, la législation et les normes professionnelles ont pu avoir un impact sur leur baisse notable entre 2020 et 2021 : « Toutefois, le passage à la version 2.0 du TCF, mais surtout des décisions de justice et d'autorités de contrôle, semblent avoir eu pour effet d'entraîner une conformité bien plus forte en 2021 qu'en 2020 aux règles sur le consentement qui résultent de la lecture conjointe de la directive e-Privacy de 2002 et du RGPD. » (F. Hémon, J. Rossi, « Droit, consentement et "dark patterns". Étude de l'évolution des bandeaux cookies entre 2020 et 2021 », *Cahiers Costech*, n° 6, 2023.)

<sup>2956</sup> Le groupe de travail sur les bannières cookies mis en place par le CEPD ne s'est pas prononcé sur une interdiction générale des designs trompeurs (« *deceptive button colours* » et « *deceptive button contrast* ») (CEPD, *Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce*, 17 janv. 2023, p. 6, n° 15 et s.), sauf si la possibilité alternative au consentement est « inlisible » (*unreadable*) pour tout utilisateur (*ibid.*, n° 18). Autrement, elle opte pour une approche au cas par cas (*ibid.*, n° 19). Quant à l'absence de bouton de rejet à la première étape de la bannière, peu d'autorités nationales ont considéré que cela ne constituait pas de violation de l'article 5. 3 de la directive ePrivacy (*ibid.*, n° 8, p. 5). V. aussi CEPD, *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*, version 2.0, 14 févr. 2023.

<sup>2957</sup> Règlement (UE) 2022/2065 du 19 oct. 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), art. 25. 1.

<sup>2958</sup> *Ibid.*, art. 25. 2 : « L'interdiction contenue dans le paragraphe 1 ne s'applique pas aux pratiques couvertes par la directive 2005/29/CE ou le règlement (UE) 2016/679. »

<sup>2959</sup> <https://design.cnil.fr/>

<sup>2960</sup> Amendement 215, Proposition de règlement, Article 5. 1. a : « *the placing on the market, putting into service or use of an AI system that deploys subliminal techniques beyond a person's consciousness or purposefully manipulative or deceptive techniques, with the objective to or the effect of materially distorting a person's or a group of persons' behaviour by appreciably impairing the person's ability to make an informed decision, thereby causing the person to take a decision that that person would not have otherwise taken in a manner that causes or is likely to cause that person, another person or group of persons significant harm* » (14 juin 2023, disponible en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html)).

798. Le respect dans le recueil du consentement est également affecté par les *cookie walls*. Cette pratique correspond au « fait de subordonner la fourniture d'un service ou l'accès à un site web à l'acceptation d'opérations d'écriture ou de lecture sur le terminal de l'utilisateur » et n'est pas non plus interdite malgré la réinterprétation du consentement à la lumière du RGPD.

Dans l'attente du règlement ePrivacy qui pourrait préciser les règles applicables, différentes institutions se sont saisies du sujet. Une délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés a ainsi rappelé la position du Comité européen de la protection des données qui estimait la pratique non conforme<sup>2961</sup>. Le Conseil d'État a toutefois estimé qu'elle avait dépassé ses compétences<sup>2962</sup>. Les nouvelles lignes directrices de la Commission nationale de l'informatique et des libertés prises en conséquence ne formulent plus d'interdiction générale mais spéciale : le *cookie wall* « est susceptible de porter atteinte, dans certains cas, à la liberté du consentement » de sorte que « la licéité de cette pratique [...] doit être appréciée au cas par cas » et, le cas échéant, s'accompagner d'une information adéquate<sup>2963</sup>.

---

<sup>2961</sup> CNIL, délib. n° 2019-093, 4 juill. 2019, *portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif)*, art. 2 : « À ce titre, la Commission rappelle que le CEPD, dans sa "déclaration sur la révision de la directive 'ePrivacy' et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques", a considéré que la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi ("cookie walls") n'est pas conforme au RGPD. Le CEPD considère en effet que, dans une telle hypothèse, les utilisateurs ne sont pas en mesure de refuser le recours à des traceurs sans subir des conséquences négatives (en l'occurrence l'impossibilité d'accéder au site consulté). » V. CEPD, Déclaration du comité européen de la protection des données sur la révision de la directive ePrivacy et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques, 25 mai 2018 : « Il convient de noter que le consentement qui doit être obtenu en vertu de la proposition de règlement ePrivacy a la même définition que dans le RGPD. En particulier, la nécessité d'obtenir le consentement libre des utilisateurs empêchera les fournisseurs de services de mettre en place des "cookie wall", c'est à dire de priver d'accès à leur site les utilisateurs n'acceptant pas les cookies et autres traceurs (...) », p. 3 (non paginé). Le G29 avait déjà alerté sur le sujet. Dans un avis adopté en 2016, il avait estimé que les pratiques comme les *cookies walls* « respectent rarement l'exigence d'un consentement donné librement, tel que défini dans la directive 95/46/CE et en particulier au considérant 43 du RGPD », de sorte que le G29 « invite la Commission à développer une interdiction spécifique de ces choix de type "à prendre ou à laisser" concernant les communications électroniques lorsque de tels choix saperaient le principe de consentement donné librement ». Le G29 listait ensuite « cinq circonstances dans lesquelles le consentement forcé devrait être spécifiquement interdit et dans lesquelles les utilisateurs devraient être libres de choisir d'accepter et de refuser le traitement de leurs données tout en étant en mesure d'utiliser le service [...] » (G29, *Avis 03/2016 sur l'évaluation et la révision de la directive « vie privée et communication électroniques » (2002/58/CE)*, Avis n° WP 240, 19 juill. 2016, p. 19).

<sup>2962</sup> CE, 19 juin 2020, n° 434684, Lebon T (v. notamment P. Alix, « Il est plus facile pour un chameau (de passer par le chas d'une aiguille que pour les responsables de traitement d'obtenir un consentement libre et éclairé au dépôt et à la lecture de cookies tiers) », *Legipresse*, 2020, p. 495 ; M.-C. de Montecler, « Les lignes directrices de la CNIL sur les cookies partiellement censurées », *AJDA*, 2020, p. 1264) : « en déduisant pareille interdiction générale et absolue de la seule exigence d'un consentement libre, posé par le règlement du 27 avril 2016, la CNIL a excédé ce qu'elle peut légalement faire, dans le cadre d'un instrument de droit souple ».

<sup>2963</sup> CNIL, délib. n° 2020-091, 17 sept. 2020, *portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-93 du 4 juill. 2019, n° 17 et 18*. V. C. Crichton, « Lignes directrices et recommandation de la CNIL en matière de cookies et autres traceurs », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 527.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés a précisé ces indications « dans l'attente d'une législation ou d'un positionnement de la Cour de justice de l'Union européenne »<sup>2964</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne semble se diriger vers une interprétation similaire<sup>2965</sup>.

Une réponse aux *cookies walls* à travers les *paywalls*, qui permettent de compenser l'absence de revenus publicitaires du fait du traçage, constitue une alternative limitée pour l'utilisateur. L'expression de sa volonté est conditionnée à ses moyens financiers. Cette solution risque ainsi de créer des différences de protection des données personnelles en fonction du revenu des individus.

L'adoption dans le règlement ePrivacy de règles prohibitives des *cookie walls*, au moins sur certains types de traceurs comme le recommandait le Comité européen de la protection des données<sup>2966</sup>, serait bienvenue<sup>2967</sup>. Elle permettrait d'assurer l'effectivité d'un consentement respectueux quel que soit le milieu social des individus.

---

<sup>2964</sup> CNIL, « Cookie walls : la CNIL publie des premiers critères d'évaluation », 16 mai 2022, *cnil.fr*, en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation> (v. « *Cookie walls* : la CNIL publie des premiers critères d'évaluation », *Legipresse*, 2022, p. 318 ; W. Maxwell, C. Zolynski, « Protection des données personnelles », *D.*, 2022, p. 2002). En particulier, l'utilisateur doit bénéficier d'une « alternative réelle équitable » en cas de refus de consentement, de sorte qu'en son absence, « l'éditeur devra être en mesure de démontrer, notamment à la CNIL, qu'un autre éditeur propose une telle alternative sans conditionner l'accès à son service au consentement ». Si l'alternative au consentement est payante, alors le tarif du « *paywall* » doit être « raisonnable », caractère apprécié « au cas par cas », le compte utilisateur créé doit respecter les règles du traitement de données et « l'éditeur devra démontrer que son cookie wall est limité aux finalités qui permettent une juste rémunération du service proposé ».

<sup>2965</sup> La CJUE a récemment estimé dans une interprétation du RGPD que « ces utilisateurs doivent disposer de la liberté de refuser individuellement, dans le cadre du processus contractuel, de donner leur consentement à des opérations particulières de traitement de données non nécessaires à l'exécution du contrat sans qu'ils soient pour autant tenus de renoncer intégralement à l'utilisation du service offert par l'opérateur du réseau social en ligne, ce qui implique que lesdits utilisateurs se voient proposer, le cas échéant contre une rémunération appropriée, une alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données ». Elle concluait alors que « l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), et l'article 9, paragraphe 2, sous a), du RGPD doivent être interprétés en ce sens que la circonstance que l'opérateur d'un réseau social en ligne occupe une position dominante sur le marché des réseaux sociaux en ligne ne fait pas obstacle en tant que telle à ce que les utilisateurs d'un tel réseau puissent valablement consentir, au sens de l'article 4, point 11, de ce règlement, au traitement de leurs données à caractère personnel, effectué par cet opérateur. Cette circonstance constitue néanmoins un élément important pour déterminer si le consentement a effectivement été donné valablement et, notamment, librement, ce qu'il incombe audit opérateur de prouver. » (CJUE, 4 juill. 2023, n° C-252/21, *Meta Platforms and Others c. Bundeskartellamt*, n°150-154.)

<sup>2966</sup> G29, *Avis 03/2016 sur l'évaluation et la révision de la directive « vie privée et communication électroniques » (2002/58/CE)*, Avis n° WP 240, 19 juill. 2016, p. 19.

<sup>2967</sup> Le 10 février 2021, le Conseil de l'Union européenne a arrêté une position commune pour donner un mandat de négociation sur le règlement ePrivacy. Il prévoit notamment que « l'utilisateur final devrait avoir véritablement la liberté de choisir s'il accepte ou non les cookies ou des identifiants similaires. Le fait de subordonner l'accès à un site web au consentement à l'utilisation de cookies à d'autres fins en tant que solution alternative à un verrou d'accès payant sera autorisé si l'utilisateur est en mesure de choisir entre cette offre et une offre équivalente du même fournisseur qui n'implique pas le consentement aux cookies. » (Conseil de l'UE, *Confidentialité des communications électroniques : le Conseil arrête sa position sur des règles en matière de vie privée et de communications électroniques*, communiqué de presse, 10 févr. 2021, en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/02/10/confidentiality-of-electronic-communications-council-agrees-its-position-on-eprivacy-rules/>.)

799. Une solution pour la gestion des cookies semble aujourd'hui se développer : le paramétrage du navigateur ou même de l'appareil électronique<sup>2968</sup>. Cette solution permet en effet de limiter l'effet de « fatigue du consentement » en évitant à l'utilisateur de consentir ou de refuser de consentir à répétition durant sa navigation sur internet. Rendue obligatoire, elle pourrait apporter une réponse efficace à la répétition des consentements. La proposition de règlement ePrivacy du Parlement et du Conseil intègre des dispositions en ce sens<sup>2969</sup>, tout comme la position arrêtée par le Conseil de l'Union européenne début 2021<sup>2970</sup>.

---

<sup>2968</sup> N. Metallinos, « Lignes directrices du G29 sur le consentement - Le RGPD apporte-t-il de réels changements sur la place du consentement ? », *Comm. com. électr.*, 2018, comm. 58 : « La mise en place d'une case à cocher globale d'acceptation des cookies (solution mise en œuvre par de nombreux acteurs sur internet dans la perspective de l'entrée en application du RGPD) n'apparaît pas plus au G29 comme une solution satisfaisante en raison du risque de lassitude du click ("click fatigue") pouvant résulter d'une sollicitation excessive. La seule solution qui semble avoir la faveur du G29 semble être le paramétrage du navigateur, pour autant que ce dernier permette d'exprimer le consentement de manière suffisamment granulaire au regard des finalités des cookies (i.e. la mise en œuvre de mesures de protection de la vie privée dès la conception et par défaut). Cette solution est également celle initialement contenue dans la proposition de règlement appelé à remplacer la directive "vie privée et communications électroniques" en cours d'examen et qui est soutenue par l'EDPB [CEPD]. »

<sup>2969</sup> Proposition de règlement concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), 10 janv. 2017, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010> (consulté le 3 févr. 2024), cons. 22 : « le présent règlement devrait prévoir la possibilité d'exprimer un consentement en utilisant les paramètres appropriés d'un navigateur ou d'une autre application. Les choix effectués par l'utilisateur final lorsqu'il définit les paramètres généraux de confidentialité d'un navigateur ou d'une autre application devraient être contraignants pour les tiers et leur être opposables » et cons. 24 : « il y a lieu d'imposer aux fournisseurs de logiciels permettant d'accéder à Internet l'obligation de faire en sorte qu'au moment de l'installation, les utilisateurs finaux soient informés de la possibilité de choisir leurs paramètres de confidentialité parmi les diverses options proposées et soient invités à opérer un choix. Les informations fournies ne devraient pas dissuader les utilisateurs finaux d'opter pour une confidentialité très stricte et devraient comprendre des renseignements utiles sur les risques qu'implique le consentement au stockage de cookies de tiers sur l'ordinateur, parmi lesquels la conservation à long terme des historiques de navigation des personnes concernées et leur utilisation pour l'envoi de publicités ciblées. Les navigateurs Web sont encouragés à proposer aux utilisateurs finaux des moyens faciles de modifier leurs paramètres de confidentialité à tout moment en cours d'utilisation et à leur permettre de prévoir des exceptions ou d'établir une liste blanche de certains sites Web ou de préciser les sites Web dont ils acceptent toujours ou n'acceptent jamais les cookies (de tiers) ». V. également la proposition d'article 9. 2 du même règlement : « Sans préjudice du paragraphe 1 [qui prévoit que "la définition et les conditions du consentement figurant à l'article 4, paragraphe 11, et à l'article 7 du règlement (UE) 2016/679/UE s'appliquent"], si cela est techniquement possible et réalisable, aux fins de l'article 8, paragraphe 1, le consentement peut être exprimé à l'aide des paramètres techniques appropriés d'une application logicielle permettant d'accéder à Internet » et la proposition d'article 10 : « les logiciels mis sur le marché qui permettent d'effectuer des communications électroniques, y compris la récupération et la présentation d'informations sur Internet, offrent la possibilité d'empêcher les tiers de stocker des informations sur l'équipement terminal d'un utilisateur final ou de traiter des informations déjà stockées sur ledit terminal » et « au moment de l'installation, le logiciel informe l'utilisateur final des paramètres de confidentialité disponibles et, avant de continuer l'installation, lui impose d'en accepter un ».

<sup>2970</sup> Conseil de l'UE, « Confidentialité des communications électroniques : le Conseil arrête sa position sur des règles en matière de vie privée et de communications électroniques », Communiqué de presse », 10 févr. 2021, en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/02/10/confidentiality-of-electronic-communications-council-agrees-its-position-on-eprivacy-rules/> (consulté le 3 févr. 2024) : « Pour éviter la lassitude du consentement aux cookies, un utilisateur final pourra donner son consentement à l'utilisation de certains types de cookies en inscrivant sur une liste blanche un ou plusieurs fournisseurs dans ses paramètres de navigation. Les fournisseurs de logiciels seront encouragés à faire en sorte que les utilisateurs puissent facilement établir et modifier des listes blanches sur leurs navigateurs et retirer leur consentement à tout moment. »

**800.** Le consentement en matière de données personnelles pourrait s'intégrer à une conception du consentement comme forme de respect de l'autre et comme reconnaissance, malgré les considérations de libre circulation des données entourant le droit européen. Plus encore, l'éducation aux normes européennes peut permettre la mobilisation des usagers. Le consentement peut se révéler être une « arme du droit »<sup>2971</sup> efficace pour des utilisateurs qui souhaiteraient refuser de nombreux traitements de données personnelles. Cette stratégie témoigne de l'intérêt, dans une démarche de protection des données personnelles, de ne pas supprimer le critère du consentement.

#### **§4. Adoptions et droit de la filiation**

**801.** Le défaut de consentement dans de nombreuses adoptions internationales illicites suppose des réponses des pouvoirs publics (A). Dans les adoptions internes, la place du consentement parental devrait être discutée (B). Dans tous les cas, une place plus importante à l'attention et au respect de la parole des enfants est nécessaire (C).

##### **A. Les réponses aux adoptions internationales illicites**

**802.** Nombreuses sont les adoptions internationales qui ont été prononcées sans le consentement de parents qui, pourtant, étaient à même de le donner. La baisse des adoptions internationales ne doit pas faire oublier la nécessité, *a posteriori*, de répondre à ces abus et d'éviter qu'ils ne se reproduisent. Trois inspections ministérielles ont été saisies le 8 novembre 2022<sup>2972</sup>, répondant à une demande de personnes adoptées et de parents adoptifs<sup>2973</sup>. Parmi ces réponses, la première d'entre elles consisterait en une reconnaissance des adoptions illicites et

---

<sup>2971</sup> L. Israël, *L'arme du droit*. 2<sup>e</sup> éd., Paris : Presses de Sciences Po, 2020, v. *supra*, n° 742 et s..

<sup>2972</sup> « Afin, d'une part, d'identifier les pratiques illicites qui ont eu lieu par le passé pour éviter qu'elles ne se reproduisent et, d'autre part, d'apporter une réponse aux demandes des adoptés et de la société civile. » (Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, Ministère de la Justice, Secrétariat d'État chargé de l'Enfance, « Le gouvernement lance une mission d'inspection sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France », Communiqué de presse, 8 nov. 2022, en ligne : [https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/actualites-et-evenements/2022/article/le-gouvernement-lance-une-mission-d-inspection-sur-les-pratiques-illicites-dans,](https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/actualites-et-evenements/2022/article/le-gouvernement-lance-une-mission-d-inspection-sur-les-pratiques-illicites-dans-) [https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/pratiques-illicites-ladoption-internationale,](https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/pratiques-illicites-ladoption-internationale) <https://enfance.gouv.fr/le-gouvernement-lance-une-mission-d-inspection-sur-les-pratiques-illicites-dans-ladoption> (consulté le 3 févr. 2024).)

<sup>2973</sup> Collectif pour la Reconnaissance des Adoptions Internationales Illégales en France, « Demande d'enquête sur les adoptions illégales à l'international en France depuis 1960 », *Change.org*, 11 févr. 2021, en ligne : <https://www.change.org/p/demande-d-enqu%C3%AAt-sur-les-adoptions-ill%C3%A9gales-%C3%A0-l-international-en-france-depuis-1960?recruiter=1180553473> (consulté le 3 févr. 2024).

des excuses officielles de la part de la France, comme cela est actuellement demandé<sup>2974</sup> et a été fait en Suisse<sup>2975</sup>. L'ensemble des pays impliqués dans les adoptions internationales devraient ainsi reconnaître ces abus. De nombreuses autres demandes ont été formulées, parmi lesquelles un accompagnement des personnes victimes et une aide à la recherche des origines<sup>2976</sup>. Sur le plan pénal, des experts de l'ONU ont souligné que les adoptions internationales illicites pouvaient constituer des infractions<sup>2977</sup>.

**803.** Les adoptions internationales pourraient également être davantage régulées pour mettre fin à ces abus. Une suspension des adoptions internationales pourrait permettre de prendre le temps de réfléchir à la possibilité de permettre des adoptions internationales sans pratiques illicites et notamment sans que le consentement des parents ne soit violé<sup>2978</sup>. Si le consentement est un principe important des adoptions internationales, il semble surtout qu'il soit détourné lorsque les conditions de l'adoption internationale ne sont elles-mêmes pas garanties. L'impact de la Convention de La Haye sur les adoptions dans les pays signataires en témoignerait. La

---

<sup>2974</sup> « Discours prononcé par Emmanuelle Hebert, co-fondatrice et représentante de l'association RAIF - Réseau des adoptés.es à l'international en France », *RAIF*, en ligne : <https://associationraif.com/publications/onu-comite-des-disparitions-forcees-septembre-2023/> (consulté le 3 févr. 2024) ; Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022.

<sup>2975</sup> B. Busslinger, « Le Conseil fédéral “regrette” les adoptions illégales des années 1980 », *Le Temps*, 14 déc. 2020. Des pays européens ont rédigé des rapports officiels suite aux affaires sur l'adoption internationale : Conseil fédéral suisse, *Adoptions illégales d'enfants du Sri Lanka : étude historique, recherche des origines, perspectives. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 17.4181 Ruiz Rebecca du 14.12.2017*, Suisse, 2020 ; Committee investigating intercountry adoption, *Summary. Consideration, Analysis, Conclusions, Recommendations and Summary*, Pays-Bas, févr. 2021.

<sup>2976</sup> « Discours prononcé par Emmanuelle Hebert, co-fondatrice et représentante de l'association RAIF - Réseau des adoptés.es à l'international en France », *RAIF*, en ligne : <https://associationraif.com/publications/onu-comite-des-disparitions-forcees-septembre-2023/> (consulté le 3 févr. 2024) ; CNPE, *Avis relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées à l'étranger*, 2021, Avis n° 2021-7 ; Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022, n° 15 et s.

<sup>2977</sup> Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022, n° 4 : « *Illegal intercountry adoptions may violate the prohibition of the abduction, the sale of, or the traffic of children, and, under specific circumstances, may also violate the prohibition of enforced disappearances. In certain conditions as provided for in international law, illegal intercountry adoptions may constitute serious crimes such as genocide or crimes against humanity.* »

<sup>2978</sup> S. Cessou, « Les Pays-Bas suspendent toutes les adoptions à l'étranger », *La Croix*, 12 févr. 2021.

régulation des acteurs de l'adoption et l'identification des pays dans lesquels les conditions pour des adoptions licites ne sont pas réunies semblent constituer la première mesure de garantie du consentement des parents.

Par ailleurs, les experts de l'ONU indiquent que les États devraient interdire en droit national les adoptions illicites et en faire une infraction continue<sup>2979</sup>. Un travail sur l'efficacité des infractions existantes pourrait être mené pour établir si elles doivent être complétées<sup>2980</sup>.

**804.** Enfin, en l'état actuel du droit, le juge français ne peut s'opposer à l'exequatur des jugements d'adoption étrangers lorsqu'il constate que le consentement des parents d'origine est défaillant. Trois arrêts l'ont récemment affirmé<sup>2981</sup>. Le juge de l'exequatur est le juge du jugement d'adoption et non de l'adoption étrangère. Le contrôle de la régularité internationale de la décision étrangère est ainsi limité à sa conformité à l'ordre public international. On déduit de ces deux arrêts que la Cour de cassation considère que l'article 370, alinéa 3, ancien du Code civil relatif au consentement à l'adoption n'est pas d'ordre public international mais seulement une règle matérielle<sup>2982</sup>. Il est désormais explicitement prévu en droit interne que le consentement à l'adoption, lorsqu'il est requis, soit « libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption »<sup>2983</sup>. Cela pourrait justifier, au regard de l'ampleur des adoptions internationales illicites, que cette exigence intègre l'ordre public international.

---

<sup>2979</sup> Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022, n° 12 : « States shall prohibit illegal intercountry adoptions as a continuing offense under criminal law. »

<sup>2980</sup> C. pén., art. 227-12.

<sup>2981</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mai 2023, n° 21-24.178, n° 8 : « l'article 370-3 n'est pas opposable à un jugement d'adoption étranger » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2019, n° 18-18.855 : « la violation de l'article 370-3 du code civil ne peut être opposée à l'exequatur d'un jugement d'adoption gabonais » (cassation pour violation de l'article 34 de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition du 23 juillet 1963 entre la France et le Gabon et de l'article 370-3 du code civil) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2016, n° 16-23.471, publié : rejet de la demande d'exequatur car « l'exigence de consentement est, aux termes de l'article 370-3 du code civil, un principe essentiel du droit français constitutif de l'ordre public international et relève l'absence de régularité du consentement donné par les parents biologiques » (cassation car « la violation de l'article 370-3 du code civil ne peut être opposée à l'exequatur d'un jugement d'adoption ivoirien »). Sur l'agrément à l'adoption, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janv. 2020, n° 18-24.261, publié. Comp. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juill. 2000, n° 99-10.848, publié.

<sup>2982</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Le juge de l'exequatur du jugement d'adoption n'est pas juge de l'adoption », *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 560 ; J. Guillaumé, « Existe-t-il un ordre public de l'adoption internationale ? », *D.* 2021, p. 852 : « Le rétropédalage de la Cour de cassation quant à l'applicabilité directe de l'article 370-3 lors de l'exequatur de l'adoption étrangère n'est pas simplement une question de technique juridique ; il exprime un choix substantiel : le choix d'atténuer les exigences de l'ordre public de l'adoption internationale. » Sur le consentement et l'exequatur des jugements d'adoption, v. A. K. Danziger, M.-C. Gaffinel, « L'exequatur des décisions de GPA étrangères à la cour d'appel de Paris », *AJfam.*, 2023, p. 385.

<sup>2983</sup> C. civ., art. 348-3, al. 1<sup>er</sup>.

## B. Discuter la place du consentement parental dans les adoptions internes

**805.** Le consentement des parents à l'adoption de leur enfant n'occupe pas une place aussi étendue qu'on le pense dans les adoptions internes. Cela justifie de reconsidérer les dispositions encadrant le consentement parental ainsi que les adoptions prononcées sans le consentement des parents.

**806.** On compte aujourd'hui trois exceptions au consentement parental. Le retrait de l'autorité parentale et la déclaration judiciaire de délaissement parental<sup>2984</sup> conduisent à ne pas recueillir le consentement parental ; en cas de refus abusif de consentement à l'adoption de l'enfant dont les parents « se sont désintéressés au risque d'en compromettre la santé ou la moralité », le tribunal peut tout de même prononcer l'adoption. Cette situation souligne l'inadaptation de la condition de consentement, car son refus peut être contourné. En ce sens, le recueil du consentement ne constitue pas une procédure de respect du parent.

**807.** À titre préalable, deux remarques s'imposent. Premièrement, il serait nécessaire de développer des travaux de recherche sur la manière dont le consentement - à l'adoption comme lors de la remise de l'enfant à l'ASE - est recueilli auprès des parents<sup>2985</sup>. Deuxièmement, le contexte dans lequel s'inscrit le recueil des consentements des parents est celui de la protection de l'enfance, secteur en grande difficulté. Il ne saurait être trop rappelé que de nombreuses difficultés seraient au moins atténuées si la protection de l'enfance était mieux dotée<sup>2986</sup>. Les développements suivants s'inscriront dans ce contexte.

---

<sup>2984</sup> Remarquons que le recours à la déclaration judiciaire de délaissement parental est faible : « Dans la majorité des départements contrôlés, le recours au délaissement parental et la délégation d'autorité parentale (DAP) sont rares, possiblement en raison du manque de formation des personnels du département à ces outils juridiques. Le maintien d'un lien irrégulier et espacé avec les parents aboutit à l'impossibilité de mettre en œuvre la procédure de délaissement et donc à un accueil de très jeunes enfants qui peut parfois durer jusqu'à leur majorité, au lieu d'envisager pour eux un autre projet plus stable (comme l'accession au statut de pupille et éventuellement l'adoption). » (Cour des comptes, Chambres régionales et territoriales des comptes, *La protection de l'enfance. Une politique inadaptée*, 2020.)

<sup>2985</sup> Sur les difficultés de la recherche en protection de l'enfance, v. F. Capelier, M. Fougère-Ricaud, « La recherche en protection de l'enfance à l'épreuve des données personnelles », *Revue des politiques sociales et familiales*, vol. 148, n° 3, 2023, p. 119.

<sup>2986</sup> Le Conseil national de la protection de l'enfance, le Conseil national de l'adoption et le Conseil d'orientation des politiques de jeunesse ont par exemple appelé à un « plan Marshall pour la protection de l'enfance » le 18 oct. 2023 (« Plan Marshall pour la protection de l'enfance », ONPE, en ligne : <https://onpe.gouv.fr/actualite/plan-marshall-pour-protection-lenfance> (consulté le 3 févr. 2024).



**808.** La clé de compréhension des difficultés entourant le consentement des parents à l'adoption de leur enfant se trouve peut-être dans la finalité de cette adoption. Alors que, dans le Code civil, l'adoption figure parmi les modes d'établissement de la filiation, elle peut aussi être lue comme une mesure de protection de l'enfance. Elle permet de donner un foyer à un enfant tout en lui assurant une stabilité et une continuité<sup>2987</sup> dans sa prise en charge. Dès lors, les parents peuvent être considérés comme des personnes faisant obstacle à cette décision de prise en charge de l'enfant, après n'avoir pas assuré leurs fonctions parentales. D'un côté, se passer du consentement des parents répond à un objectif de protection de l'enfance. De l'autre, la qualification des dysfonctionnements parentaux est complexe au-delà des cas tranchés et est empreinte d'un contrôle social du « bon parent »<sup>2988</sup>. La nécessité de préserver les liens familiaux de l'enfant impose donc de penser l'Aide sociale à l'enfance d'abord comme un lieu d'aide aux familles et aux enfants<sup>2989</sup>. L'admission comme pupille de l'État et éventuellement l'adoption n'ont donc lieu que dans des cas bien particuliers, « lorsque l'exercice de l'autorité parentale par les parents de l'enfant est durablement compromis »<sup>2990</sup>.

Il convient de réfléchir à la manière de faire évoluer le consentement parental pour en faire un acte de respect, tout en assurant à l'enfant une prise en charge dans son intérêt.

**809.** Est-il encore possible de parler de consentement des parents à l'adoption de leur enfant mineur hors du cadre familial ? Les cas d'adoptions consenties par les parents sont peu nombreux et les possibilités de passer outre sont à l'inverse bien nombreuses. Le droit donne ainsi la possibilité de ne recueillir le consentement que dans les hypothèses où il est certain qu'il sera donné.

---

<sup>2987</sup> F. Capelier, « Veiller à la stabilité du parcours de l'enfant : une obligation légale en quête de sens », *Informations sociales*, vol. 201, n° 1, 2020, p. 78.

<sup>2988</sup> I. Boccon-Gibod, *L'action en responsabilité d'un enfant contre ses parents. Le « bon père de famille » est mort... vive le « bon parent » !*, dir. M. Fabre-Magnan, Mémoire de Master 2, 2018-2019 ; v. aussi M. Chauvière, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, vol. 149, n° 5, 2008, p. 16 ; C. Martin (dir.), « Être un bon parent » : une injonction contemporaine, Presses de l'EHESP, 2014.

<sup>2989</sup> J.-P. Rosenczveig, D. Youf, F. Capelier, *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Ministère de la famille, 2014, p. 85 : « La loi Famille devrait offrir l'opportunité d'animer un débat public sur les réalités de l'ASE (6 milliards 9 de dépenses publiques pour 450 000 enfants suivis, une image négative ne correspond pas au travail développé au quotidien en direction des familles les plus fragiles du pays) qui n'est et ne peut pas être pas un réservoir d'enfants adoptables. L'enjeu de l'aide sociale à l'enfance n'est pas de rompre les liens parents-enfants mais de permettre aux enfants de trouver ou retrouver toute leur place dans leur famille. L'adoption n'est qu'une réponse parmi d'autres et très relative pour les enfants accueillis par l'ASE. Des équilibres existent auxquels il faut prendre garde pour ne pas remettre en cause la mission première de l'aide sociale à l'enfance qui mériterait de s'intituler aide sociale aux familles. »

<sup>2990</sup> F. Capelier, « Du consentement à la contrainte en protection de l'enfance : accord, adhésion ou avis ? », *Vie sociale*, vol. 33, n° 1, 2021, p. 117.

Il convient donc de changer le prisme d'analyse en affirmant qu'en droit positif, les hypothèses dans lesquelles un parent peut refuser de consentir à l'adoption de son enfant sont rares dans un parcours de protection de l'enfance. À l'appui de ce principe général, les règles pourraient être pensées différemment. Les exceptions au consentement joueraient alors un rôle central. Les cas dans lesquels un enfant devient pupille de l'État sans consentement à l'adoption devraient donc être scrutés avec la plus grande attention afin de ne pas être détournés. Plusieurs propositions sont envisageables.

**810.** La première possibilité serait de garantir l'exigence de consentement des parents à l'adoption de leur enfant et, en l'absence de consentement, de ne pas procéder à une adoption mais à une autre prise en charge de l'enfant à long terme. Les exceptions au consentement seraient ainsi supprimées. Pour concevoir le recueil du consentement parental comme une procédure respectueuse du parent, on pourrait envisager d'interdire d'employer un vocabulaire visant à inciter le parent à donner son consentement.

Cette option pourrait toutefois faire obstacle à des adoptions qui seraient dans l'intérêt d'un enfant dont les liens avec le parent sont durablement rompus ou d'une dangerosité particulière. Rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme estime que prononcer une adoption malgré le refus de consentement d'un parent n'est pas disproportionné si l'on en juge l'intérêt de l'enfant d'un côté et la relation limitée du père d'origine avec l'enfant de l'autre<sup>2991</sup>. De même, la privation des droits parentaux peut conduire à prononcer une adoption sans recueillir le consentement des parents<sup>2992</sup>. À tout le moins, cette première possibilité mériterait une discussion avec l'ensemble des acteurs impliqués.

---

<sup>2991</sup> CEDH, 25 janv. 2007, n° 21949/03, *Eski c. Autriche*, n° 42 : « Against this background, the Court considers that the domestic courts were better placed to strike a fair balance between the interests involved. Having regard in particular to their assessment of the child's best interests and to the limited relationship which the applicant had with his child at the relevant time, the Court finds that their decision to grant the adoption fell within their margin of appreciation. Given the aims sought to be achieved by allowing the adoption to go ahead, it cannot be said that the adverse effects it had on the applicant's relations with the child were disproportionate [...]. »

<sup>2992</sup> *Ibid.*, n° 37 : « In this context, reference should also be made to the European Convention on the Adoption of Children, which is binding on several of the Council of Europe's Member States, including Austria. This text requires in principle the consent of the mother and, where the child is legitimate, of the father, to their child's adoption, save on exceptional grounds determined by law. If the father or mother has been deprived of his or her parental rights in respect of the child, the law may provide that it is not necessary to obtain his or her consent. Likewise, in its White Paper on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage of 15 January 2002, the Council of Europe's Committee of Experts on Family Law recommends that an adoption shall not be granted unless the mother's and the father's consent has been given. The competent authority may overrule the refusal of such consent only on exceptional grounds determined by law. However, the consent of the father or mother or both may be dispensed with by law if they do not hold parental responsibility (see paragraphs 27 and 28 above). »

**811.** Les exceptions au consentement à l'adoption dans le cas de l'adoption plénière pourraient aussi être considérablement restreintes pour les réserver à l'adoption simple. Dans cette hypothèse, en effet, l'atteinte aux droits des parents est plus faible qu'en droit positif. En outre, l'enfant est pris en charge durablement par ses nouveaux parents. Le lien de filiation demeure, l'autorité parentale est exercée par les adoptants<sup>2993</sup> et il peut être prévu que les parents d'origine exercent un droit de visite. Cette solution s'inscrit dans la promotion contemporaine de l'adoption simple et l'élaboration d'un parcours pérenne pour l'enfant<sup>2994</sup>, sans rupture formelle des liens avec les parents d'origine. Elle supposerait, dans les faits, un changement des pratiques<sup>2995</sup>.

**812.** Une troisième solution consisterait à préciser les exceptions au consentement à l'adoption. Elles devraient en effet être conçues comme des alternatives au consentement des parents et donc porter le poids symbolique de ce consentement. Il a ainsi été proposé de distinguer d'un côté les « hypothèses dans lesquelles le parent met son enfant en danger », suivies d'un retrait de l'autorité parentale, et de l'autre « les cas où l'enfant est objectivement

---

<sup>2993</sup> C. civ., art. 362.

<sup>2994</sup> Cour des comptes, Chambres régionales et territoriales des comptes, *La protection de l'enfance. Une politique inadaptée*, 2020, p. 105-106 ; C. Benoît à la Guillaume, S. Blaison, M.-L. Bouet-Simon, S. Dekens, C. Lohéac, A. Roussé, *Plaidoyer pour l'adoption nationale. 10 propositions pour une mobilisation en faveur des enfants délaissés*, 2013 ; A. Gouttenoire, I. Corpart, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Ministère de la Famille, 2014, p. 82 et s. (« favoriser l'adoption simple comme mesure de protection de l'enfant »). V. également CNPE, *Rapport sur l'adoption de Mme Monique Limon, députée et de Mme Corinne Imbert, sénatrice*, 2020, Avis n° 2020-2, p. 2, qui souligne les intérêts des deux formes d'adoption ; CNCNDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 38 : « Par ailleurs, il est indispensable de mieux identifier les enfants dont la situation justifierait un autre accompagnement que celui de ses parents biologiques. Les auditions de jeunes anciennement confiés à l'ASE ont montré qu'il existe des situations compliquées et durablement traumatisantes, dans lesquelles des parents ne parviendront pas à établir des liens sécurisants avec l'enfant. Alors, tout en conservant le lien de filiation, il serait sans doute nécessaire de réfléchir plus avant à l'organisation d'un statut plus pérenne et stable, qui pourrait passer par une évolution des règles de l'adoption simple. La CNCNDH préconise de réfléchir à l'organisation plus formelle d'un véritable débat judiciaire autour du statut de l'enfant, qui permettrait de réfléchir à toutes les possibilités offertes afin d'installer les enfants dans une stabilité affective. » V. aussi pour une étude québécoise : « Les résultats présentés démontrent également que dans certains cas, l'existence de formes d'adoptions plus ouvertes ou du moins plus flexibles permettrait sans doute de travailler plus étroitement avec les parents biologiques, de discuter plus facilement d'adoption et aussi de favoriser le processus de réflexion menant à la signature d'un consentement à l'adoption. À ce titre, un projet de loi est actuellement à l'étude au Québec : celui-ci propose de reconnaître juridiquement certaines formes d'adoptions ouvertes ou sans rupture du lien de filiation d'origine. » (D. Chateaneuf, « L'adoption en contexte de protection de l'enfance : profils et trajectoires d'enfants pris en charge à la naissance », *Recherches familiales*, vol. 12, n° 1, 2015, p. 137.)

<sup>2995</sup> En 2018, l'adoption simple était quasi-exclusivement une adoption intrafamiliale - pour 98 % des adoptions simples (Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 39) et les pupilles ne représentaient que 2 % des adoptés simples mineurs (*ibid.*, p. 48) ; *ibid.*, p. 48 : « Par ailleurs, le cas quasi général est celui du consentement à l'adoption donné par le(s) parent(s), les adoptions à titre simple de pupilles de l'État ou de mineurs déclarés abandonnés étant rarement relevées dans l'ensemble des adoptions. »

délaissé », suivis d'une délégation de l'autorité parentale (provisoire) ou d'une déclaration judiciaire de délaissement (pérenne)<sup>2996</sup>.

Les conditions de la déclaration judiciaire de délaissement pourraient également être complétées en vérifiant qu'une aide a d'abord été proposée aux parents<sup>2997</sup>. En droit positif, la condition est formulée seulement de manière négative (« les parents n'ont pas entretenu avec lui [l'enfant] les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit »<sup>2998</sup>). Ajouter une condition cumulative visant l'aide apportée par le conseil départemental permettrait de limiter les inégalités sociales dans les dérogations au consentement à l'adoption. Elle permettrait également d'éviter de potentielles dérives conduisant à des adoptions sans que le parent ne le souhaite et alors qu'il aurait voulu s'occuper de son enfant<sup>2999</sup>.

**813.** Enfin, l'implication des parents dans la procédure pourrait également être précisée<sup>3000</sup>. Il faut noter la faible participation et représentation des parents dans les procédures judiciaires<sup>3001</sup>. Elle constitue un obstacle pour faire valoir leurs droits lors de la procédure de délaissement, alors même que la représentation est formellement obligatoire<sup>3002</sup>.

---

<sup>2996</sup> A. Gouttenoire, I. Corpart, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Ministère de la Famille, 2014, p. 64.

<sup>2997</sup> CNCDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 33 : « Recommandation n° 9 : La CNCDH recommande de clarifier les textes et les pratiques relatifs à la délégation et au délaissement parental en se référant plus explicitement aux principes fondamentaux, à l'intérêt supérieur de l'enfant, la proportionnalité et la constatation qu'une aide appropriée a été apportée aux parents. Il importe dans la recherche de cet équilibre subtil de porter une attention particulière aux liens d'affection que l'enfant peut avoir développés et d'adapter son statut juridique au plus près de la situation. » Cette possibilité est d'ailleurs relevée par les magistrats eux-mêmes : « Enfin, la carence du conseil départemental est aussi relevée dans quelques rares situations, carence qui n'a pas permis aux parents de bénéficier de l'aide nécessaire pour garder des relations avec leur enfant. » (Ministère de la Justice, *Le délaissement parental en 2018, 2020*, p. 20.)

<sup>2998</sup> C. civ., art. 381-1.

<sup>2999</sup> Le rapport du Parlement britannique sur les adoptions d'enfants nés de femmes célibataires montre que ces dérives sont possibles : « *It is striking that it has taken a great deal of time-decades - before we have faced up to the truth of what was happening to hundreds of thousands of mothers and their children. Babies were taken away from mothers who didn't want to let them go. They were told they had no other option and would, in the words of one witness 'with an ounce of help' have seized the chance to keep their sons and daughters with them and brought them up themselves.* » (House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights, *The Violation of Family Life: Adoption of Children of Unmarried Women 1949-1976*, HC 270, HL Paper 43, Royaume-Uni, 2022, p. 22, n° 77).

<sup>3000</sup> F. Capelier, « Du consentement à la contrainte en protection de l'enfance : accord, adhésion ou avis ? », *Vie sociale*, vol. 33, n° 1, 2021, p. 117.

<sup>3001</sup> En 2018, les deux parents étaient absents et non représentés dans 68,6 % des décisions sur le délaissement, la mère était absente et non représentée dans 83,9 % des décisions la concernant seule et le père dans 81,4 % des décisions le concernant seul (Ministère de la Justice, *Le délaissement parental en 2018, 2020*, p. 10).

<sup>3002</sup> CPC, art. 1203, al. 1<sup>er</sup>.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme recommandait pourtant en 2021 de « renforcer le principe du contradictoire en veillant à ce que les personnes les plus fragiles puissent effectivement faire valoir leurs droits, en particulier en favorisant l'accompagnement des parents afin que l'expression de leur parole soit facilitée » dans le domaine de la protection judiciaire de l'enfance<sup>3003</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme place la participation des parents au processus d'adoption au cœur du respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : la procédure, plus que la justification de l'adoption en elle-même, est ainsi contrôlée<sup>3004</sup>. Ainsi, si le droit national prévoit la possibilité pour le parent d'exercer une action pour retrouver ses droits parentaux, il doit avoir été mis en mesure de le faire avant le prononcé de l'adoption si cela a un sens<sup>3005</sup>.

En droit français, le parent qui s'est vu retirer son autorité parentale devrait donc, sauf si cela n'a pas de sens, être en mesure d'exercer l'action pour les restituer<sup>3006</sup> avant que la procédure d'adoption n'ait lieu. Pourtant, cette possibilité est expressément contredite par la loi française<sup>3007</sup>. Elle devrait ainsi être modifiée en concordance avec la jurisprudence européenne.

---

<sup>3003</sup> CNCDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 20.

<sup>3004</sup> CEDH, 17 juill. 2008, n° 11223/04, *X. c. Croatie*, n° 48 (« *It is true that Article 8 contains no explicit procedural requirements, but this is not conclusive of the matter. The relevant considerations to be weighed by a local authority in reaching decisions on children in its care must perforce include the views and interests of the natural parents. The decision-making process must therefore, in the Court's view, be such as to ensure that their views and interests are made known to and duly taken into account by the local authority and that they are able to exercise in due time any remedies available to them. In the Court's view, what therefore has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests* »). Également *ibid.*, n° 53 (« *The Court has not overlooked the fact that the applicant was divested of the capacity to act. However, the Court has difficulty in accepting that every person divested of the capacity to act should be automatically excluded from adoption proceedings concerning his or her child, as the applicant was in the present case. The Court finds that it was not sufficient for the applicant to be only summarily informed by the relevant domestic authorities, while her parental rights were still intact, that adoption proceedings had been instituted in respect of her daughter. The Court considers that she should also have been given an opportunity to be heard in those proceedings and thus the possibility of expressing her views about the potential adoption of her daughter* ») V. J.-P. Marguénaud, *Rép. eur. Dalloz*, v° « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », oct. 2017, act. sept. 2023, n° 42.

<sup>3005</sup> CEDH, 8 janv. 2013, n° 37956/11, *A.K. et L. c. Croatie*, n° 78 : « *While the Court can accept that her consent, owing to the fact that she had been divested of her parental rights, was not necessary in the adoption proceedings, it nevertheless considers that where, as in Croatia, a national system allows for parental rights to be restored, it is indispensable that a parent be given an opportunity to exercise that right before the child is put up for adoption, should such a possibility have any meaning. In the present case, by not informing the first applicant about the adoption proceedings the national authorities deprived her of the opportunity to seek restoration of her parental rights before the ties between the biological parent and child were finally severed by the child's adoption. She was thus prevented from enjoying her right guaranteed by the Family Act.* »

<sup>3006</sup> C. civ., art. 381, al. 1<sup>er</sup> : « Les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1 pourront, par requête, obtenir du tribunal judiciaire, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés. »

<sup>3007</sup> C. civ., art. 381, al. 2 : « La demande en restitution ne pourra être formée qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale est devenu irrévocable ; en cas de rejet, elle

Des groupes représentant les parents dans les espaces de discussion des politiques sociales pourraient permettre de construire ces politiques publiques de manière inclusive avec tous les acteurs présents<sup>3008</sup>.

Ces propositions sont complémentaires du renforcement de la place de l'enfant, ce dernier se trouvant au cœur du processus d'adoption.

### C. Accroître la participation des enfants

**814.** La consolidation des règles permettant la participation des enfants dans la procédure d'adoption permettrait de considérer davantage leur volonté et de limiter les dérives possibles de l'adoption. La participation des enfants à la gouvernance de la protection de l'enfance<sup>3009</sup> comme aux recherches sur le sujet<sup>3010</sup> apparaît particulièrement importante puisqu'ils en sont des acteurs centraux. L'écoute et le respect de leur parole devraient donc trouver une place centrale<sup>3011</sup>.

**815.** Les personnes mineures occupent pourtant une place réduite lorsqu'il s'agit de leur adoption. Il convient en effet de rappeler que le consentement des enfants à leur adoption n'est requis qu'à partir de l'âge de 13 ans. En 2018 seulement 12,9 % des adoptés pléniers avaient 10 ans et plus<sup>3012</sup>. Autrement dit, dans l'adoption plénière, la grande majorité des enfants ne pourra pas donner son consentement. Or, les enfants ne sont pas non plus auditionnés ou

---

ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption. »

<sup>3008</sup> Sur les parents d'enfants placés, v. E. Potin, « Du lien dangereux au lien en danger, la place des parents quand leur enfant est placé », *Recherches familiales*, 2011, vol. 8, n° 1, p. 115 : « Il existe peu de groupes de pression composés de parents d'enfants placés, contrairement à d'autres secteurs de l'action sociale comme celui du handicap. Le placement ou l'imposition d'une mesure d'assistance éducative vient disqualifier et stigmatiser les parents qui par peur d'exister dans un groupe disqualifiant parce que associant des disqualifiés, "s'invisibilisent" et s'isolent. Cette image négative colle à la mesure et à ses destinataires. Le travail social tente de requalifier les compétences parentales dans l'intérêt de l'enfant mais pour que des parents veuillent faire groupe, c'est l'image du groupe qui est *a priori* disqualifiante qu'il faut requalifier. »

<sup>3009</sup> ONPE, *Ecouter pour agir. La participation collective des enfants protégés*, 2023.

<sup>3010</sup> Esprit de Justice, « Faut-il bannir l'adoption internationale ? », *Radio France*, 27 août 2023 (première diffusion le 1<sup>er</sup> mars 2023), en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/esprit-de-justice/faut-il-bannir-l-adoption-internationale-9634280> (consulté le 3 févr. 2024) : « La seule grande nouveauté dans le paysage de l'adoption internationale depuis les 20 dernières années, c'est l'apparition d'un nouvel acteur que sont les personnes adoptées elles-mêmes. Ces personnes jouent un rôle essentiel et il faut les entendre. Et c'est de la parole de ces personnes qu'est venu finalement le fait que des juristes, des historiens, des sociologues, des chercheurs s'intéressent aussi à ces pratiques illicites » (intervention d'Yves Denéchère retranscrite sur le site web).

<sup>3011</sup> V. aussi Déf. droits, *Rapport annuel sur les droits de l'enfant 2020, Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, 2020.

<sup>3012</sup> Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 28. Et inversement, seuls 9 % des adoptés simples avaient moins de 15 ans (*ibid.*, p. 43).

entendus par le juge<sup>3013</sup>. Ainsi, seuls 3 % des adoptés pléniers<sup>3014</sup> et des adoptés simples<sup>3015</sup> l'ont été en 2018. Il en va de même dans la procédure de délaissement, où le taux est de 5 %<sup>3016</sup>. Même lorsque les enfants ont atteint cet âge, ils sont loin d'être systématiquement entendus<sup>3017</sup>. Cela s'explique notamment par leur âge et l'évaluation de la capacité de discernement<sup>3018</sup> - rappelons en effet que la procédure d'adoption exige que le mineur soit entendu s'il est capable de discernement<sup>3019</sup>. Enfin, la représentation n'est pas obligatoire pour les enfants dans les procédures de retrait d'autorité parentale, faute d'être partie à l'instance<sup>3020</sup> - la solution s'étend très probablement à la procédure pour déclaration judiciaire de délaissement<sup>3021</sup> - et cela n'est pas non plus prévu dans la procédure d'adoption<sup>3022</sup>.

**816.** L'assistance obligatoire de l'enfant par un avocat, la représentation par un administrateur ad hoc<sup>3023</sup> ou l'accompagnement par un tiers quelle que soit la procédure, même

<sup>3013</sup> Droit consacré au niveau international (CIDE, art. 12) et national (C. civ. art. 388-1).

<sup>3014</sup> Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 38 : « l'information selon laquelle l'enfant a été auditionné, ou entendu sur la procédure d'adoption qui le vise à part entière n'est ressortie que pour 3 % des enfants adoptés à titre plénier. Tous les enfants auditionnés ont plus de six ans. »

<sup>3015</sup> *Ibid.*, p. 52 et s. : « En 2018, deux ans après la promulgation de la loi, l'audition ne se rapporte qu'à 3 % des adoptés simples tous âges confondus, quasi tous en adoption intrafamiliale. »

<sup>3016</sup> Ministère de la Justice, *Le délaissement parental en 2018*, 2020, p. 18 : « Elle est relevée pour 5 % des enfants, tous âges confondus. »

<sup>3017</sup> Concernant l'adoption simple (Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 52) : « Le plus jeune adopté auditionné est âgé de 8 ans. Compte tenu de ce constat, si on fixe le critère de discernement à cet âge, on relève que 15 % des mineurs adoptés simples de plus de 8 ans ont été auditionnés ». Concernant la déclaration judiciaire de délaissement (Ministère de la Justice, *Le délaissement parental en 2018*, 2020, p. 18) : « Cette part diffère en fonction de l'âge de ces enfants. De moins de 1 % pour ceux âgés de moins de 6 ans, elle passe à 3 % pour ceux entre 6 et 11 ans, et à 8 % pour les enfants âgés de plus de 11 ans. » La CNCDH relève une « audition de l'enfant non systématique » dans la « protection judiciaire de l'enfance » (CNCDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 18).

<sup>3018</sup> Ministère de la Justice, *L'adoption en 2018*, 2020, p. 38 : « En 2018, cette pratique apparaît néanmoins comme relativement marginale, en partie du fait de l'âge des enfants adoptés, mais aussi peut-être à cause de la notion d'âge de discernement, qui peut être appréciée différemment selon les situations et les magistrats concernés. » Parmi les 3 % d'enfants auditionnés, « tous [...] ont plus de six ans. »

<sup>3019</sup> C. civ., art. 353-1, al. 2 : « Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsqu'il refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à son intérêt, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. »

<sup>3020</sup> V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Autorité parentale », oct. 2021, act. sept. 2023, n° 600 et s. L'interprétation se fait en combinant les articles 1209 et 1208-4 du Code de procédure civile à partir des personnes pouvant interjeter appel du jugement. Au contraire, l'enfant est partie à l'instance en matière d'assistance éducative, sous réserve de son discernement (*ibid.*, n° 609) ; en revanche, la représentation n'y est pas obligatoire.

<sup>3021</sup> CPC, art. 1202 et s., les deux procédures relevant du même régime.

<sup>3022</sup> CPC, art. 1166 et s.

<sup>3023</sup> Déf. droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice*, 2013, p. 59 s. ; CNCDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 68 et s. sur l'avocat et l'administrateur ad hoc.

dans la procédure d'adoption qui est gracieuse, permettrait de lui assurer d'être entendu tout en étant protégé par un acteur indépendant<sup>3024</sup>. Une telle mesure pourrait accompagner la reconnaissance de l'enfant comme partie à ces procédures<sup>3025</sup>. Cette proposition n'est pas nouvelle et a été formulée à de nombreuses reprises<sup>3026</sup>. Elle permettrait en particulier à l'enfant qui n'est pas doué de discernement selon le juge de faire porter sa voix<sup>3027</sup>. Une présomption de discernement pourrait également être imposée à l'article 388-1 du Code civil<sup>3028</sup>. Dans le domaine de l'assistance éducative, la représentation par un avocat a été expérimentée à Nanterre

<sup>3024</sup> Déf. droits, *Rapport annuel sur les droits de l'enfant 2020, Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, 2020, p. 18 : « les représentants des associations ou bénévoles accompagnant les enfants dans leurs démarches doivent pouvoir, si ces derniers en font la demande, les accompagner, d'autant plus que leur connaissance des jeunes est souvent très utile à une meilleure appréhension de la situation soumise au magistrat » et « les avocats ont également un rôle important à jouer, tant pour la compréhension des procédures par l'enfant que pour sa préparation à l'audience ou à son audition ».

<sup>3025</sup> P. Salvage-Gerest, « L'enfant partie au jugement d'adoption : une fausse bonne idée », *AJ fam.*, 2014, p. 177.

<sup>3026</sup> CNCDH, *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020, n° 70, recommandation n° 21 : « La CNCDH recommande de prévoir la désignation d'un même avocat, dans la mesure du possible spécialisé en protection de l'enfance, tout au long de la procédure afin de garantir une représentation effective de l'enfant. Cette désignation s'accompagnera nécessairement d'une réflexion sur l'aide juridictionnelle. » En effet, « les auditions menées par la CNCDH ont fait ressortir d'une part, les difficultés liées à l'absence d'un référent stable et reconnu en protection administrative et, d'autre part, la présence insuffisante d'un avocat auprès de l'enfant, dont la désignation d'office n'est pas prévue par les textes. Le fait de devoir attendre la première audience pour qu'il soit désigné et qu'au surplus, les parents puissent, dans certains cas, choisir l'avocat de leur enfant, est problématique. » (*Ibid.*, n° 69.) V. également Conseil national des barreaux, « Résolution sur la présence systématique de l'avocat d'enfants en assistance éducative », 4 juin 2021, en ligne : [https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/07.cnb-re\\_2021-06-](https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/07.cnb-re_2021-06-04_ldh_presence_systematique_avocats_denfants_en_aefinal-p.pdf)

04\_ldh\_presence\_systematique\_avocats\_denfants\_en\_aefinal-p.pdf (consulté le 3 févr. 2024) ; J.-P. Rosenczveig, D. Youf, F. Capelier, *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Ministère de la famille, 2014, p. 165. En 2013, le Défenseur des droits soulignait déjà l'importance du rôle de l'avocat : Déf. droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice*, 2013, p. 55 et s. et Déf. droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice. Synthèse*, 2013 : « Encourager et valoriser la présence d'un avocat formé aux droits de l'enfant aussi bien devant le juge aux affaires familiales qu'en matière d'assistance éducative. Renforcer l'information de l'enfant et de l'adolescent quant à ce droit d'assistance afin qu'ils soient à même de comprendre la procédure judiciaire en cours et la place qui est la leur. »

<sup>3027</sup> F. Capelier, « Du consentement à la contrainte en protection de l'enfance : accord, adhésion ou avis ? », *Vie sociale*, vol. 33, n° 1, 2021, p. 117 : « Pour pousser l'analyse, il faut enfin distinguer la situation de l'enfant discernant, en mesure d'exercer seul les droits qui lui sont reconnus notamment en justice, de l'enfant n'ayant pas encore atteint la capacité de discernement. Dans cette dernière hypothèse, la question de la représentation de l'enfant en justice par des personnes autres que les titulaires de l'autorité parentale se pose avec acuité au regard du conflit d'intérêts dans lequel les parents sont susceptibles de se trouver entre le devoir de représenter l'enfant et la nécessité de faire valoir leurs intérêts propres. Les publications récentes dans le champ de la protection de l'enfance recommandent un renforcement de la présence des avocats et une nomination plus systématique d'un administrateur *ad hoc* dans les situations dans lesquelles l'enfant n'a pas la capacité de discernement. » V. également Déf. droits, *Rapport annuel sur les droits de l'enfant 2020, Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, 2020, p. 18 : « L'avocat, chargé de porter la parole de son client, ne peut le faire lorsque l'enfant est non discernant ou en bas âge. Dans ces cas, la représentation de l'enfant nécessite de désigner un administrateur *ad hoc*. Le Défenseur des droits a constaté un faible recours à cette désignation dans le cadre des procédures d'assistance éducative, notamment lorsqu'elles concernent un enfant en bas âge. L'institution recommande qu'un administrateur *ad hoc* soit désigné dès lors que l'intérêt du mineur est en contradiction avec celui de ses parents, ou a minima lorsqu'est envisagée une mesure de placement. »

<sup>3028</sup> Déf. droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice. Synthèse*, 2013, proposition 1.



avec succès dans le domaine de l'assistance éducative<sup>3029</sup>. Une proposition de loi souhaite consacrer une expérimentation sur le territoire français<sup>3030</sup>, pour les procédures en assistance éducative et quel que soit le discernement du mineur<sup>3031</sup>. Il serait pertinent d'envisager aussi l'extension de cette représentation aux procédures de retrait de l'autorité parentale, de délégation de l'volontaire et de déclaration judiciaire d'abandon. En ce sens, il pourrait être prévu que le mineur soit systématiquement assisté et entendu avec son avocat lors de la procédure d'adoption à partir d'un seuil d'âge adapté aux réalités de l'adoption plénière. Enfin, on pourrait envisager une discussion sur l'âge de consentement du mineur, aujourd'hui fixé à 13 ans, sous réserve que le mineur soit représenté ou assisté afin de limiter les pressions sur son consentement.

**817. Conclusion de la Section 2.** Envisager le recueil du consentement comme une démarche de reconnaissance intersubjective implique principalement de modifier les comportements individuels et les politiques publiques et subsidiairement de modifier le droit. Le droit a aussi sa part à jouer dans cette nouvelle conception du consentement. Plusieurs dispositions légales encadrant les consentements pourraient être modifiées en ce sens. Le rôle du consentement comme démarche de respect et de reconnaissance pourrait être pleinement atteint lorsque tous les acteurs se saisiront de toutes les possibilités légales pour exercer leurs droits et se mobiliser. Cela implique donc que les personnes soient davantage incluses et

---

<sup>3029</sup> I. Clanet Dit Lamanit, A. Vrain, « L'avocat d'enfant, ça devrait être automatique. Pour une désignation systématique en assistance éducative », *Délibérée*, vol. 13, n° 2, 2021, p. 34 : « Un an après le début de l'expérimentation, force est de constater que la justice des enfants gagne en densité, sens et efficacité à l'épreuve de la désignation systématique de l'avocat en assistance éducative. »

<sup>3030</sup> Proposition de loi n° 1035 visant à expérimenter la présence systématique de l'avocat auprès de l'enfant en assistance éducative de Cécile Untermaier et al., Assemblée nationale, 4 avr. 2023, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/experimenter\\_presence\\_avocat\\_enfant](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/dossiers/experimenter_presence_avocat_enfant) (consulté le 3 févr. 2024). L'article 1<sup>er</sup> prévoit qu'« au moins pour une durée d'un an à compter de la promulgation de la présente loi et dans au moins dix tribunaux judiciaires de dix cours d'appel différentes, le mineur est assisté d'un avocat pour tout ce qui concerne l'assistance éducative, du placement à l'assistance éducative en milieu ouvert. À défaut de choix d'un avocat par le mineur, ses parents, le tuteur ou la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié, le procureur de la République ou le juge des enfants fait désigner par le bâtonnier un avocat commis d'office. » La proposition a été accueillie positivement par la conférence des bâtonniers (Conférence des Bâtonniers, Motion de soutien à la proposition de loi visant à expérimenter la présence systématique de l'avocat auprès de l'enfant en assistance éducative, 5 mai 2023, en ligne : <https://www.conferencedesbatonniers.com/upload/motions-votes/2023/ag-05-05-2023---motion-de-soutien-a-la-proposition-de-loi-visant-a-experimenter-la-presence-de-lavocat-en-ae.pdf> (consulté le 3 févr. 2024)). Nous estimons toutefois qu'il est contestable que les autres parties au procès puissent choisir l'avocat de l'enfant, en raison des intérêts que chacun y a.

<sup>3031</sup> L'article 1186 du Code de procédure civile prévoit que : « Le mineur capable de discernement, les parents, le tuteur ou la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié peuvent faire choix d'un conseil ou demander au juge que le bâtonnier leur en désigne un d'office. La désignation doit intervenir dans les huit jours de la demande. »

disposent des moyens de connaître leurs droits et se sentent légitimes à les utiliser et à s'en saisir.

**818. Conclusion du Chapitre 2.** Le consentement peut se révéler être un outil démocratique, de reconnaissance et d'émancipation à partir du moment où le regard qu'on pose sur lui est modifié. Le consentement peut devenir un processus de reconnaissance en droit, en développant les règles encadrant la procédure de recueil du consentement et le respect du refus de consentement. Il peut le devenir également dans son usage, dès lors que les individus se saisissent du consentement pour faire entendre leur voix.

Les consentements ne sont pas les seuls moyens pour atteindre ces buts. De nombreux droits, dont certains ne sont pas consacrés, comme le droit à l'autodétermination, pourraient le permettre. La condition de consentement a en revanche le mérite d'exister en droit et d'être particulièrement répandue en droit des personnes. Elle constitue ainsi un des moyens existants qui peut être saisi pour rendre la société plus respectueuse des différentes identités. À l'inverse, le consentement, si populaire, fait parfois de l'ombre à des dispositions qui permettraient de poursuivre les mêmes finalités. Les politiques juridiques peuvent ainsi assurer la reconnaissance de la personne et lui donner les moyens de son émancipation. Loin d'être destinée à demeurer un outil de contrôle des individus, la dimension intersubjective du consentement peut en faire un instrument d'une politique de justice sociale.

**819. Conclusion du Titre 2.** En envisageant les consentements par le prisme de la justice sociale, nous avons pu trouver une manière de les appréhender qui permette de s'extraire des difficultés habituelles. Les inégalités sociales qui conditionnent le consentement ont pu être saisies dans toute leur diversité et être attribuées aux représentations sociales de la personne, à l'intersection de sa classe, son genre et sa « race ». Elles ont pu être qualifiées de dénis de reconnaissance à raison de la dimension intersubjective du consentement. Ce raisonnement a permis de concevoir le consentement comme un processus de reconnaissance au service d'une société socialement plus juste. Sur le fondement des droits et libertés fondamentaux, les fondations d'une nouvelle conception du consentement ont été posées. Ses conséquences concrètes en ont été tirées en droit français. Des réponses ont ainsi été apportées aux débats actuels sur l'opportunité et les conditions du consentement.

**820. Conclusion de la Partie 2.** Les consentements constituent des réalités sociales concrètes dont le droit doit se saisir. Le recours aux instruments juridiques habituels n'offre pourtant pas de réponse aux problématiques posées par le consentement. Leur diversité fait ainsi échec à une théorie générale du consentement fondée sur l'acte juridique ou le contrat. L'analyse du consentement en termes de justice sociale a permis d'identifier une des problématiques centrales du consentement, les inégalités sociales au croisement de la classe, du genre et de la « race ». En les qualifiant de « déni de reconnaissance », nous avons saisi un sentiment ressenti face au mépris du consentement et l'avons utilisé pour redéfinir le consentement au service d'une société socialement plus juste. Complémentaire d'une politique de réduction des inégalités, cette nouvelle conception du consentement repose sur son caractère intersubjectif. Appuyé sur des fondements constitutionnels, le consentement comme processus de reconnaissance peut justifier de modifier certaines règles de droit existantes. Il peut également constituer un outil de mobilisation au service des individus.

## CONCLUSION

**821.** En prenant le consentement en droit des personnes comme un objet d'analyse, nous avons montré que le regard habituellement posé sur lui pouvait être inversé.

**822.** Phénomène politique, le consentement est loin de jouer le rôle libéral qu'on lui prête sans hésitation. L'ambivalence de la norme de consentement permet de déceler ce qui la rend si insaisissable. L'observation des discours doctrinaux a permis de comprendre les soubassements du rattachement classique du consentement au libéralisme, marqués par l'opposition entre des politiques juridiques libérales et paternalistes. Le droit positif a permis de remettre en cause cette analyse doctrinale en montrant les potentialités illibérales du consentement. Son caractère idéologique peut en effet être exploré à partir de l'histoire de la construction législative du consentement. On y voit une norme marquée par l'humanisme adopté par les acteurs politiques et juridiques et qui a imprégné les évolutions en droit de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Reflet de l'évolution du droit des personnes, le consentement a ainsi emprunté le chemin particulier de la protection des personnes, qui explique sa spécificité en droit français.

Le consentement ne s'est pas révélé comme un phénomène politique dans sa seule idéologie. D'un point de vue plus concret, la norme de consentement remplit des fonctions politiques particulières. Ce caractère fonctionnel des dispositions exigeant le consentement de la personne a impliqué de se plonger dans le détail du droit applicable. Nous y avons vu des règles visant à garantir l'ordre social. Le recueil du consentement permet ainsi de s'assurer de l'adhésion des individus, forme d'incitation préférable à la contrainte dans un renouvellement du contrôle social. La stabilité des familles, appui de l'ordre social, passe aussi par l'exigence de l'expression de la volonté en droit. Cette dernière constitue un support pour les pouvoirs publics afin de sécuriser la filiation, de promouvoir des modèles familiaux et d'assurer la régulation des rapports intrafamiliaux. Il a ainsi été mis en évidence que le caractère émancipateur du consentement participe à en faire en même temps un outil de contrôle. Le cadre du droit des personnes, fortement marqué par l'intervention des pouvoirs publics, a permis de mettre en lumière leur rôle décisif dans cette utilisation du consentement.

**823.** Réalité sociale, le consentement a pu être différencié de la volonté propre à l'individu, conceptualisation qui lui est classiquement attachée. Les questions posées au droit à partir des débats de société ne devaient pas être contournées et il convenait d'appréhender l'aspect bien

concret du consentement. L'analyse civiliste classique aurait pu conduire à emprunter ses méthodes. En intégrant le consentement dans des constructions doctrinales, les théories générales du contrat ou de l'acte juridique auraient pu être appropriées pour apporter des réponses à tous les questionnements contemporains sur le consentement. Pourtant, la diversité des consentements a mis en échec cette première approche. Elle n'était en outre pas à même de répondre au problème central du consentement, à l'intersection du droit et des mobilisations sociales : le sentiment d'injustice.

En se tournant vers les analyses de justice sociale, nous avons pu trouver un cadre plus adapté pour identifier la problématique de la réalité sociale du consentement et y apporter une réponse. À partir des travaux féministes, nous avons mis en lumière la nécessité de s'intéresser à l'ensemble des inégalités qui pouvaient affecter les consentements. En se tournant vers les analyses sociologiques et historiques, nous avons ainsi pu caractériser les inégalités sociales intersectionnelles affectant le consentement. À l'aide de la théorie critique, nous avons choisi de les qualifier de « déni de reconnaissance ». En retour, les théories de la justice sociale, et plus spécifiquement les théories de la reconnaissance, ont offert un cadre pour proposer une nouvelle conception du consentement en droit, fondée sur son caractère intersubjectif. Délaissant l'insaisissable question de la volonté, centrée sur le seul individu, nous nous sommes attaché à replacer le consentement en droit comme une question fondamentalement sociale. De là, sont nées des propositions permettant de concevoir autrement le consentement juridique, au service d'une société socialement plus juste.

**824.** Ce changement de perspective aura permis, nous l'espérons, plusieurs apports à la recherche juridique.

**825.** En premier lieu, nous espérons avoir montré qu'en s'éloignant des schémas habituels d'analyse du consentement, une nouvelle vision des choses s'offrait à nous. La relativisation des débats incessants en droit sur la hiérarchie entre liberté et dignité a été menée en s'appuyant sur la réalité du droit positif, mais aussi en montrant qu'une question fondamentale, l'égalité, avait été délaissée. Nous avons ainsi montré que l'adoption du prisme d'analyse de la liberté et de la dignité avait conduit à occulter la problématique des inégalités multiples qui affectaient le consentement.

Nous avons aussi cherché à éclairer le lecteur sur les limites de la régulation du consentement en droit au prisme de la volonté de la personne. S'interroger sur les caractéristiques de la

volonté, comme son caractère libre et éclairé, empêche en effet de prendre en compte l'ensemble des influences qui affectent les consentements.

Nous avons enfin montré que le cadre du contrat ou de l'acte juridique ne pouvait pas résoudre l'ensemble des difficultés propres au consentement. Notre formation, comme nombre de lectures, nous encourageaient à emprunter cette voie. Nous avons fait le choix de la laisser de côté, et peut-être sera-t-elle reprise un jour. En nous éloignant d'une analyse fondée sur les théories générales, nous avons pu opter pour une autre approche du consentement.

**826.** Les apports de cette nouvelle approche peuvent d'abord se situer sur le plan théorique. Il en va ainsi de la mise en lumière de la fonction de contrôle du consentement. De même, la conception du consentement au prisme des théories de la reconnaissance a permis de tirer les conséquences juridiques de travaux préexistants dans d'autres domaines. Les apports de cette nouvelle conception pourraient également être bien concrets. Il en va ainsi d'une définition du consentement sexuel au prisme du recueil respectueux du consentement.

Nos travaux pourraient aussi trouver une continuité dans des champs que nous n'avons pas pu explorer. En particulier, la question complexe de l'expression de la volonté des majeurs vulnérables et des personnes mineures pourrait être éclairée par cette nouvelle conception du consentement. Elle accentue en effet l'existence d'une vulnérabilité de chaque être humain dans l'expression de sa volonté. Elle place en outre les interactions interindividuelles au cœur du processus de recueil du consentement, remettant en cause une vision atomiste de la personne.

**827.** En second lieu, et à notre modeste échelle, nous avons souhaité montrer qu'il existait des manières bien différentes de faire de la recherche en droit.

Nous aurions pu mener une analyse technique, en catégorisant les règles de droit ou en nous focalisant sur une conception substantielle, et non formelle, du consentement. Nous avons choisi une autre perspective, plus analytique. Le consentement a ainsi constitué un objet d'étude, appréhendé sous tous ses angles. Son utilisation et son instrumentalisation n'en ont été que plus claires. Cette approche a notamment permis de prendre de la distance à l'égard des discours sur le droit, dont la teneur idéologique entravait la compréhension de la place du consentement dans le système politique et juridique.

Notre regard a été celui d'une juriste, par formation. Nous étions en effet partie de l'hypothèse qu'existaient des attentes sociales sur la capacité du droit à se saisir d'un consentement qu'il avait lui-même popularisé. Nous n'aurions toutefois pas pu apporter une nouvelle perspective sans l'apport du droit étranger, ainsi que des sciences humaines et sociales.



# **ANNEXE - CORPUS DES DISPOSITIONS ÉTUDIÉES**

## **I. Règlements européens**

Règlement (UE) n° 536/2014 du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE

- Art. 2. 21
- Art. 28 à 31

Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

- Art. 4 (définition du consentement)
- Art. 6 (licéité du traitement)
- Art. 7 (conditions applicables au consentement)
- Art. 8 (conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information)
- Art. 9 (traitement de données sensibles)
- Art. 13 (information)
- Art. 17 (droit à l'effacement)
- Art. 18 (droit à la limitation du traitement)
- Art. 20 (droit à la portabilité)
- Art. 22 (décision individuelle automatisée)
- Art. 40 (codes de conduite)
- Art. 49 (transfert)
- Art. 83 (amendes administratives)

Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques)

- Art. 5 (obligations incombant aux contrôleurs d'accès)
- Art. 6 (obligations incombant aux contrôleurs d'accès susceptibles d'être précisées en vertu de l'Art. 8 - partage de données)
- Art. 13 (anticonournement)

## **II. Code civil**

Art. 16-3 (atteinte à l'intégrité du corps humain)

Art. 16-10 (examen des caractéristiques génétiques)

Art. 16-11 (identification d'une personne par ses empreintes génétiques)

Art. 16-14 (techniques d'imagerie cérébrale)



Art. 22-11 (déclaration de nationalité et consentement de l'enfant de treize ans)

Art. 58 (personne trouvant un enfant nouveau-né et ne consentant pas à se charger de l'enfant)

Art. 60 (changement de prénom et consentement personnel de l'enfant de treize ans)

Art. 61-3 (changement de nom hors filiation et consentement personnel de l'enfant de treize ans)

Art. 61-3-1 (consentement personnel de l'enfant de treize ans au changement de nom en vue de porter celui acquis dans un autre État)

Art. 61-3 (consentement de l'enfant majeur à son changement de nom consécutif à l'établissement ou la modification de leur lien de filiation)

Art. 61-6 (consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative au sexe dans les actes de l'état civil)

Art. 61-7 (consentement de l'enfant ou du conjoint à l'inscription à leur état civil de la modification de prénoms corrélative à une décision de modification de sexe du parent ou du conjoint)

Art. 73 (acte authentique du consentement des parents, aïeuls ou du conseil de famille)

Art. 76 (énonciation du consentement des parents, aïeuls ou du conseil de famille dans l'acte de mariage)

Art. 96-1 (consentement du futur époux et consentements au mariage de l'enfant mineur, en cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national)

Art. 96-2 (effets du mariage en cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national à partir de la date de réception du consentement du futur époux)

Art. 96-1 (consentement en cas de mariage posthume)

Art. 146 (consentement au mariage)

Art. 148 (consentement des père et mère au mariage de leur enfant mineur)

Art. 149 (consentement des père et mère au mariage de leur enfant mineur si l'un des deux ne le peut)

Art. 150 (consentement des aïeuls lorsqu'aucun des père et mère ne peut donner son consentement au mariage de ses enfants mineurs)

Art. 154 (dissentiment entre père et mère ou aïeuls)

Art. 156 (célébration des mariages des enfants mineurs par un officier d'état civil sans les consentements requis)

Art. 159 (consentement du conseil de famille si ni les père et mère, ni les aïeuls ne peuvent donner le leur)

Art. 171 (conditions de l'autorisation du Président de la République de la célébration du mariage posthume)

Art. 174 (opposition au mariage en cas d'absence d'obtention du consentement du conseil de famille)

Art. 180 (nullité du mariage contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux)

Art. 182 (nullité du mariage contracté sans le consentement des parents, ascendants ou du conseil de famille)

Art. 183 (exclusion de l'action en nullité toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire)

Art. 202-1 (nécessité du consentement des époux au sens de l'art. 146 et du premier alinéa de l'art. 180 quelle que soit la loi personnelle applicable)

Art. 215 (consentements conjoints des époux à la disposition des droits par lesquels est assuré le logement de la famille et des meubles meublants)

Art. 217 (autorisation judiciaire pour un époux de passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille)

Art. 220-1 (interdiction judiciaire à un des époux de faire des actes de disposition sans le consentement de l'autre lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille)

Art. 220 (exclusion de la solidarité des dettes pour certains actes s'ils n'ont pas été conclus du consentement des deux époux)

Art. 221 (ouverture d'un compte de dépôt et tout compte de titres par un époux en son nom personnel sans le consentement de l'autre)

Art. 229 (cas de divorce)

Art. 229-3 (absence de présomption du consentement au divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, et à ses effets)

Art. 232 (homologation de la convention de divorce par consentement mutuel si le juge a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé)

Art. 311-23 (changement de nom après l'établissement d'un second lien de filiation et consentement personnel de l'enfant de treize ans)

Art. 342-10 (consentement des couples ou de la femme non-mariée qui recourent à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur)

Art. 342-11 (reconnaissance conjointe de l'enfant par le couple de femmes lors du recueil du consentement)

Art. 342-12 (absence de reconnaissance d'enfant ou obstacle à la remise de la reconnaissance conjointe par la personne ayant consenti à l'assistance médicale à la procréation)

Art. 343-1 (consentement du conjoint non séparé de corps ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité à l'adoption réalisée par l'autre membre du couple)

Art. 344 (liste des personnes pouvant être adoptées)

Art. 345 (consentement personnel de l'adopté de plus de treize ans à son adoption plénière)

Art. 348 (consentement des parents à l'adoption de leur enfant lorsque le lien de filiation est établi à l'égard des deux parents)

Art. 348-1 (consentement du parent à l'adoption de son enfant lorsque le lien de filiation n'est établi qu'à son égard)

Art. 348-2 (consentement du conseil de famille)

Art. 348-3 (régime du consentement à l'adoption)

Art. 348-4 (consentement à l'adoption de l'enfant par sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption)

Art. 348-5 (consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans)

Art. 348-6 (refus abusif de consentement à l'adoption)

Art. 349 (consentement du conseil de famille des pupilles de l'État)

Art. 351 (placement en vue de l'adoption et consentement valable et définitif à l'adoption)  
Art. 360 (consentement personnel de l'adopté de plus de treize ans à son adoption simple)  
Art. 363 (consentement de l'adopté simple à son changement de nom)  
Art. 365 (droits d'autorité parentale de l'adoptant, y compris le consentement par l'adoptant au mariage de l'adopté, sauf exception)  
Art. 370-3 (consentement du représentant légal de l'enfant requis pour son adoption quelle que soit la loi applicable)  
Art. 370-5 (conversion de l'adoption plénière en une adoption simple)  
Art. 373-2-7 (homologation de la convention sur l'autorité parentale)  
Art. 376-1 (révocation du consentement d'un parent suite à un pacte librement conclu sur l'autorité parentale)  
Art. 377-3 (absence de délégation du droit de consentir à l'adoption)  
Art. 381-2 (délaissement parental et simple rétractation du consentement à l'adoption)  
Art. 388-1 (audition de l'enfant mineur capable de discernement sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement)  
Art. 458 (accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel, sans assistance ou représentation de la personne protégée)  
Art. 515-4 (exclusion de la solidarité des dettes pour certains actes s'ils n'ont pas été conclus du consentement des deux partenaires)

### **III. Code de l'action sociale et des familles**

Art. L. 147-6 (communication de l'identité de la mère de naissance par le CNAOP)  
Art. L. 224-4 (enfants admis en qualité de pupille de l'État)  
Art. L. 224-5 (remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance)  
Art. L. 231-4 (accueil de toute personne âgée, si elle y consent, chez des particuliers, dans un établissement de santé ou une maison de retraite publics, ou dans un établissement privé)  
Art. L. 311-3 (exercice des droits et libertés individuels garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux)  
Art. L. 311-4 (recherche du consentement de la personne lors de la conclusion d'un contrat de séjour dans un établissement ou dans un service social ou médico-social)

### **IV. Code de l'éducation**

Art. L. 121-1 (obligation de sensibilisation des personnels enseignants aux violences sexistes et sexuelles ainsi qu'aux mutilations sexuelles féminines et à la formation au respect du non-consentement)

### **V. Code pénal**

Art. 131-36-4 (injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire)  
Art. 131-36-12 (placement sous surveillance électronique mobile)  
Art. 132-45-1 (pose d'un bracelet anti-rapprochement ; protection de la victime de violences conjugales)

Art. 223-8 (recherche interventionnelle sans le consentement de la personne)  
Art. 223-10 (interruption volontaire de grossesse sans le consentement de l'intéressée)  
Art. 226-1 (atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui par la captation, l'enregistrement ou la transmission sans consentement des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou de la localisation en temps réel ou différé d'une personne et par la fixation, l'enregistrement ou la transmission sans consentement de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé)  
Art. 226-2-1 (atteinte à l'intimité sexuelle)  
Art. 226-3-1 (voyeurisme)  
Art. 226-8 (atteinte à la représentation)  
Art. 226-19 (mise ou conservation en mémoire informatisée de données sensibles)  
Art. 226-19-1 (traitement de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé)  
Art. 226-25 (examen des caractéristiques génétiques)  
Art. 226-27 (identification d'une personne par ses empreintes génétiques)  
Art. 511-5 (prélèvement de tissu ou des cellules ou collecte d'un produit sur une personne vivante majeure sans son consentement)  
Art. 511-6 (recueil ou prélèvement de gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit)  
Art. 511-3 (prélèvement d'un organe sur une personne vivante majeure sans son consentement)  
Art. 511-19 (étude ou recherche sur l'embryon humain sans le consentement écrit ou l'autorisation requise)

## **VI. Code de procédure civile**

Art. 1055-9 (consentement de l'enfant ou du conjoint à l'inscription à leur état civil de la modification de prénoms corrélative à une décision de modification de sexe du parent ou du conjoint)  
Art. 1099 (assurance du juge sur le consentement libre et éclairé des époux)  
Art. 1136-16 (port d'un dispositif mobile anti-rapprochement et délai de réflexion suffisant pour pouvoir donner un consentement libre et éclairé)  
Art. 1136-18 (réitération du consentement au port d'un dispositif mobile anti-rapprochement)  
Art. 1136-19 (consentement au port d'un dispositif mobile anti-rapprochement)  
Art. 1149-1 (consentement de l'enfant majeur à son changement de nom consécutif à un changement de filiation)  
Art. 1157-2 (consentement des couples ou de la femme non-mariée qui recourent à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur)  
Art. 1157-3 (délivrance par le notaire de l'information préalable au consentement donné dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur)  
Art. 1165 (information sur la possibilité de rétracter le consentement à l'adoption et ses modalités par la personne recevant le consentement)

## **VII. Code de procédure pénale**

Art. 706-47-2 (dépistage d'une maladie sexuellement transmissible sur une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle)

## **VIII. Code de la santé publique**

Art. L.1111-4 (décision médicale)

Art. L.1111-5 (dispense d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale pour le médecin ou la sage-femme pour sauvegarder la santé d'une personne mineure)

Art. L.1111-5-1 (dispense d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale pour l'infirmier pour sauvegarder la santé sexuelle et reproductive d'une personne mineure)

Art. L1122-1-1 (consentement aux recherches interventionnelles impliquant la personne humaine)

Art. L1122-1-2 (consentement à l'utilisation ultérieure des données de la personne se prêtant à une recherche)

Art. L1122-1-3 (dispense de recherche du consentement de la personne dans des situations d'urgence)

Art. L1122-1-4 (dispense de recherche du consentement de la personne pour certaines recherches interventionnelles dont les exigences méthodologiques ne sont pas compatibles avec le recueil du consentement)

Art. L.1122-2 (participation des mineurs non émancipés, majeurs protégés et majeurs hors d'état d'exprimer leur consentement à une recherche impliquant la personne humaine)

Art. L. 1111-28 (signature d'un document comportant des données de santé à caractère personnel produits, reçus ou conservés, à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic, de soins, de compensation du handicap, de prévention de perte d'autonomie, ou de suivi social et médico-social)

Art. L.1211-2 (prélèvement d'éléments du corps humain et collecte de ses produits)

Art. L.1211-3 (information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain)

Art. L.1221-3 (prélèvement de sang humain ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique)

Art. L.1221-5 (consentement des titulaires de l'autorité parentale au prélèvement à titre exceptionnel de sang humain ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique)

Art. L.1221-6 (modification des caractéristiques du sang avant le prélèvement en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui)

Art. L.1231-1 (consentement du donneur d'organes)

Art. L.1231-2 (consentement des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale au prélèvement des organes de leur enfant mineur décédé)

Art. L.1241-1 (consentement du donneur au prélèvement de tissus ou de cellules, dont hématopoïétiques, ou la collecte de produits du corps humain)

Art. L.1241-3 (consentement des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale au prélèvement de cellules hématopoïétiques de leur enfant mineur au bénéfice d'un membre de la famille autre que les parents)

Art. L.1241-4 (consentement de la personne protégée avec mesure de représentation au prélèvement de cellules hématopoïétiques au bénéfice d'un membre de la famille)

Art. L.1241-5 (consentement de la femme ayant subi une interruption de grossesse au prélèvement, à la conservation et à l'utilisation des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux)

Art. L.1244-2 (consentement du donneur de gamètes)

Art. L.1261-1 (don de corps après le décès à des fins d'enseignement médical et de recherche)

Art. L.2123-2 (consentement du majeur protégé à raison de l'altération de ses facultés mentales à une stérilisation à visée contraceptive)

Art. L. 2131-1 (diagnostic prénatal)

Art. L. 2131-4 (diagnostic préimplantatoire)

Art. L. 2131-4-1 (diagnostic préimplantatoire)

Art. L2131-6 (recherche du consentement du mineur et prise en charge d'une variation du développement génital)

Art. L. 2141-2 (consentement préalable des deux membres du couple ou de la femme non mariée à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons ; consentement à l'étude de suivi qui leur est proposé)

Art. L. 2141-3 (consentement à la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement un projet parental ; consentement à ce que les embryons non susceptibles d'être transférés ou conservés fassent l'objet d'une recherche)

Art. L. 2141-3-1 (consentements aux recherches menées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation et réalisées sur des gamètes destinés à constituer un embryon ou sur un embryon conçu in vitro avant ou après son transfert à des fins de gestation)

Art. L. 2141-4 (consentement du couple ou de la femme non mariée, en cas d'absence de maintien du projet parental, à l'accueil de leurs embryons par d'autres personnes, à ce que leurs embryons fassent l'objet d'une recherche ou à la fin de la conservation de leurs embryons)

Art. L. 2141-5 (consentement des membres du couple ou de la femme non mariée à l'accueil des embryons par un autre couple ou une autre femme non mariée)

Art. L. 2141-6 (consentement devant notaire du couple et de la femme non mariée à l'accueil d'un embryon)

Art. L. 2141-10 (confirmation par écrit du consentement à l'assistance médicale à la procréation après un délai de réflexion d'un mois après la réalisation d'étapes par les médecins et l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre ; consentement du couple ou de la femme non mariée qui recourt à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur)

Art. L. 2141-11 (consentement au recueil, au prélèvement et à la conservation des gamètes ou tissus germinaux en cas de risque d'altération de la fertilité)

Art. L. 2141-12 (consentement d'une personne au recueil, au prélèvement et à la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation ; consentement relatifs à la conservation des gamètes)

Art. L. 2143-1 (consentement du donneur de gamètes ou d'embryon à la communication de données non identifiantes et de leur identité)

Art. L. 2143-1 (recueil de l'identité et des données non identifiantes lors du recueil du consentement au don)

Art. L. 2143-6 (commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur et recherche du consentement des donneurs relevant du droit antérieur)

Art. L.3212-1 (admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent)

## **IX. Loi « Informatique et libertés »**

Art. 5 (licéité du traitement)

Art. 45 (consentement du mineur dans le domaine de l'offre directe de services de la société de l'information)

Art. 75 (recherche nécessitant l'examen des caractéristiques génétiques)

Art. 82 (accès par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques ou inscription des informations dans cet équipement - « cookies »)

Art. 85 (directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après le décès)

Art. 124 (transfert de données)





## BIBLIOGRAPHIE

Lorsque des éditions en ligne d'ouvrages ont été utilisées, leur date de publication est indiquée à la suite de la date de publication originale.

### Traités et manuels

- B. Ancel, Y. Lequette**, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2006.
- C. Aubry, C. F. Rau, A. Ponsard**, *Droit civil français. Tome premier, État civil, nationalité, incapacités*, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Librairies techniques, 1964.
- M. Bacache-Gibeili**, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle : droit commun et régimes spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Economica, 2021.
- A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau**, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LDGJ, 2023.
- F. Bellivier**, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ : Lextenso éditions, 2015.
- F. Bellivier**, *Droit des personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ Lextenso éditions, 2023.
- L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait**, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck, 2012.
- L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait**, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck supérieur, 2020.
- C. Bergoignan-Esper, P. Sargos**, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2020.
- J.-R. Binet**, *Droit des personnes et de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2022.
- P. Bon, D. Maus (dir.)**, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris : Dalloz, 2008.
- J.-M. Bruguière, B. Gleize**, *Droit des personnes*, Paris La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023.
- S. Brun, C. Cosquer**, *Sociologie de la race*, Paris : Armand Colin, 2022
- D. Bureau, H. Muir Watt**, *Droit international privé. 1, Partie générale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021.
- *Droit international privé. 2, Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021.
- J. Carbonnier**, *Droit civil. Volume I, [Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple]*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2017.
- V. Champeil-Desplats**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2022.
- G. Chantepie, M. Latina**, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018.
- P.-J. Claux et al.**, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2021.
- V. Constantinesco, U. Hübner**, *Einführung in das französische Recht*, 4<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2001.
- P. Conte**, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2019.
- G. Cornu**, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2005.
- G. Cornu**, *Droit civil : les personnes*, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2007.
- O. Corten**, *Sociologies du droit*, Paris : Dalloz, 2023.
- O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Paris : LexisNexis, 2018
- N. Dethloff, G. Beitzke, A. Lüderitz**, *Familienrecht: ein Studienbuch*, 31<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2015.
- E. Dreyer**, *Droit pénal spécial*, 2<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023.
- X. Dupré de Boulois**, *Droit des libertés fondamentales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022.
- D. Duval-Arnould**, *Droit de la santé : prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins*, Paris : Dalloz, 2019.
- M. Fabre-Magnan**, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2021.
- D. Fenouillet**, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022.
- F. Ferrand**, *Droit privé allemand*, Paris : Dalloz, 1997.
- E. Fillion, J.-F. Ravaut**, *Introduction à la sociologie du handicap. Histoire, politiques et expérience*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2020.

**M. Fromont, J. Knetsch**, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2017.

**A. Gaillet, T. Hochmann, N. Marsch, Y. Vilan, M. Wendel**, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019.

**J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet**, *La formation du contrat. Tome I, le contrat, le consentement*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ : Lextenso éditions, 2013.

**M. Girer**, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, avant-propos M.-F. Callu, F. Villa, préf. G. Mémeteau, Bordeaux : Les Études hospitalières, 2008.

**J.-L. Halpérin**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2012.

**S. Hennette-Vauchez, D. Roman**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2022.

**F. Jault-Seseke, P. Courbe**, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**P. Jestaz**, *Le droit*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021.

**C. Katzenmeier, V. Lipp (dir.)**, *Arztrecht*, 8<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2021.

**H. Köhler, H. Lange**, *BGB, Allgemeiner Teil : ein Studienbuch*, 40<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2016.

**G. Lardeux, R. Legeais, M. Pedamon, C. Witz**, *Code civil allemand. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, Paris : Dalloz, 2010.

**A. Laude, D. Tabuteau, X. Bioy**, *Droit de la santé*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Puf, 2020.

**A. Lefebvre-Teillard**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris : Puf, 1996.

**A.-M. Leroyer**, *Droit de la famille*, Paris : Puf, 2022.

**J.-P. Lévy, A. Castaldo**, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010.

**D. Lochak**, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2018.

**P. Lokiec**, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022.

**D. Looschelders**, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14<sup>e</sup> éd., Munich : Franz Vahlen, 2019.

**P. Malaurie, H. Fulchiron**, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2023.

**P. Malaurie, N. Peterka**, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 12<sup>e</sup> éd., Paris la Défense : LGDJ, 2022.

**A. Marais**, *Droit des personnes*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2021.

**B. Mathieu**, *La bioéthique*, Paris : Dalloz, 2009.

**P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy**, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : LGDJ, 2019.

**G. Mémeteau, M. Girer**, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd., Bordeaux : LEH Édition, 2016.

**M. Planiol, G. Ripert**, *Traité pratique de droit civil français. Tome I, Les personnes : état et capacité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

**J. Pradel**, *Droit pénal comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2016.

**L. Richer, F. Lichère**, *Droit des contrats administratifs*, 12<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2021.

**J. Rochfeld**, *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022.

**R. Savatier, H. Péquignot, J.-M. Auby, J. Savatier**, *Traité de droit médical*, Paris : Librairies techniques, 1956.

**F. Sudre**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022.

**F. Terré, D. Fenouillet**, *Droit civil : Les personnes : personnalité, incapacité, protection*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012.

**F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Laszlo-Fenouillet**, *Droit civil : la famille*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018.

**F. Terré, N. Molfessis**, *Introduction générale au droit*, 15<sup>e</sup> éd., Paris La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023.

**F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé**, *Droit civil : les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**B. Teyssié**, *Droit des personnes*, 25<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2023.

**P. de Vareilles-Sommières, S. Laval**, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2023.

**G. Viney, P. Jourdain, S. Carval**, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2013.

**C. Witz**, *Le droit allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018.

**W. Wolf-Dietrich, H. Brox**, *Allgemeiner Teil des BGB*, 42<sup>e</sup> éd., München : Franz Vahlen, 2018.

**F. Zenati-Castaing, T. Revet**, *Manuel de droit des personnes*, Paris : Puf, 2006.

## Articles de dictionnaires, de répertoires et fascicules d'encyclopédies

**R. Abel, D. Kennedy (trad. N. O. Arnaud)**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v<sup>o</sup> « Critique 2 – Critical Legal Studies ».

**Académie française**, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>, v<sup>o</sup> « Consentement ».

- v<sup>o</sup> « Humanisme ».
- v<sup>o</sup> « Phénomène ».

**ATILF - CNRS & Université de Lorraine**, *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, en ligne : <http://www.atilf.fr/tlfi>, v<sup>o</sup> « Consentement ».

- v<sup>o</sup> « Humanisme ».
- v<sup>o</sup> « Phénomène ».

**I. Barrière Brousse**, *JCl. Droit international*, fasc. 546-10, févr. 2015.

**A. Batteur**, *JCl. Civil Code*, Art. 415-432 fasc. 10, 2022.

**J.-G. Belley**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, v<sup>o</sup> « Ordre social », p. 112.

**A. Boiché**, « Chapitre 712 - Loi applicable », in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd.

**A. Boiché**, « Chapitre 713 - Divorce par consentement mutuel en droit international privé », in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd.

**S. Ben Hadj Yahia**, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Concubinage », oct. 2016, act. juin 2023.

**B. Bourdelois**, *Rép. internat. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Mariage », mai 2022.

**P. Bourel**, *Rép. internat. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Responsabilité civile », déc. 1998, act. juill. 2022.

**C. Brenner, S. Lequette**, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Acte juridique », févr. 2019.

**D. Carreau**, *Rép. internat. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Traité international », sept. 2010, act. avr. 2019.

**S. Chavel**, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v<sup>o</sup> « Capabilités », p. 129.

**M. Claro**, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v<sup>o</sup> « Contraception et avortement », p. 159.

**J. Commaille**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, v<sup>o</sup> « Politique », p. 453.

**I. Conrad, C. Treeger**, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, A. Auer-Reinsdorff, I. Conrad (dir.), 3<sup>e</sup> éd., 2019, München : C. H. Beck, v<sup>o</sup> « § 34 Recht des Datenschutzes ».

**G. Cornu (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2020, v<sup>o</sup> « Acceptation », p. 9.

- v<sup>o</sup> « Accord », p. 13.
- v<sup>o</sup> « Adhésion », p. 30.
- v<sup>o</sup> « Consentement », p. 244.

**CRISCO**, *Dictionnaire électronique des synonymes*, en ligne : <https://crisco4.unicaen.fr/des/>, v<sup>o</sup> « Consentement ».

**S. Damarey**, *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, P.-H. Dutheil (dir.), v<sup>o</sup> « Étude 1 - Liberté d'association », janv. 2016, act. janv. 2023.

**A. Darsonville**, *Rép. pén. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Viol », févr. 2020, act. oct. 2022.

**S. David**, « Accord global sans juge : divorce par consentement mutuel extrajudiciaire », in *Droit et pratique du divorce 2022/2023*, J.-P. Claux (dir.), Paris : Dalloz, 2021, 5<sup>e</sup> éd.

**A. Debauche**, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), Paris : La Découverte, 2021, v<sup>o</sup> « Violence sexuelle », p. 841.

**G. Deharo**, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Contrat judiciaire », sept. 2017, act. oct. 2022.

**P. Deumier, T. Revet**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : Puf, 2003, D. Alland, S. Rials (dir.), v<sup>o</sup> « Ordre public », p. 1119.

**N. Dissaux**, *Rép. Civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Divorce : conséquences », oct. 2021, act. déc. 2022.

**D. Dölling, G. Duttge, D. Rössner (dir.)**, *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze : Handkommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Baden-Baden : Nomos, 2013, v<sup>o</sup> « §228 », p. 1216.

**C. Dollo, Y. Alpe, J.-R. Lambert, S. Parayre**, *Lexique de sociologie*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2020, v<sup>o</sup> « Ordre social », p. 293.

**F. Édel**, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, C. Boyer-Capelle (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, v<sup>o</sup> « Égalité », p. 140.

**V. Égéa**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Libéralités », déc. 2012, act. oct. 2023.

**S. Enderlin**, *Rép. pén. Dalloz*, v° « Placement sous surveillance électronique fixe ou mobile », avr. 2015, act. juin 2016.

**F. Eudier**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Adoption », oct. 2008, act. juin 2023.

**Y. Favier, O. Matocq, J. Pierrot-Blondeau**, « Chapitre 132 - Divorces par consentement mutuel », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**Y. Favier**, « Chapitre 143 - Effets juridiques de la vie en concubinage », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**E. Ferrarese**, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Nancy Fraser », p. 588.

**M. Forsé**, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Perception des inégalités », p. 1267.

**J. Foyer**, *Rép. internat. Dalloz*, v° « Adoption », sept. 2003.

**I. Gallmeister, Y. Favier**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « État et capacité des personnes », juill. 2023, act. janv. 2024.

**J. Girault**, *Le Maitron. Dictionnaire biographie, mouvement ouvrir, mouvement social*, 2 mai 2015, act. 4 oct. 2020, v° « René Savatier », en ligne : <https://maitron.fr/spip.php?article172710>.

**F. Granet-Lambrechts, V. Deschamps (act.)**, « Chapitre 212 - Établissement non contentieux de la filiation », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**C. Grossholz**, *Rép. resp. puiss. publ. Dalloz*, v° « Évaluation du préjudice », avr. 2015, act. sept. 2023.

**- Rép. resp. puiss. publ. Dalloz**, v° « Hôpitaux : régimes de responsabilité et de solidarité », févr. 2018, act. oct. 2023.

**H. Guéguen, O. Voirol**, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Reconnaissance », p. 1417.

**S. Guinchard, T. Debard (dir.)**, *Lexique des termes juridiques*, 31<sup>e</sup> édition, Paris : Dalloz, 2023, v° « Inviolabilité du corps humain », p. 601.

**J. Hager**, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin : Sellier – de Gruyter, 2017, v° « § 823 A-D ».

**B. Hardtung**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 4: §§ 185-262*, G. M. Sander (dir.), 4<sup>e</sup> éd., Munich : C. H. Beck, 2021, v° « §228 », p. 1297.

**M. Herzog-Evans**, *Rép. pén. Dalloz*, v° « Récidive », juill. 2019, act. juill. 2022.

**H.-D. Jarass, M. Kment, B. Pieroth**, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 16<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, v° « Art. 2 », p. 65.

**M. Josselin-Gall**, *Rép. internat. Dalloz*, v° « Bioéthique », oct. 2011.

**C. Katzenmeier**, *Beck Online Grosskommentar BGB*, 61<sup>e</sup> éd., W. Hau, R. Poseck (dir.), Munich : C. H. Beck, 2022, v° « BGB § 630d Einwilligung ».

**J. Kellerhald**, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, P. Savidan (dir.), Paris : Puf, 2018, v° « Sentiment de justice », p. 1516.

**C. Labrusse-Riou**, *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Filiation : généralités », sept. 2009, act. juin 2023.

**A. Lalande**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2010, v° « Ordre », p. 720.

**M. Lamarche, J.-J. Lemouland**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Mariage : conditions de formation », janv. 2014, act. juin 2022.

**V. Larribau-Terneyre, M. Azavant**, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Autorité parentale », oct. 2021, act. sept. 2023.

**M. Latina**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Contrat : généralités », mai 2017, act. oct. 2023.

**C. Lefort**, *Encyclopædia Universalis*, v° « Maine sir Henry James Sumner (1822-1888) », 1999, act. 2009, en ligne : <http://www.universalis.edu.com/encyclopedie/maine-sir-henry-james-sumner/> (consulté le 22 juin 2022).

**P. Legouge**, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Plaisir sexuel », p. 545.

**R. Le Guidec, G. Chabot**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », janv. 2009, act. juill. 2023.

**J.-J. Lemouland**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Famille », sept. 2015, act. janv. 2023.

**J.-J. Lemouland, G. Piette, J. Hauser**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Ordre public et bonnes mœurs », févr. 2019, act. juin 2023.

**A. Lepage**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Droits de la personnalité », juill. 2022, act. avr. 2023.

**G. Mainsant**, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Gouvernement des corps », p. 309.

**F. Marchadier**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Majeur protégé », févr. 2020, act. mai 2022.

**J.-P. Marguénaud**, *Rép. eur. Dalloz*, v° « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », oct. 2017, act. sept. 2023.

**I. Maria**, « Chapitre 333 - Majeur vulnérable : protection occasionnelle contre l'insanité d'esprit », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

- « Chapitre 334 - Majeur vulnérable : protections judiciaire et conventionnelle : dispositions générales » in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**I. Maria, C. Robbe**, « Chapitre 335 - Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », in *Droit de la famille 2023-2024*, F. Chénédé (dir.), 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**J.-P., Markus, D. Cristol, J. Peigné**, *Code la santé publique*, 34<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2020, v° « Première partie : protection générale de la santé ».

**S. Mazeaud-Leveneur**, *JCl. Civil Code*, Art. 211 à 226, nov. 2018.

- *JCl. Civil Code*, Art. 477 à 494, août 2020.

**F. Melin**, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° « Action d'état », janv. 2023, act. nov. 2023.

**D. Memmi**, *Dictionnaire des faits religieux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2019, R. Azria, D. Hervieu-Léger, D. Iogna-Prat (dir.), v° « Bioéthique », p. 91.

**M. Miaille**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v° « Critique 1 – Critique du droit », p. 131.

**K. Miebach, G. M. Sander**, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3, §§ 185-262 StGB*, München : C. H. Beck, 2003, v° « §228 », p. 827.

**H. Pelletier, D. Beauvais**, *JCl. Pénal Code*, Art. 226-1 à 226-3-1 fasc. 20, juin 2023.

**A. Rey (dir.)**, *Dictionnaire historique de la langue française*, 23<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006,

- v° « Adhésion », p. 33.

- v° « Autorité », p. 246.

- v° « Consentir », p. 858.

**F. Rigaux**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, A.-J. Arnaud (dir.), v° « Volonté », p. 247.

**K. Rodriguez**, *JCl. Commercial*, fasc. 1699, 2009, act. janv. 2022.

**H. Roland, L. Boyer**, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 1999, v° « Noli me tangere », p. 526.

**J.-C. Saint-Pau**, *JCl. Civil Code*, Art. 9 fasc. 15, mars 2017.

**E. Schilken, S. Klumpp, S. Herrler**, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin : Sellier – de Gruyter, 2017, v° « § 166-240 ».

**L. Specht-Riemenschneider**, *Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann (dir.), München : C. H. Beck, 2021, v° « BGB §823 - Schadenersatzpflicht ».

**G. Spindler**, *Beck Online Grosskommentar zum Zivilrecht*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann (dir.), München : C. H. Beck, 2021, v° « BGB § 823 ».

**E. Terrier, J. Penneau**, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires », oct. 2020, act. nov. 2023.

- *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Corps humain », avr. 2023, act. janv. 2024.

**D. Tharaud**, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, C. Boyer-Capelle (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, v° « Justice sociale », p. 229.

**R. Vassilev Radev, J. Wróblewski**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2<sup>e</sup> édition, Paris : LGDJ, 2018, v° « Idéologie », p. 282.

**M. Verpeaux**, *Rép. cont. adm. Dalloz*, v° « Contentieux constitutionnel : normes de référence », mars 2022.

**M. Vuille**, *Encyclopédie critique du genre*, J. Rennes (dir.), La Découverte, 2021, v° « Gynécologie », p. 329.

**I. von Münch, P. Kunig**, *Grundgesetz-Kommentar. Band 1, Präambel bis Art. 20*, 4<sup>e</sup> éd., München : Beck, 1992, v<sup>o</sup> « Art. 2 », p. 143.

**G. Wagner**, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV*, 8<sup>e</sup> éd., München : C. H. Beck, 2020, v<sup>o</sup> « § 823 ».

## Thèses, monographies et ouvrages collectifs

**G. Aïdan**, *La vie psychique, objet du droit*, Paris : CNRS éditions, 2022.

**I. About, V. Denis**, *Histoire de l'identification des personnes*, Paris : La Découverte, 2010

**P. Ancel**, *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, dir. G. Couturier, th. Dactyl. Université de Bourgogne, 1978.

**C. Atias**, *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris : Puf, 1987.

**L. Attuel-Mendes**, *Consentement et actes juridiques*, préf. É. Loquin, Paris : Litec, 2008.

**C. Audard**, *Qu'est-ce que le libéralisme ? : éthique, politique, société*, Paris : Gallimard, 2009.

**M.-H. Bacqué, et Y. Sintomer (dir.)**, *La démocratie participative : histoire et généalogie*. Paris : La Découverte, 2011.

**C. Bahurel**, *Les volontés des morts: vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. Grimaldi, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

**S. Baer**, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden : Nomos, 1995.

**B. Basdevant-Gaudemet (dir.)**, *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris : LGDJ, 2004.

**F. Bellivier, C. Noiville**, *Contrats et vivant : le droit de la circulation des ressources biologiques*, préf. C. Labrusse-Riou, Paris : LGDJ, 2006.

**H. Bentouhami, M. Möschel**, *Critical Race Theory : une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris : Dalloz, 2017.

**W. Bertile P. Ève, G. Gauvin, P. Vitale**, *Les Enfants de la Creuse : idées reçues sur la transplantation de mineurs de La Réunion en France*, Paris : Le Cavalier Bleu, 2021.

**E. Bertrand, M.-X. Catto, A.-D. Mornington (dir.)**, *Les limites du marché : la marchandisation de la nature et du corps*, Paris : Mare & Martin, 2020.

**C. Bessière, S. Gollac**, *Le genre du capital: comment la famille reproduit les inégalités*, Paris : La Découverte, 2020.

**C. Bessy**, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris : LGDJ, 2007.

**D. Beyleveld, R. Brownsword**, *Consent in the law*, Oxford ; Portland : Hart, 2007.

**X. Bioy**, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. H. Roussillon, Paris : Dalloz, 2003.

**I. Boccon-Gibod**, *L'action en responsabilité d'un enfant contre ses parents. Le « bon père de famille » est mort... vive le « bon parent » !*, dir. M. Fabre-Magnan, Mémoire de Master 2, 2018-2019.

**D. Borrillo**, *La famille par contrat*, Paris : Puf, 2018.

- *Bioéthique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2022.

**D. Borrillo, D. Lochak (dir.)**, *La liberté sexuelle*, Paris : Puf, 2005.

**M. Bourgeois**, *La personne objet de contrat*, Orléans : Paradigme, 2005.

**C. Bouriau**, *Qu'est-ce que l'humanisme*, Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2007.

**R. Bouvet**, *Liberté du médecin et décision médicale*, dir. M.-L. Moquet-Anger, P. Pierre, th. dactyl., Université Rennes 1, 2016.

**S. Braibant**, *Les dissemblables. Guy Braibant et Michla Gielman*, Lormont : Le bord de l'eau, 2022.

**C. N. L. Brooke**, *The Medieval Idea of Marriage*, Oxford : Clarendon Press, 1994, 2011.

**S. Brun, C. Cosquer**, *Sociologie de la race*, Paris : Armand Colin, 2022.

**B. Buchner**, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006, 2019.

**D. Bureau F. Drummond, D. Fenouillet**, *Droit et morale : aspects contemporains*, Paris : Dalloz, 2011.

**L. Burgorgue-Larsen (dir.)**, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, préf. A. Supiot, Paris : Pedone, 2013.

**G. Canselier, S. Desmoulin-Canselier (dir.)**, *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies : droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Paris : Société de législation comparée, 2011.

- L. Carayon**, *La catégorisation des corps: étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2019.
- J. Carbonnier**, *Le droit non civil de la famille*, Paris : Puf, 1983.
- M.-X. Catto**, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018.
- A.-M. du Caurroy de la Croix**, *Institutes de Justinien traduites et expliquées par A. M. Du Caurroy*, ..., t. 1<sup>er</sup>, 7<sup>e</sup> éd., G. Thorel ; Toussaint, 1846
- O. Cayla, Y. Thomas**, *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, Paris : Gallimard, 2002.
- S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.)**, *La contractualisation de la production normative: [actes du colloque tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille]*, Paris : Dalloz, 2008.
- Choisir la cause des femmes (éd.)**, *Viol : Le procès d'Aix-en-Provence : compte-rendu intégral des débats*, préf. Gisèle Halimi, Paris : Gallimard, 1978.
- M. Christelle**, *Consentement et subjectivité juridique: contribution à une théorie emotivo-rationnelle du droit*, dir. É. Picard, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014.
- *Le consentement*, Paris : Que sais-je ?, 2023.
- J. Commaille**, *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du droit*, Paris : Puf, 1994, 2020.
- A. Coste-Floret**, *La nature juridique du mariage : ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1935.
- S. Courtois, M. Lazar**, *Histoire du Parti communiste français*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2022.
- K. W. Crenshaw**, *Intersectionnalité*, trad. E. Delanoë-Brun, Paris : Payot & Rivages, 2023.
- E. Curinier-Bilant, S. Gollac (dir.)**, *Justice et inégalités au prisme des sciences sociales*, Paris : Mission de recherche droit et justice, 2020.
- F. Davansant, A. Louis, I. Thumerel (dir.)**, *Le consentement : de l'intime au politique [actes du colloque pluridisciplinaire des 28 sept. 2021, 13 janv. 2022, 25 févr. 2022, Université du Littoral Côte d'Opale]*, Bayonne : Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023.
- J. Davidas, L. Nikki**, *J'aime mon corps*, Montrouge : Bayard, 2021.
- Y. Denéchère**, *Des enfants venus de loin : histoire de l'adoption internationale en France*, Paris : Armand Colin, 2011.
- V. Deschamps**, *Le fondement de la filiation : de la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préf. D. Fenouillet, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019.
- A. Donnette-Boissière**, *La contractualisation en droit du travail*, dir. P.-H. Antonmattei, th. dactyl. Université de Montpellier I, 2010.
- C. Drouiller**, *Ordre public et droits fondamentaux : contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, préf. S. Pellé, Bayonne : Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2021.
- J. Dugne**, *La vulnérabilité de la personne majeure : essai en droit privé*, préf. F. Vialla, Paris : Dalloz, 2022.
- V. Égéa**, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. Leborgne, Paris : Defrénois : Lextenso éditions, 2010.
- J. Exbrayat**, *La contractualisation en droit des personnes*, dir. J. Théron, th. dactyl Université Toulouse 1 Capitole, 2018.
- M. Fabre-Magnan**, *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 1992, 2015.
- *L'institution de la liberté*, Paris : Puf, 2018.
- R. R. Faden, T. L. Beauchamp, N. M. P. King**, *A history and theory of informed consent*, New York : Oxford University Press, 1986.
- D. Fassin, D. Memmi (dir.)**, *Le gouvernement des corps*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004, 2015.
- D. Fassin**, *La vie : mode d'emploi critique*, Paris : Seuil, 2018.
- R. Favre**, *En quoi le niveau de connaissance médicale et la position des médecins respectent-ils ou non le consentement des patientes dans le cadre du dépistage de la Trisomie 21 ?*, dir. G. Moutel, th. dactyl., Université Paris Descartes, 2007.

**S.-M. Ferrié**, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine: essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, préf. G. Loiseau, Paris : IRJS éditions, 2018.

**D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.)**, *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, Paris : Economica, 2001.

**I. Filliozat, M. Fried-Filliozat, I. Maroger**, *Mon corps m'appartient ! : respect, intimité, consentement, parlons-en*, Paris : Nathan, 2022.

**S. François**, *Le consentement de la personne morale*, Paris La Défense : LGDJ, 2020.

**V. Forray**, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, C. Atias, Paris : LGDJ, 2007.

**V. Forray, S. Pimont**, *Décrire le droit... et le transformer: essai sur la déécriture du droit*, Paris : Dalloz, 2017.

**L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.)**, *Consentement en droit public*, Paris : L'Harmattan, 2021.

**C. François**, *L'acte juridique irrégulier efficace: contribution à la théorie de l'acte juridique*, préf. T. Revet, Paris La Défense : LGDJ, 2020.

**L. Francoz Terminal**, *L'enfant, ses parents, les tiers. Droit de la famille et minorité, point d'étape et perspectives*, rapport HDR, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018.

**P. Froon**, *L'éviction du consentement de la personne en droit de la santé dans un but sécuritaire*, dir. A.-M. Leroyer, Mémoire de Master 2 Droit privé général, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2021.

**P. Gaiardo**, *Les théories objective et subjective du contrat: étude critique et comparative (droits français et américain)*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris : LGDJ, 2020.

**D. Galbois-Lehalle**, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, 2020.

**M. Garcia**, *On ne naît pas soumise : on le devient*, Paris : Flammarion, 2018.

- *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris : Climats : Flammarion, 2021.

**E. Gounot**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. dactyl., Université de Bourgogne, 1912.

**C. Grimaldi**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Paris : Defrénois, 2006.

**H. Guéguen, G. Malochet**, *Les théories de la reconnaissance*, Paris : La Découverte, 2014.

**D. Gutmann**, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. Terré, Paris : LGDJ, 2000.

**G. Halimi**, *Viol : le procès d'Aix-en-Provence : sténotypie intégrale des débats et des témoignages*, Paris : L'Harmattan, 2012.

**A.-C. Hardy**, *Travailler à guérir : sociologie de l'objet du travail médical*, Rennes : Presses de l'Ecole des hautes études en santé publique, 2013.

**M. Hauchecorne**, *La gauche américaine en France : la réception française de John Rawls et des théories de la justice, 1971-2010*, préf. F. Matonti, Paris : CNRS éditions, 2019.

**S. Hennette-Vachez**, *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, Paris : L'Harmattan, 2004.

**C. Herlin-Giret, A. Lejeune**, *Droit et inégalités : approches sociologiques*, Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2022.

**B. Huglo**, *La contractualisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales*, dir. Y. Gaudemet, th. dactyl. Université Panthéon-Assas, 2014.

**H. Hurpy**, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, préf. H. Surrel, Bruxelles : Bruylant, 2015.

**L. Huttner**, *La décision de l'algorithme : étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, dir. J. Rochfeld th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2022.

**A.-A. Hyde**, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris : IRJS Éditions, 2015.

**Institute of Medicine (US) Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care**, *Unequal Treatment: Confronting Racial and Ethnic Disparities in Health Care*, Washington (DC) : National Academies Press, 2003.

**L. Israël**, *L'arme du droit*. 2<sup>e</sup> éd., Paris : Presses de Sciences Po, 2020.

**M. Iacub, P. Jouannet (dir.)**, *Juger la vie : les choix médicaux en matière de procréation*, Paris : La Découverte, 2001.



- I. Jablonka**, *Enfants en exil : transfert de pupilles réunionnais en métropole (1963-1982)*, Paris : Seuil, 2007.
- A. Jaunait**, *Comment pense l'institution médicale ? : une analyse des codes français de déontologie médicale*, préf. M. Sadoun, Paris : Dalloz, 2005.
- P. Jestaz, C. Jamin**, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004.
- E. Jeuland**, *Théorie relationniste du droit : de la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris : LGDJ, 2016.
- E. Jeuland, J.-F. Braunstein**, *Droit et relation: une approche comparative*, Paris : IRJS Éditions, 2018.
- R.-V. Joule, et J.-L. Beauvois**, *La soumission librement consentie. Comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Puf, 2009.
- P. Kayser**, *La protection de la vie privée*, 2<sup>e</sup> éd., préf. H. Mazeaud, Aix-en-Provence : PUAM ; Paris : Economica, 1990.
- A. Koechlin**, *La norme gynécologique : ce que la médecine fait au corps des femmes*, Paris : Éditions Amsterdam, 2022.
- E. Kosta**, *Consent in European data protection law*, Leiden : Nijhoff, 2013.
- C. Koumpli**, *Les données personnelles sensibles : contribution à l'évolution du droit fondamental à la protection des données personnelles : étude comparée : Union Européenne, Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni*, dir. O. Pfersmann, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019.
- X. Labbé**, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Villeneuve-d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 1996.
- *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort : contribution à l'étude des droits de la personnalité*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012
- V. Lasserre-Kiesow**, *La technique législative : étude sur les codes civils français et allemand*, préf. M. Pédamon, Paris : LGDJ, 2002.
- C. Lazarus**, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. Laszlo-Fenouillet, Aix-en-Provence : PUAM, 2009.
- Le Collectif Onze**, *Au tribunal des couples: enquête sur des affaires familiales*, Paris : Odile Jacob, 2013.
- N. Le Du**, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, dir. A. Debet, th. dactyl., Université Paris Est, 2018.
- V. Le Goaziou**, *Le viol, aspects sociologiques d'un crime : une étude de viols jugés en cour d'assises*, préf. M. Jaspard, Paris : La Documentation française, 2011.
- C. Mackenzie, N. Stoljar (dir.)**, *Relational autonomy : feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford : New-York : Oxford University Press, 2000.
- C. Le Magueresse**, *Les pièges du consentement: pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2021.
- T. Lemke**, *Biopolitique : une introduction*, trad. V. Deplaigne, Paris : Éditions EHESS, 2023.
- F. Limbach**, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. S. Poillot-Peruzzetto, C. Witz, Paris : LGDJ, 2004.
- P. Lokiec**, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, Paris : LGDJ, 2004.
- *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, Paris La Défense : LGDJ, 2021.
- C. A. MacKinnon**, *Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination*, New Haven : London : Yale University Press, 1979.
- *Le viol redéfini : vers l'égalité, contre le consentement*, Paris : Flammarion-Climats, 2023.
- H.S. Maine**, *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London : John Murray, 1866.
- N. C. Manson, O. O'Neill**, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge : Cambridge University Press, 2007.
- L. Marguet**, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, Paris : L'Harmattan, 2021.
- A. Martin**, *La parenté d'après le don : une approche relationnelle du vécu des personnes conçues par don de sperme (France, Angleterre)*, dir. A. Martial, th. dactyl. EHESS, 12 juillet 2022.
- C. Martin (dir.)**, « Être un bon parent » : une injonction contemporaine, Presses de l'EHESS, 2014
- M. Marzano**, *Je consens, donc je suis... : Éthique de l'autonomie*, Paris : Puf, 2006.

- N.-C. Mathieu**, *L'anatomie politique*, Donnemarie-Dontilly : iXe, 2013.
- F. Matonti**, *Intellectuels communistes : essai sur l'obéissance politique : la Nouvelle Critique (1967-1980)*, Paris : La Découverte, 2005.
- B. Maumont**, *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, dir. J. Hauser, th. dactyl., Université de Bordeaux, 2015.
- J. Mazaleigue-Labaste, M. Garcia, A.-D. Mornington (dir.)**, *Envers et revers du consentement*, Paris : Mare & Martin, 2023.
- R. Médard Inghilterra**, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, préf. V. Champeil-Desplats, Paris La Défense : LGDJ, 2022.
- D. Mehl**, *Les lois de l'enfancement*, Paris : Presses de Sciences Po, 2011.
- M. Mekki**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, Paris : LGDJ, 2004.
- D. Memmi**, *Les gardiens du corps : dix ans de magistère bioéthique*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996.
- *Faire vivre et laisser mourir : le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris : La Découverte, 2003.
- M. Mesnil**, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Bâle : Helbing Lichtenhahn ; Neuchâtel : Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2018.
- É. Millard**, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. J.-A. Mazères, M.-A. Cohendet, Paris : LGDJ, 1995.
- L. Molina**, *La prérogative contractuelle*, préf. L. Aynès, Paris La Défense : LGDJ, 2022.
- A.-D. Mornington**, *The limits of consent : liberalism and the challenge of harm to self*, dir. A. von Busekist, th. dactyl., Institut d'études politiques de Paris, 2015.
- B. Moron-Puech**, *L'acte juridique : une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, postface J. Combacau, Paris La Défense : LGDJ, 2020.
- E. Nédellec**, *Critique de la publicisation du droit processuel civil*, dir. E. Jeuland, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- E. Netter**, *Numérique et grandes notions de droit privé : La personne, la propriété, le contrat*, Amiens : CEPRISCA, Paris : Lextenso, 2019.
- A. Ohly**, « *Volenti non fit iniuria* » : *die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2002.
- S. Paricard**, *La convenance personnelle*, préf. C. Neirinck, Paris : Dalloz, 2003.
- M. Paris**, *Nous qui versons la vie goutte à goutte : féminismes, économie reproductive et pouvoir colonial à La Réunion*, préf. F. Matonti, Paris : Dalloz, 2020.
- K. Parizer-Krief**, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, préf. M.-A. Hermitte, Aix-en-Provence : PUAM, 2016.
- C. Pateman**, *Le contrat sexuel*, trad. C. Nordmann, préf. G. Fraisse, postface É. Fassin, Paris : La Découverte, 2022.
- L. A. Penner, J. F. Dovidio, N. Hagiwara, B. D. Smedley**, *Unequal Health: Anti-Black Racism and the Threat to America's Health*, avant-propos D. B. Matthew, Cambridge : Cambridge University Press, 2023.
- M. Pichard**, *Le droit à : étude de législation française*, préf. M. Gobert, Paris : Economica, 2006.
- X. Pin**, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, Paris : LGDJ, 2002.
- J.-E.-M. Portalis**, *Discours et rapports sur le Code civil, précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification de F. Portalis*, Caen : Presses universitaires de Caen, 2010.
- S. Prieur**, *La disposition par l'individu de son corps*, préf. É. Loquin, Bordeaux : Les Études hospitalières, 1999.
- A. Quesne**, *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. Raoul-Cormeil, J.-R. Binet, Le Kremlin-Bicêtre : Mare & Martin, 2021.
- V. Ranouil**, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris : Puf, 1980.
- J. Rawls**, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris : Points, 2009.
- D. Roman**, *La cause des droits*, Paris : Dalloz, 2022.
- E. Ronai, E. Durand (dir.)**, *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité*, Malakoff : Dunod, 2021
- J.-J. Rousseau**, *Du contrat social [1762]*, présenté par B. Bernardi, Paris : Flammarion, 2012.

- H. Roussillon, X. Bioy (dir.)**, *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ? : actes de la journée d'études, 7 mai 2005*, préf. B. Genevois, Toulouse : Presses de l'Université des Sciences sociales, 2006, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018.
- J.-M. Roy (dir.)**, *Le consentement*, Bertrange : Legitech, 2021.
- N. Rzepecki**, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, 2015.
- G. Salamé**, *Le devenir de la famille en droit international privé : une perspective postmoderne*, préf. H. Muir Watt, Aix-en-Provence : PUAM, 2006.
- R. Saleilles**, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris : F. Pichon, 1901.
- M. Saulier**, *Le droit commun des couples : essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, Paris : IRJS Éditions, 2017.
- R. Savatier**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, t. 2, Paris : Dalloz, 1959.
- U. Schmidt, D. Sprumont, A. Frewer**, *Ethical Research: The Declaration of Helsinki, and the Past, Present, and Future of Human Experimentation*, New York : Oxford University Press, 2020.
- C. Siffrein-Blanc**, *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. Putman, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 2015.
- V. Springora**, *Le consentement*, Paris : Bernard Grasset, 2020.
- A. Supiot**, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris : Seuil, 2005.
- F. Swennen (dir.)**, *Contractualisation of family law: global perspectives*, F. Swennen (dir.), Cham ; Heidelberg ; New York [etc.] : Springer, 2015.
- A. Tamion**, *Droits fondamentaux et valeurs: La question d'une fondation axiologique du droit*, préf. O. Jouanjan, Paris : L'Harmattan, 2021.
- I. Théry**, *Des humains comme les autres : bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2010.
- C. Thévenin**, *Toucher vaginal et recherche du consentement : enquête des pratiques professionnelles dans une maternité de niveau III*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'État de sage-femme, dir. E. Gallot, C. Chavette, Université Grenoble Alpes, 2021.
- O. Tiquant**, *La contractualisation des procédures collectives*, dir. P. Le Cannu, th. dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1999.
- Tribunal militaire international**, *Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949*, United States Government Printing Office, 1953, 1949, vol. 2.
- D.-S. Valentiner**, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung: zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit*, Baden-Baden : Nomos, 2021.
- C. Vanderpelen-Diagre , C. Sägers**, *La Sainte Famille. Sexualité, filiation et parentalité dans l'Église catholique*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, 2019.
- L. Velpy, P. A. Vidal-Naquet, B. Eyraud (dir.)**, *Contrainte et consentement en santé mentale : forcer, influencer, coopérer*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2018, 2022.
- F. Vergès**, *Le ventre des femmes: capitalisme, racialisation, féminisme*, Paris : Albin Michel, 2017.
- S. Vergnolle**, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, avant-propos M.-L. Denis, Bruxelles : Bruylant, 2022.
- C. Vermont**, *Corps, amour, sexualité : les 120 questions que vos enfants vont vous poser : « Expliquer à un·e enfant que son corps lui appartient et que nul·le ne peut y avoir accès sans son consentement. »*, Paris : Albin Michel, 2022.
- M. Voigt**, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung: zum Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und ökonomischer Verwertung personenbezogener Daten*, Baden Baden : Nomos, 2020.
- A. Vuattoux**, *Adolescences sous contrôle : genre, race, classe et âge au tribunal pour enfants*, Paris : Presses de Sciences Po, 2021.
- P. K. Westen**, *The logic of consent: the diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct*, Aldershot ; Burlington : Ashgate, 2004.
- Le droit non civil de la famille*, préf. J. Carbonnier, Paris : Puf, 1983.

## Articles et contributions dans des ouvrages collectifs

- É. Agrikoliansky**, « La gauche, le libéralisme politique et les droits de l'homme », in *Histoire des gauches en France*, vol. 2, J.-J. Becker (dir.), Paris : La Découverte, 2005, p. 525.
- A. Alemanno, G. Helleringer et A.-L. Sibony**, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.*, 2016, p. 911.
- L. Alexander**, « The Moral Magic of Consent (II) », *Legal Theory*, vol. 2, n° 3, 1996, p. 165.
- P. Alix**, « Il est plus facile pour un chameau (de passer par le chas d'une aiguille que pour les responsables de traitement d'obtenir un consentement libre et éclairé au dépôt et à la lecture de cookies tiers) », *Legipresse*, 2020, p. 495
- P. Amiel**, « “Code de Nuremberg” : texte original en anglais, traductions et adaptations en français », in *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Belles Lettres, 2011, appendice électronique, en ligne : <https://philippeamiel.fr/DocsCobayes/NurembergTrad.pdf> (consulté le 31 janv. 2023).
- « Déclarations d'Helsinki », *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris : Belles Lettres, 2011, appendice électronique, en ligne : <https://philippeamiel.fr/DocsCobayes/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf> (consulté le 31 janv. 2023).
- P. Amiel, F. Violla**, « La vérité perdue perdue du “code de Nuremberg” : réception et déformations du “code de Nuremberg” en France (1947-2007) », *RDSS*, 2009, p. 673.
- P. Ancel**, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 16.
- M. J. Anderson**, « Negotiating Sex », *Southern California Law Review*, vol. 78, n° 6, 2005, p. 1401.
- F. Arhab-Girardin**, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, p. 875.
- R. Arnold**, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert : libertés*, X. Robert (coord.), Paris : Montchrestien, 1998, p. 463.
- R. Arnold, T. Fickentscher**, « Le concept de la liberté individuelle dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Titre VII*, n° 7, 2021, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-concept-de-la-liberte-individuelle-dans-la-perspective-du-droit-constitutionnel-allemand> (consulté le 29 janv. 2024).
- I. Aubert, M. Bessone (dir.)**, « La *Critical Race Theory* est-elle exportable en France ? », *Droit et Société*, vol. 108, n° 2, 2021.
- P.-E. Audit**, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.*, 2021, p. 545.
- H. Avvenire**, « Tour de passe-passe sanitaire ? », *AJDA*, 2021, p. 2415.
- M. Azcué, L. Tain**, « L'émergence du concept de “violence obstétricale” : l'impact du mouvement féministe », *Santé Publique* vol. 33, n° 5, 2021, p. 635.
- E. Azria et al.**, « Racisme systémique et inégalités de santé, une urgence sanitaire et sociétale révélée par la pandémie COVID-19 », *Gynécologie Obstétrique Fertilité & Sénologie*, vol. 48, n° 12, 2020, p. 847.
- L. Babcock et al.**, « Nice Girls Don't Ask », *Harvard Business Review*, vol. 81, n° 10, 2003, p. 14.
- L. Babcock, S. Laschever**, *Women Don't Ask : Negotiation and the Gender Divide*, Princeton : Princeton University Press, 2021.
- L. Babcock, M. P. Recalde, L. Vesterlund, L. Weingart**, « Gender Differences in Accepting and Receiving Requests for Tasks with Low Promotability », *American Economic Review*, vol. 107, n° 3, 2017, p. 714.
- M. Bacache**, « Responsabilité civile - Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G*, 2020, p. 1562.
- S. Baer**, « Dignity Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n° 4, 2009, p. 417.

- « Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, Festvortrag für den 39. Jahreskongress des Deutschen Juristinnenbundes 2011 », *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, n° 4, 2011.
- S. Bandelier, C. Dressel, C. Lanier, A. Steger-Kicinski**, « Retour sur le passe vaccinal : libre disposition de son corps et consentement aux soins », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2022.
- B. Basdevant-Gaudemet**, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 17.
- T.-L. Beauchamp**, « Informed Consent: Its History, Meaning, and Present Challenges », *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 20, n° 4, 2011.
- F. Beaufils, C. Degiovanni**, « Laennec, hier, aujourd'hui, demain », *Laennec* vol. 56, n° 2, 2008, p. 50.
- V. Beaulande-Barraud**, « Sexualité, mariage et procréation. Discours et pratiques dans l'Eglise médiévale (XIIIème-XVème siècles) », in *La Sainte Famille. Sexualité, filiation et parentalité dans l'Eglise catholique*, C. Vanderpelen-Diagre, C. Sägerser (dir.), Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, 2019, p. 19.
- H. Becker**, « Le droit à l'image dans la publicité : situation légale et nouveaux développements en Allemagne », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 355, p. 11.
- B. Beignier**, « Pour un nouveau Code civil », *D.*, 2019, p. 713.
- F. Bellivier, J. Rochfeld**, « Droits des malades - Qualité du système de santé », *RTD civ.*, 2002, p. 574.
- L. Bereni, A. Debauche, E. Latour, A. Revillard**, « Entre contrainte et ressource : les mouvements féministes face au droit », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 29, n° 1, 2010, p. 6.
- J.-L. Bergel**, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255.
- V. Bernaudeau**, « Mort d'un collabo, Gilles Antonowicz, 13 mai 1943 », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2013, p. 117.
- S. Bernay**, « Le Père Michel Riquet. Du philo-sémitisme d'action lors des années sombres au dialogue interreligieux », *Archives Juives*, vol. 40, n° 1, 2007, p. 100.
- T. Besse**, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », *RSC*, 2018, p. 21.
- S. Binet**, « Respecter le droit à l'image des enfants », *AJ fam.*, 2023, p. 129.
- X. Bioy**, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 1, 2003, p. 123.
- « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? », *AJDA*, 2010, p. 448.
- « Refus de soins vitaux, vingt ans après », *AJDA*, 2022, p. 1693.
- K. M. Birdges**, « Implicit Bias and Racial Disparities in Health Care », *Human Rights Magazine*, vol. 43 n° 3, 2018, en ligne : [https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human\\_rights\\_magazine\\_home/the-state-of-healthcare-in-the-united-states/racial-disparities-in-health-care/](https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/the-state-of-healthcare-in-the-united-states/racial-disparities-in-health-care/) (consulté le 11 janv. 2024)
- L. Bloch**, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte médical », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, G. Wicker (dir.), Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 437.
- F. Bonnet, B. Robert**, « La régulation éthique de la recherche aux États-Unis : histoire, état des lieux et enjeux », *Genèses*, vol. 75, n° 2, 2009, p. 87.
- M. Borgetto**, « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après », *RDSS*, 2012, p. 411.
- D. Borrillo**, « Liberté érotique et exception sexuelle », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 38.
- « La nationalisation du corps et de la vie dans le dispositif bioéthique français », *Raison-publique.fr*, 2010, en ligne : <https://hal.science/hal-01238409/document> (consulté le 31 janv. 2024).
- A. Boucherie**, « Du "vrai viol" aux "zones grises". Juger du (non) consentement dans la sexualité contemporaine française », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n° 1, 2019, p. 375.
- E. Boulet**, « Françoise Vergès : Le ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 38, n° 1, 2019, p. 187.
- B. Bourdelois**, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du code civil (Loi n° 2001-111 du 6 février 2001) », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 347, p. 3.

- L. Briggs**, « Feminism and transnational adoption: Poverty, precarity, and the politics of raising (other people's?) children », *Feminist Theory*, vol. 13, n° 1, 2012, p. 81.
- S. Brun**, « Cécité partielle. Procédure d'adoption et *colorblindness* institutionnelle en France », *French Politics, Culture & Society*, vol. 38, n° 3, 2020, p. 40.
- S. Brun, P. Simon (dir.)**, Dossier « Inégalités ethno-raciales et pandémie de coronavirus », *De facto*, 2020, en ligne : <https://www.icmigrations.cnrs.fr/wp-content/uploads/2020/06/De-Facto-19.pdf>.
- L. Brunet, M. Mesnil**, « Étude jurisprudentielle sur l'exequatur après GPA à l'étranger », *AJ fam.*, 2023, p. 374.
- S. Bryant et al.**, « Quality and equality in obstetric care: racial and ethnic differences in caesarean section delivery rates », *Paediatric and Perinatal Epidemiology*, vol. 23, n° 5, 2009, p. 454.
- C. Campbell**, « Medical Violence, Obstetric Racism, and the Limits of Informed Consent for Black Women », *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 26, numéro special, 2021, p. 47.
- G. Canivet**, « Positions et composition dans la genèse d'une liberté fondamentale - Les contours évolutifs de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Titre VII*, n° 7, 2021, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/positions-et-composition-dans-la-genese-d-une-liberte-fondamentale-les-contours-evolutifs-de-la> (consulté le 30 janv. 2024).
- F. Capelier**, « Veiller à la stabilité du parcours de l'enfant : une obligation légale en quête de sens », *Informations sociales*, vol. 201, n° 1, 2020, p. 78.
- « Du consentement à la contrainte en protection de l'enfance : accord, adhésion ou avis ? », *Vie sociale*, vol. 33, n° 1, 2021, p. 117.
- F. Capelier, M. Fougère-Ricaud**, « La recherche en protection de l'enfance à l'épreuve des données personnelles », *Revue des politiques sociales et familiales*, vol. 148, n° 3, 2023, p. 119.
- L. Carayon**, « Tests de détection de la COVID-19, politique d'expulsion des personnes étrangères et déshérence du principe d'intégrité du corps humain », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 38, n° 3-4, 2022, p. 205.
- J. Carbonnier**, « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire. I, La République, la Nation*, P. Nora (dir.), Paris : Gallimard, 1997, p. 1345.
- E. Carde**, « La race, de la catégorie sociale à l'objet d'étude épidémiologique », in *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies : droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, G. Canselier, S. Desmoulin-Canselier (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2011, p. 77.
- « De l'origine à la santé, quand l'ethnique et la race croisent la classe », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 27, n° 3, 2011.
- O. Cayla**, « Le droit de se plaindre : analyse du cas (et de l'anti-cas) Perruche », in *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, O. Cayla, Y. Thomas (dir.), Paris : Gallimard, 2002, p. 19.
- J. M. Cénat et al.**, « Vaccine mistrust among Black individuals in Canada: The major role of health literacy, conspiracy theories, and racial discrimination in the healthcare system », *Journal of Medical Virology*, vol. 95, n° 4, 2023, e:28738.
- V. Champeil-Desplats**, « Décision du Conseil constitutionnel relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, août 2007.
- « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, vol. 2, 2013, p. 173.
- B. Champenois-Rousseau, C. Vassy**, « Les échographistes face au dépistage prénatal de la trisomie 21. Le difficile arbitrage entre excellence professionnelle et éthique du consentement », *Sciences sociales et santé*, vol. 30, n° 4, 2012, p. 39.
- D. Chateauneuf**, « L'adoption en contexte de protection de l'enfance : profils et trajectoires d'enfants pris en charge à la naissance », *Recherches familiales*, vol. 12, n° 1, 2015, p. 137.
- D. Chauvaux**, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA*, 2002, p. 146.
- M. Chauvière**, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, vol. 149, n° 5, 2008, p. 16.
- F. Chénédé**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Droit et philosophie*, vol. 4, 2012, p. 155.
- J. Chevallier**, « Lutte contre les discriminations et État-providence », in *Lutter contre les discriminations*, D. Borrillo (dir.), Paris : La Découverte, 2003, 2010, p. 38.

- M. Christelle**, « Consentement et preuves du consentement dans le contentieux du droit d'asile devant la Cour nationale du droit d'asile. Regards croisés entre théorie et pratique », in *Consentement et droit public : actes de la journée d'étude du département de droit public de l'école doctorale de l'École de droit de la Sorbonne organisée le 22 septembre 2020*, L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, p. 139.
- I. Clanet Dit Lamanit, A. Vrain**, « L'avocat d'enfant, ça devrait être automatique. Pour une désignation systématique en assistance éducative », *Délibérée*, vol. 13, n° 2, 2021, p. 34.
- J. Commaille**, « Ordre familial, ordre social, ordre légal : Éléments d'une sociologie politique de la famille. », *L'Année Sociologique*, vol. 37, 1987, p. 265.
- J. Commaille, S. Lacour**, « Les *Legal Consciousness Studies* comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit. Présentation du dossier », *Droit et Société*, vol. 100, n° 3, 2018, p. 547.
- M.-T. Cordier**, « Insanité d'esprit et droit patrimonial - Panorama de jurisprudence », *Dr. famille*, 2008, n° 4, avril 2008, p. prat. 2.
- F. Coste, P. Costey, L. Tangy**, « Consentir : domination, consentement et déni », *Tracés*, n° 14, 2008.
- D. Cristol**, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale : une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *RDSS*, 2017, p. 716.
- C. Crome**, « Les Similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », trad. P. Verdelot, in *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Société d'études législatives (dir.), préf. A. Sorel, Paris : A. Rousseau, 1904, rééd. présentation J.-L. Halpérin, Paris : Dalloz, 2004, p. 591.
- M. Couturier**, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », *RDSS*, 2014, p. 120.
- P. Couvrat**, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 469.
- K. W. Crenshaw**, « Sortir des marges l'intersection de la race et du sexe. Une critique féministe Noire de la doctrine antidiscriminatoire, de la théorie féministe et de la lutte antiraciste », *Cahiers du Genre*, vol. 70, n° 1, 2021, p. 49.
- « Démarginaliser l'intersection de la race et du sexe : une critique féministe noire du droit antidiscriminatoire, de la théorie féministe et des politiques de l'antiracisme », *Droit et Société*, vol. 108, n° 2, 2021, p. 487.
- C. Crichton**, « Lignes directrices et recommandation de la CNIL en matière de cookies et autres traceurs », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 527.
- D. de Béchillon**, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.*, 2002, p. 47.
- B. Dabosville**, « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *Rev. trav.*, 2020, p. 491.
- H. Daïmallah**, « Le consentement au mariage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 94, n° 2, 2013, p. 311.
- A. K. Danziger, M.-C. Gaffinel**, « L'exequatur des décisions de GPA étrangères à la cour d'appel de Paris », *AJ fam.*, 2023, p. 385.
- E. Debaets**, « A propos des dérives actuelles du consentement en matière de protection des données », *AJDA*, 2021, p. 346.
- A. Debet**, « RGPD - Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *Comm. com. électr.*, n° 4, 2018, dossier 9.
- L. de Graëve**, « "Big brother" sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'État », *RFDA*, 2008, p. 999.
- M.-C. de Montecler**, « Les lignes directrices de la CNIL sur les cookies partiellement censurées », *AJDA*, 2020, p. 1264.
- P. de Vareilles-Sommières**, « Le juge de l'exequatur du jugement d'adoption n'est pas juge de l'adoption », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 560.
- F. Dekeuwer-Défossez**, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 67.
- « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Paris : LGDJ, 2007, p. 167.
- J. Demaree-Cotton, R. Sommers**, « Autonomy and the folk concept of valid consent », *Cognition*, vol. 224, 2022.

- Y. Denéchère**, « L'adoption transnationale entre idéologies, humanitaire et catharsis. Fins de guerres, décolonisation et guerre froide en France et aux États-Unis (1945-1975) », *Annales de démographie historique*, vol. 141, n° 1, 2021, p. 95.
- A. Denizot**, « Pour une vraie réforme du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2020, p. 958.
- F. Deruelle, J. Jarty**, « Juger les violences sexuelles à l'université : le pari du droit disciplinaire », *Champ pénal/Penal field*, n° 28, 2023.
- S. Deuring**, « Einwilligungsschranken im Zivilrecht », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 222, n° 2, 2022, p. 255.
- V. Donier**, « Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences », *RDSS*, 2015, p. 170.
- A. Etienney-de Sainte Marie**, « Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? », *RTD civ.*, 2019, p. 9.
- M. Fabre-Magnan**, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.
- « Le domaine de l'autonomie personnelle », *D.*, 2008, p. 31.
- « L'égalité des êtres humains. Les fondements philosophiques et méthodologiques du droit privé », in *Von formaler zu materialer Gleichheit*, S. Grundmann, J. Thiessen (dir.), Tübingen : Mohr Siebeck, 2021, p. 89.
- M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J. Marguénaud, F. Tulkens**, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, vol. n° 48, n° 2, 2008, p. 3.
- S. Falconieri, L. Guerlain, L. Zevounou**, « Penser la race en juriste : lectures critiques », *Droit et Société*, 2021, vol. 108, n° 3.
- J. Falquet**, « Pour une anatomie des classes de sexe : Nicole-Claude Mathieu ou la conscience des opprimé·e·s », *Cahiers du Genre*, vol. 50, n° 1, 2011, p. 193.
- É. Fassin**, « Le date rape aux États-Unis », *Enquête*, n° 5, 1997, p. 193.
- « Au-delà du consentement : pour une théorie féministe de la séduction », *Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 47.
- Y. Favier**, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS*, 2015, p. 702.
- J.-P. Feldman**, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, p. 87.
- D. Fenouillet**, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA*, 2005, n° 188, p. 3.
- « Couple hors mariage et contrat », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 83.
- M. Ferrand, N. Bajos, A. Andro**, « Accords et désaccords : variations autour du désir », in *Enquête sur la sexualité en France : pratiques, genre et santé*, N. Bajos, M. Bozon, N. Beltzer (dir.), préf. M. Godelier, Paris : La Découverte, 2008, 2016.
- E. Ferrarese**, « Postface. La reconnaissance, le tort et le pouvoir », in *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, N. Fraser, Paris : La Découverte, 2011, p. 159.
- S.-M. Ferrié**, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D.*, 2017, p. 555.
- B. Feuillet-Le Mintier**, « Normes nationales et internationales en bioéthique », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2002, p. 15.
- K. Fiscella, M. R. Sanders**, « Racial and Ethnic Disparities in the Quality of Health Care », *Annual Review of Public Health*, vol. 37, 2016, p. 375.
- A. Flückiger**, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 144, 2009, p. 73.
- E. Fondimare**, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9.
- V. Forray**, « La possibilité d'une contre-théorie du contrat », *Jurisprudence Revue critique*, 2012, p. 191.
- S. François**, « Les métamorphoses du consentement en droit privé », in *Consentement et droit public : actes de la journée d'étude du département de droit public de l'école doctorale de l'École de droit de la Sorbonne organisée le 22 septembre 2020*, L. Fort, J.-B. Guyonnet (dir.), Paris : L'Harmattan, 2021, p. 33.



- M.-A. Frison-Roche**, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.
- S. Fulli-Lemaire**, « La privatisation du droit de la famille (The Privatization of Family Law) », in *La sphère privée*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Paris : Société de législation comparée, 2016, p. 143.
- P.-Y. Gahdoun**, « La justice sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), préf. A. Supiot, Paris : Pedone, 2013, p. 105.
- M. Gaille**, « L'expérience du déni de reconnaissance dans la relation médecin/patient. La signification politique et morale de la relation de soin au prisme de la théorie de la reconnaissance selon A. Honneth », *Le Temps philosophique*, 2009, n° 13, p. 89.
- M. Gaille-Nikodimov, N. Foureur**, « « L'humanité », enjeu majeur de la relation médecin/patient. Y a-t-il une violence intrinsèque à la situation de soin ? », in *La philosophie du soin : éthique, médecine et société*, L. Benaroyo, C. Lefève, J.-C. Mino (dir.), Paris : Puf, 2010, 2014, p. 189.
- P. Gand**, « Bioéthique et pratique judiciaire », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 4, n° 1, 1991, p. 15.
- F. Gaullier, L. Dubois**, « Cookies et traceurs : un nouveau cadre de référence exigeant », *Légipresse* 2020, p. 661.
- V. Gautron**, « Les soins pénalement ordonnés : une inflation controversée », *AJ pénal*, 2023, p. 413.
- T. Gisclard**, « La victime ne peut voir son indemnisation réduite pour avoir refusé des soins médicaux », *D.*, 2015, p. 1075.
- M. Gobert**, « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.
- J. Guillaumé**, « Existe-t-il un ordre public de l’adoption internationale ? », *D.* 2021, p. 852.
- C. M. Gray, C. Santos, N. Bielova, M. Toth, D. Clifford**, “Dark Patterns and the Legal Requirements of Consent Banners: An Interaction Criticism Perspective”, in *CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI » 21)*, May 8–13, 2021, Yokohama, Japan, Association for Computing Machinery, New York, en ligne : <https://www.sop.inria.fr/members/Natalia.Bielova/papers/Gray-et-al-21-CHI.pdf>
- C. Grossholz**, « État civil - La classification sexuelle des êtres humains à l’épreuve des droits fondamentaux », *JCP G*, 2019, p. 1151.
- H. Guillemain**, « Les débuts de la médecine catholique en France », *Revue d’histoire du XIXe siècle*, n° 26-27, 2003, p. 227.
- P. Guillaume**, « La médecine catholique face à l’évolution des mœurs, d’après le *Bulletin de la Société médicale de Saint-Luc, Saint-Côme et Saint-Damien* (1884-1963) », in *Concepts, cultures et progrès scientifiques et techniques : enseignement et perspectives. Actes du 131<sup>e</sup> Congrès national des sociétés historiques et scientifiques, « Tradition et innovation », Grenoble, 2006*, Paris : Éditions du CTHS, 2009, p. 35.
- J. Guillaumé**, « L’adoption étrangère prononcée sans le consentement du parent biologique de l’enfant n’est pas contraire à l’ordre public international français », *D.*, 2020, p. 130.
- J.-L. Halpérin**, « Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ? », *N3C*, vol. 48, n° 3, 2015, p. 59.
- C. Hamel et al.**, « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l’enquête Virage », *Population & Sociétés*, vol. 538, n° 10, 2016, p. 1.
- C. Hardouin-Le Goff**, « Grandeur et décadence du consentement en droit pénal », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 573.
- M. Hauriou**, « Note sur l’influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1887, p. 373.
- J. Hauser**, « Un nouveau-né : l’enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, p. 182.
- « La famille dans l’île d’utopie. Livre 2 du Code civil intitulé “Des familles” », in *Mélanges en l’honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, M. Dupuis (dir.), Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, p. 163.
- « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *AJ fam.*, 2016, p. 460.
- S. Handfield**, « “Je comprends pas, signe à ma place” : autonomie relationnelle et consentement dans la recherche en déficience intellectuelle », *SociologieS*, 2020.

- F. Hémont, M. Gout**, « Consentement résigné : en finir avec le Privacy Paradox », in *Le profilage en ligne: entre libéralisme et régulation*, A. Bensamoun, M. Boizard, S. Turgis (dir.), Paris : Mare & Martin, 2020, p. 21.
- F. Hémont, J. Rossi**, « Farces et attrapes du recueil de consentement sur le Web », in *Gouverner par les données ? Pour une sociologie politique du numérique*, A. Théviot (dir.), Lyon : ENS Éditions, 2023.
- F. Hémont, J. Rossi**, « Droit, consentement et “dark patterns”. Étude de l’évolution des bandeaux cookies entre 2020 et 2021 », *Cahiers Costech*, n° 6, 2023.
- S. Hennette-Vauchez**, « Kant contre Jehovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine », *D.* 2004, p. 3154.
- « When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders’ Infatuation with the Human Dignity Principle », *Legal Ethics*, vol. 10, n° 2, 2007, p. 193.
  - « Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, p. 5.
  - « Corpus Iuris : Jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit (1970-2007) », in *La tentation du corps : corporéité et sciences sociales*, D. Memmi, D. Guillo, O. Martin (dir.), Paris : Éditions de l’École des hautes études en sciences sociales, 2009, 2015.
- S. Hennette-Vauchez, D. Roman, S. Slama**, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l’avortement », *La Revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, 7 juill. 2022.
- D. Hiez**, « Le contrat d’engagement républicain : l’approfondissement d’une figure connue », *RTD com.*, 2022, p. 103.
- R. Hirschmann**, « Andrée Mayer-Jack (1907-1996), ancienne Présidente de l’AFFDU », *Femmes Diplômées*, vol. 179, n° 1, 1996, p. 155.
- T. Hörnle**, « The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment », *German Law Journal*, vol. 18, n° 6, 2017, p. 1309.
- « Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory », *German Law Journal*, vol. 22, n° 5, 2021, p. 833.
- J. Houssier**, « Proposition de loi visant à réformer l’adoption : la première lecture est achevée », *Dalloz actualité*, 22 déc. 2020.
- « Proposition de loi visant à réformer l’adoption : coup de rabot ou coup d’épée dans l’eau des Sénateurs ? », *Dalloz actualité*, 9 nov. 2021.
  - « Réforme de l’adoption : vote définitif de la loi par l’Assemblée nationale », *Dalloz actualité*, 15 févr. 2022.
- H. M. Hurd**, « The Moral Magic of Consent », *Legal Theory*, vol. 2, n° 2, 1996, p. 121.
- O. Ionescu**, « Le problème de la partie introductive du code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 19, n° 3, 1967, p. 594.
- A. Jack**, « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 362.
- T. Janevic et al.**, « Disparities in cesarean delivery by ethnicity and nativity in New York city », *Maternal and Child Health Journal*, vol. 18, n°1, 2014, p. 250.
- C. Jarrosson, P. Ancel, P. Couvrat, J. Nadal, Y. Gaudemet**, « La contractualisation de la justice : jusqu’où aller ? », in *Réforme de la justice, réforme de l’État*, Loïc Cadiet (éd.), Paris : Puf, 2003, p. 185.
- A. Jaunait, F. Matonti**, « L’enjeu du consentement », *Raisons politiques*, vol. 46, n° 2, 2012, p. 5.
- A. Jaunait**, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, vol. 11, n° 3, 2003, p. 59.
- L. Jeannin**, « Le principe de dignité en droit allemand », in *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, S. Hennette-Vauchez, C. Girard (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 158.
- E. Jeuland**, « L’énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, n° 3, p. 455.
- P. Jourdain**, « Défaut d’information médicale : cumul possible de la réparation d’une perte de chance et d’un préjudice moral d’impréparation », *RTD civ.*, 2017, p. 403.
- « Les enjeux d’une réforme de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, n° 1, 2021, p. 277.
- M. Juillard, O. Timbart**, « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l’instruction », *Infostat Justice*, n° 160, 2018, p. 2.

- G. Kessler**, « La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur les réseaux sociaux : quel encadrement pour la pratique du sharenting ? », *AJ fam.*, 2021, p. 292
- S. J. Khader**, « The Feminist Case Against Relational Autonomy », *Journal of Moral Philosophy*, vol. 17, n° 5, 2020, p. 499.
- J. Knetsch**, « La responsabilité médicale en droit allemand », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, vol. 23, n° 2, 2019, p. 11.
- C. Koumpli**, « L'émergence d'un espace privé immatériel et ses oxymores », *Archives de politique criminelle*, vol. 43, n° 1, 2021, p. 57.
- C. Labrusse-Riou**, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en questions », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Comité Français de Droit International Privé, Paris : Pedone, 2004, p. 47.
- « La filiation en mal d'institution », in *Écrits de bioéthique*, C. Labrusse-Riou, M. Fabre-Magnan (éd.), Paris : Puf, 2007, p. 325.
- S. Lamont, Y.-H. Jeon, M. Chiarella**, « Assessing patient capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools », *Journal of Clinical Nursing*, vol. 22, n° 17-18, 2013, p. 2387.
- C. Lantero**, « Devoir d'information du patient : le Conseil d'État rejoint la Cour de cassation », *AJDA*, 2012, p. 2231.
- « Réflexions sur la fondamentalisation des droits des patients. L'exemple de la violation du consentement », *RDSS*, 2022, p. 216.
- C. Lazaro, D. Le Métayer**, « Le consentement au traitement des données personnelles. Perspective comparative sur l'autonomie du sujet », *Revue juridique Thémis*, vol. 48, n° 3, 2015.
- C. Le Magueresse**, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », *Archives de politique criminelle*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 223.
- « De la centralité du consentement », *Cah. Just.*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 613.
- N. Léchopier**, « L'émergence de normes pour la recherche biomédicale. A l'origine de la loi Huriet (1975-1988) », *M/S : médecine sciences*, vol. 20, 2004, p. 377.
- J. Lecomte, P. Hennion**, « Le principe de dignité humaine dans les lois de bioéthique [Première partie] », *Revue juridique de l'Ouest*, n° 1, 2004, p. 47.
- P. Le Coz**, « Éthique : pourquoi respecter l'autonomie du patient ? », *Cancer(s) et psy(s)*, vol. 5, n° 1, 2020, p. 147.
- J.-M. Leloup**, « René Savatier, un juriste dans son siècle », *RTD civ.*, 1997, p. 79.
- E. Le Roy**, « L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles : Presses universitaires Saint-Louis, 1996, p. 341.
- A.-M. Leroyer**, « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 154.
- « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 247.
- « L'insanité d'esprit : retour sur la distinction du consentement et de la capacité », *RTD civ.*, 2020, p. 348.
- « L'hospitalisation d'un mineur à la demande des parents : des soins libres ? », *RTD civ.*, 2022, p. 589
- L. Leveneur**, « Introduction », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 7.
- B. Levergeois**, « Henri Caillavet. Un esprit libre », *Humanisme*, vol. 276, n°1, 2007, p. 106.
- R. Lévy-Guillain**, « La fabrique du privilège du désir. L'apprentissage socialement différencié du désir sexuel au croisement du genre et de la classe », *Revue française de sociologie*, vol. 63, n° 1, 2022, p. 7.
- « MeToo or not MeToo ? Consentement sexuel et changement normatif au prisme de trajectoires individuelles féminines », *Politix*, vol. 141, n° 1, 2023, p. 47.
- C. Lienhard**, « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ fam.*, 2017, p. 40.
- D. Lochak**, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291.

- « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 7.
- P. Lokiec**, « La décision médicale », *RTD civ.*, 2004, p. 641.
- « La personne de confiance », *RDSS*, 2006, p. 865.
- « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293.
- « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. soc.*, 2009, p. 127.
- C. MacKenzie**, « Feminist innovation in philosophy: Relational autonomy and social justice », *Women's Studies International Forum*, vol. 72, 2019, p. 144.
- C. A. MacKinnon**, « Rape Redefined », *Harvard Law & Policy Review*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 431.
- C. A. MacKinnon, S. Baer**, « Gleichheit, realistisch », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge*, vol. 67, n° 1, 2019, p. 361.
- J.-P. Marguénaud, J. Mouly**, « La quête d'effectivité européenne du droit au logement », *RDSS*, 2015, p. 207.
- L. Marguet**, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, n° 5.
- « Entre protection objective et conception subjective du droit à la vie et à la dignité humaine : l'encadrement juridique de la fin de vie en France et en Allemagne », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11.
- K. Mariat**, « Consécration d'un droit à l'autodétermination de la fin de vie par la Cour constitutionnelle allemande – Cour constitutionnelle allemande 26 février 2020 », *AJ fam.*, 2020, p. 312.
- K. J. Martin, A. L. Stanton, K. L. Johnson**, « Current health care experiences, medical trust, and COVID-19 vaccination intention and uptake in Black and White Americans », *Health Psychology*, vol. 42, n° 8, p. 541.
- M. Massari-Biégelmann**, « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et Société*, 1997, vol. 35, n° 1, p. 167.
- M. Mathieu**, « L'avortement en France : du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes », *Droit et Société*, vol. 111, n° 2, 2022, p. 335.
- U. Mattei, A. di Robilant**, « Les longs adieux : la codification italienne et le Code Napoléon dans le déclin du positivisme étatique », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, p. 855.
- W. Maxwell, C. Zolynski**, « Protection des données personnelles », *D.*, 2022, p. 2002.
- D. Mehl**, « L'élaboration des lois bioéthiques », in *Juger la vie : les choix médicaux en matière de procréation*, M. Iacub, P. Jouannet (dir.), Paris : La Découverte, 2001, p. 51.
- M. Membrado**, « La confiance et les enjeux de la reconnaissance dans l'interaction médecin-patient en médecine générale », in *Les négociations du soin : Les professionnels, les malades et leurs proches*, S. Pennec, F. Le Borgne-Uguen, F. Douguet (dir.), Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2014.
- D. Memmi**, « La bioéthique a-t-elle des sources judéo-chrétiennes ? », *Pardès*, vol. 30, n° 1, 2001, p. 195.
- « La "dignité" : une protestation somatisée contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, S. Hennette-Vaucher, C. Girard (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 292.
- J. Mestre**, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : livre du Bicentenaire*, Paris : Dalloz : Litec, 2004, p. 231.
- N. Metallinos**, « Lignes directrices du G29 sur le consentement - Le RGPD apporte-t-il de réels changements sur la place du consentement ? », *Comm. com. électr.*, 2018, comm. 58.
- P. Milburn**, « De la négociation dans la justice imposée », *Négociations*, 2004, vol. 1, n° 1, p. 27.
- « Surveiller et punir au XXI<sup>e</sup> siècle », *Journal des anthropologues*, n° 108-109, 2007, p. 159.
- P. Mistretta**, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, n° 1, 2011, p. 19.
- S. Mniai**, « Le Titre IX : s'appuyer sur le droit anti-discrimination pour lutter contre les violences sexuelles en milieu universitaire aux États-Unis », *Mouvements*, vol. 110-111, n° 2-3, 2022, p. 12.
- F. Monéger**, « L'accouchement sous X d'une mère de nationalité étrangère », *RDSS*, 2004, p. 691.
- S. Moracchini-Zeidenberg**, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.*, 2016, p. 773.
- A.-D. Mornington**, « Vendre ses organes : un cas de préjudice consenti ? », *Raisons politiques*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 57.

- « A consent-based approach to organ sale », in *Les limites du marché : la marchandisation de la nature et du corps*, E. Bertrand, M.-X. Catto, A.-D. Mornington (dir.), Paris : Mare & Martin, 2020, p. 117.
- H. Muir-Watt**, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503.
- P. Murat**, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille : [actes du colloque, 3-4 février 2000, Université Paris-Sud]*, D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Paris : Economica, 2001, p. 136.
- J. Nedelsky**, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 1, n° 1, 1989, p. 7.
- E. Netter**, « Cookies et autres traceurs : des sanctions pour les géants du numérique, mais des leçons pour tous », *RTD com.* 2022, p. 295.
- M. Nicolas-Gréciano, C.-F. Stuckenberg**, « Allemagne », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2022, p. 669.
- G. Noiriel**, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, n° 13, 1993, p. 3.
- N. Ochoa**, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157.
- É. Ollion**, « Comment les Témoins de Jéhovah sont redevenus une "secte". Les définitions changeantes du sectarisme en France », in *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public*, A.-L. Zwilling (dir.), Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, p. 97.
- O. O'Neill**, « Between Consenting Adults », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, n° 3, 1985, p. 252.
- E. Paillet**, *Gaz. Pal.* 1977. 1. 48
- T. Palmer**, « Distinguishing sex from sexual violation: Consent, negotiation and freedom to negotiate », in *Consent Domestic and Comparative Perspectives*, A. Reed, M. Bohlander (dir.), Londres : Routledge, 2017, p. 11.
- M. Paris**, « La racialisation d'une politique publique : le contrôle de la natalité à La Réunion (années 1960-1970) », *Politix*, vol. 131, n° 3, 2020, p. 29.
- S. Paricard**, « Une nouvelle loi sur l'IVG », *Dalloz actualité*, 14 mars 2022.
- F. Paterson**, « Solliciter l'inconcevable ou le consentement des morts. Prélèvement d'organes, formes de circulation des greffons et normes de compétence », *Sciences Sociales et Santé*, vol. 15, n° 1, 1997, p. 35.
- S. Pellet**, « RGPD : l'effacement du consentement », *RGDA*, 2019, p. 6.
- J. Pélisse**, « La mise en œuvre des 35 heures : d'une managérialisation du droit à une internalisation de la fonction de justice », *Droit et Société*, vol. 77, n° 1, 2011, p. 39.
- O. Pérona**, « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal/ Penal field*, vol. 14, 2017.
- « Médecins légistes et policiers face aux expertises médico-légales des victimes de violences sexuelles », *Déviance et Société*, vol. 41, n° 3, 2017, p. 415.
- « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.
- « Les "vrais viols" et les autres. La hiérarchie des enquêtes dans les services de police », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 85.
- M. Philip**, « "Une action dont on rougit même dans les solitudes les plus secrètes" : enquête sur les violences sexuelles conjugales (Paris, XVII<sup>e</sup>- XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, vol. 52, n° 2, 2020, p. 93.
- G. Pignarre**, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie (suite) », *RDC*, n° 3, 2011, p. 989.
- S. Pimont**, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 417.
- X. Pin**, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *RSC*, 2003, p. 259.
- L. Pineau**, « Date rape: A feminist analysis », *Law and Philosophy*, vol. 8, n° 2, 1989, p. 217.
- E. Poisson-Drocourt**, « De l'adoption plénière d'un enfant brésilien par des français », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 519.
- J. Porta**, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *Rev. trav.*, 2011, p. 290 (1<sup>re</sup> partie) et p. 354 (2<sup>e</sup> partie).

- L. Portes**, « Chronique déontologique : du consentement du malade à l'acte médical », *Cahiers Laennec*, n°1, 1950, p. 32.
- E. Potin**, « Du lien dangereux au lien en danger, la place des parents quand leur enfant est placé », *Recherches familiales*, 2011, vol. 8, n° 1, p. 115.
- S. Prétot**, « La double-face du consentement des parents à l'adoption », *JCP N*, 2022, p. 1134.
- P. Pucheral, A. Rallet, F. Rochelandet, C. Zolynski**, « La Privacy by design : une fausse bonne solution aux problèmes de protection des données personnelles soulevés par l'Open data et les objets connectés ? », *LEGICOM*, vol. 56, n° 1, 2016, p. 89.
- L. Quéré**, « Lutttes féministes autour du consentement. Héritages et impensés des mobilisations contemporaines sur la gynécologie », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 35, n° 1, 2016, p. 32.
- « Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique », *Droit et Société*, vol. 102, n° 2, 2019, p. 413.
- S. Raffard, C. Lebrun, Y. Laraki, D. Capdevielle**, « Validation of the French Version of the MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (MacCAT-T) in a French Sample of Individuals with Schizophrenia: Validation de la version française de l'instrument d'évaluation des compétences MacArthur-traitement (MacCAT-T) dans un échantillon français de personnes souffrant de schizophrénie », *Canadian Journal of Psychiatry/La revue canadienne de psychiatrie*, vol. 66, n° 4, 2021, p. 395.
- E. Ralser**, « La loi applicable au consentement à mariage », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 668.
- G. Raoul-Cormeil**, « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Dalloz, 2012, p. 151
- O. Razac**, « La matérialité de la surveillance électronique », *Déviance et Société*, vol. 37, n° 3, 2013, p. 389
- G. Resta**, « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 4, 2017, p. 1153.
- T. Revet**, « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau Code civil" », *D.*, 2019, p. 1011.
- J. Rivenbark, M. Ichou**, « Discrimination in healthcare as a barrier to care: experiences of socially disadvantaged populations in France from a nationally representative survey », *BMC Public Health*, vol. 20, article n° 31, 2020, p. 1.
- M. Roca i Escoda, P. Delage, N. Chetcuti-Osorovitz**, « Quand la critique féministe renouvelle le droit. Présentation du dossier », *Droit et Société*, 2018, vol. 99, n° 2, p. 277.
- J. Rochfeld**, « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC*, 2005, p. 257.
- « Contrat de responsabilité parentale », *RTD civ.*, 2006, p. 395.
- « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », *RDC*, 2008, p. 193.
- F. Rogue**, « Capacité et consentement au traitement de données à caractère personnel et au contrat », *AJ Contrat*, 2019, p. 370.
- D. Roman**, « A corps défendant », *D.*, 2007, p. 1284.
- « Le juge et la justice sociale », *Délibérée*, vol. 2, n° 2, 2017.
- F. Rouvière**, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », in *Le droit entre autonomie et ouverture : mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, dir. S. Cimamonti, L. Tranchant, J.-Y. Chérot, J. Trémeau, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 415.
- A. Rouvroy, Y. Pouillet**, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et virtualité*, K. Benyekhlef, P. Trudel (dir.), Montréal : Thémis, 2009, p. 157.
- S. Roux**, « La circulation internationale des enfants », in *Les marchés contestés : quand le marché rencontre la morale*, P. Steiner, M. Trespeuch (dir.), Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2014, p. 29.
- « The Colour of Family Happiness Adoption and the Racial Distribution of Children in Contemporary France, *Social Anthropology* », vol. 25 n° 4, 2017, p. 50.
- « In Their Best Interests. Diplomacy, Ethics, and Competition in The French World of Adoption », *French Politics, Culture & Society*, vol. 38, n° 3, 2020, p. 64.

- J. Rubellin-Devichi**, « Abandon, consentement à adoption et droit de rétractation », *RTD civ.*, 1990, p. 257.
- « La justice et les mariages blancs », *RFDA*, 1993, p. 166.
- C. Saas**, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015.
- S. Saetta**, « Contraindre, faire adhérer : le paradoxe du soin des auteurs d'infractions à caractère sexuel », in *Contrainte et consentement en santé mentale : Forcer, influencer, coopérer*, in B. Eyraud, L. Velpy, P. A. Vidal-Naquet (dir.), Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2018, 2022, p. 53.
- D. Salas**, « La zone grise du (non) consentement », *Cah. Just.*, vol. 4, no. 4, 2021, p. 559.
- P. Salvage-Gerest**, « L'enfant partie au jugement d'adoption : une fausse bonne idée », *AJ fam.*, 2014, p. 177.
- 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.
- P. Sauvegrain**, « La santé maternelle des "Africaines" en Île-de-France : racisation des patientes et trajectoires de soins », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 81.
- « Les parturientes "africaines" en France et la césarienne : analyses sociologiques d'un conflit de quatre décennies avec les équipes hospitalières », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 37, n° 3, 2013, p. 119.
- J. Savatier**, « Et in hora mortis nostrae : le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre », *Il Foro Italiano*, vol. 91, n° 6, 1968, p. 69.
- R. Savatier**, « L'insémination artificielle devant le droit positif français », *Cahiers Laennec*, 1946, p. 16.
- « De sanguine jus », *D.*, 1954, p. 141.
- « Le problème juridique des transplantations d'organes », *JCP G* 1969, I, 2247.
- S. Schreck**, « Décisions judiciaires et disciplinaires relatives aux plaintes pour viol et/ou agression sexuelle à l'encontre de professionnels de santé dans le cadre de leur exercice professionnel », *Kinésithérapie, la Revue*, vol. 23, n° 263, 2023, p. 42.
- L. Ségalant**, « Henri Caillavet, un homme, un franc-maçon, un législateur », *Humanisme*, vol. 300, n° 3, 2013, p. 94.
- A. Seifert**, « Le Code civil, le *bürgerliche Gesetzbuch* et les droits fondamentaux », in *Des liens et des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, M. Badel, S. Sana-Caillé de Néré (dir.), Paris : Dalloz, 2015, p. 859.
- M. J. Shen et al.**, « The Effects of Race and Racial Concordance on Patient-Physician Communication: A Systematic Review of the Literature », *Journal of Racial and Ethnic Health Disparities*, vol. 5, n° 1, 2018, p. 117.
- R. Sommers**, « Commonsense Consent », *Yale Law Journal*, vol. 129, n° 8, 2020, p. 2232.
- P.-A. Souchard**, « Au procès des deux dentistes marseillais : actes intentionnels, selon le parquet », *Dalloz actualité*, 8 avril 2022.
- K. Stoyanovitch**, « La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle, en France et aux États-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 8, n° 2, 1956, p. 264.
- A. Supiot**, « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles : Presses universitaires Saint-Louis, 1996, 2019, p. 631.
- « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 51.
- F. Swennen**, « Private Ordering in Family Law: A Global Perspective », in *Contractualisation of family law: global perspectives*, F. Swennen (dir.), Cham ; Heidelberg ; New York [etc.] : Springer, 2015, p. 52.
- J. Testart, É. Conan, J.-L. Schlegel**, « L'"effet Testart" trois ans après : Entretien avec Jacques Testart », *Esprit*, vol. 11, n° 156, 1989, p. 52.
- I. Théry**, « Le temps des recompositions », in *Familles : Permanence et métamorphoses*, J.-F. Dortier (dir.), Auxerre : Éditions Sciences Humaines, 2002, p. 55
- « Les ambiguïtés du modèle bioéthique français », *Esprit*, n° 11, 2010, p. 32.
- H. Thomas**, « Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social », *Raisons politiques*, vol. n° 6, n° 2, 2002, p. 37.
- Y. Thomas**, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, vol. 100, n° 3, 1998, p. 85.

- H. S. Thompson et al.**, « Factors Associated With Racial/Ethnic Group-Based Medical Mistrust and Perspectives on COVID-19 Vaccine Trial Participation and Vaccine Uptake in the US », *JAMA Network Open*, vol. 4, n° 5, 2021, e2111629.
- I. Tosi-Dupriet**, « Le consentement aux atteintes aux droits de la personnalité, un fait juridique : la doctrine Ancel », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, P. Deumier, O. Gout, D. Hiez, I. Maria, A. Prüm (dir.), Bruxelles : Larcier, 2021, p. 587.
- D. Truchet**, « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1995, p. 611.
- P. Türk**, « L'autodétermination informationnelle : un droit fondamental émergent ? », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 616.
- G. Tusseau**, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641.
- F. Vadillo**, « Liberté individuelle vs liberté personnelle : l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou la progressive reconnaissance d'un habeas corpus à la française », *LPA*, n° 80, 2015, p. 4.
- C. Vassy**, « Le consentement au dépistage de la trisomie 21 : une comparaison européenne », *Actualité et dossier en santé publique*, 2018, n° 105, p. 43.
- S. Veil**, « Entretien avec Brigitte Trillat », in *Abandon et adoption*, B. Trillat (dir.), Paris : Autrement, 1988, p. 98.
- T. Verheyde**, « Capacité ou non du majeur à protéger à exprimer sa volonté : des incohérences », *AJ fam.*, 2016, p. 236.
- F. Viangalli**, « Le consentement à la violence et la règle *volenti non fit injuria* dans la responsabilité civile », *Droits*, vol. n° 49, n° 1, 2009, p. 29.
- C. Vincent-Arnaud, J. Pélisse, A. Egea**, « Importations, diffusions et inflexions des *Legal Consciousness Studies* dans la recherche française », *Droit et Société*, vol. 100, n° 3, 2018, p. 665.
- L. Wallin, S. Uhnöo, Å. Wettergren, M. Bladini**, « Capricious credibility - legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements », *Nordic Journal of Criminology*, vol. 22, n° 1, 2021, p. 3.
- J. Walther**, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées - Perspectives comparées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal [actes du colloque organisé par l'équipe de recherche Louis Jossierand du Centre de droit pénal de l'Université Jean Moulin-Lyon 3 le 6 juin 2019]*, P. Mistretta, S. Papillon, C. Kurek (dir.), Paris : Dalloz, 2020, p. 17.
- L. Wegerstad**, « Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law », in *Consent and Sexual Offenses: Comparative Perspectives*, E. Hoven, & T. Weigend (dir.), Baden-Baden : Nomos, 2022, p. 119.
- « Sex Must Be Voluntary : Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden », *German Law Journal*, vol. 22, n° 5, 2021, p. 734.
- J. Whitman**, « The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty », *Yale Law Journal*, vol. 113, n° 6, 2004, p. 1151.
- E. Wiebe et al.**, « Assessment of capacity to give informed consent for medical assistance in dying: a qualitative study of clinicians' experience », *CMAJ Open*, vol. 9, n° 2, 2021, p. e358.
- R. Wintemute**, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in *La liberté sexuelle*, D. Borrillo, D. Lochak (dir.), Paris : Puf, 2005, p. 161.
- J. H. Wolf**, « Risk and Reputation: Obstetricians, Cesareans, and Consent », *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, vol. 73, n°1, 2018, p. 7.
- B. Xavier**, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 1, 2003, p. 123.
- M. Zancarini-Fournel**, « Contraception et avortement dans les Antilles françaises (Guadeloupe et Martinique, 1964-1975) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 50, 2019, p. 87.
- « Françoise Vergès, Le Ventre des femmes : capitalisme, racialisation, féminisme », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 50, 2019, p. 292.
- A. Zarca**, « La répression disciplinaire du harcèlement sexuel à l'université », *La Revue des droits de l'homme*, n° 12, 2017.
- L. Zevounou** (dir.), « Race et droit », *La revue des droits de l'homme*, 2021, n° 19.
- « Raisonner à partir d'un concept de "race" en droit français », *La revue des droits de l'homme*, 2021, n° 19.



**E. Zitelmann**, « Ausschluß der Widerrechtlichkeit », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 99, n° 1, 1906, p. 1.

**C. Zolynski, M. Le Roy, F. Levin**, « L'économie de l'attention saisie par le droit », *Dalloz IP/IT*, n° 11, 2019, p. 614.

« Chronique internationale. La stérilisation des déficients mentaux », *Cahiers Laennec*, n° 3, 1950, p. 55.

« Bureau Of Legal Medicine And Legislation », *Journal of the American Medical Association*, vol. 147, n° 3, 1951, p. 250.

« Parution du livret de préparation au mariage », *RJPF*, 2012, n° 5.

« Cookie walls : la CNIL publie des premiers critères d'évaluation », *Legipresse*, 2022, p. 318.

Dossier « La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs" », *Droits*, vol. 48, n° 2, 2008, et *Droits*, vol. 49, n° 1, 2009.

Dossier « Paternalisme libéral », *Raisons politiques* n° 4, 2011.

Dossier « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », *RFDA*, 2018, p. 201

Dossier « La justice de l'intime », *Cah. Just.*, n° 4, 2021.

### Articles de presse/podcast :

**N. Bastuck**, « Définir le viol par l'absence de consentement serait "un recul" », *Le Point*, 27 nov. 2023, en ligne : [https://www.lepoint.fr/societe/definir-le-viol-par-l-absence-de-consentement-serait-un-recul-27-11-2023-2544703\\_23.php#11](https://www.lepoint.fr/societe/definir-le-viol-par-l-absence-de-consentement-serait-un-recul-27-11-2023-2544703_23.php#11) (consulté le 19 janv. 2024).

**F. Béguin**, « Une pétition pour demander l'interdiction des relations sexuelles entre médecins et patients », *Le Monde* 27 mars 2018, en ligne : [https://www.lemonde.fr/sante/article/2018/03/27/une-petition-pour-demander-l-interdiction-des-relations-sexuelles-entre-medecins-et-patients\\_5276781\\_1651302.html](https://www.lemonde.fr/sante/article/2018/03/27/une-petition-pour-demander-l-interdiction-des-relations-sexuelles-entre-medecins-et-patients_5276781_1651302.html) (consulté le 11 janv. 2024).

**R. Bonnant**, « Covid 19. Vaccin, pass-sanitaire... Pourquoi s'obstinent-ils ? », *France 3 Régions*, 5 déc. 2021, en ligne : <https://france3-regions.francetvinfo.fr/bretagne/covid-19-vaccin-pass-sanitaire-pourquoi-s-obstinent-ils-2359336.html> (consulté le 29 janv. 2024).

**B. Busslinger**, « Le Conseil fédéral "regrette" les adoptions illégales des années 1980 », *Le Temps*, 14 déc. 2020, en ligne : <https://www.letemps.ch/suisse/berne/conseil-federal-regrette-adoptions-illegales-annees-1980>.

**O. Cayla**, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janv. 2003, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/2003/01/30/dignite-humaine-le-plus-flou-des-concepts\\_307378\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/2003/01/30/dignite-humaine-le-plus-flou-des-concepts_307378_1819218.html) (consulté le 11 janv. 2024).

**S. Cessou**, « Les Pays-Bas suspendent toutes les adoptions à l'étranger », *La Croix*, 12 févr. 2021, en ligne : <https://www.la-croix.com/Monde/Pays-Bas-suspendent-toutes-adoptions-letranger-2021-02-12-1201140318> (consulté le 11 janv. 2024).

**A. Chemin**, « Mariage religieux, mariage d'amour, libération sexuelle : les trois révolutions du consentement », *Le Monde*, 5 mars 2021, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/05/mariage-religieux-mariage-d-amour-liberation-sexuelle-les-trois-revolutions-du-consentement\\_6072030\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/05/mariage-religieux-mariage-d-amour-liberation-sexuelle-les-trois-revolutions-du-consentement_6072030_3232.html) (consulté le 31 janv. 2024).

**Collectif**, « Violences sexuelles : "Il est urgent de redéfinir pénalement le viol, dont la définition, en France, présuppose un consentement implicite" », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/violences-sexuelles-il-est-urgent-de-redefinir-penalement-le-viol-dont-la-definition-en-france-presuppose-un-consentement-implicite\\_6205335\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/violences-sexuelles-il-est-urgent-de-redefinir-penalement-le-viol-dont-la-definition-en-france-presuppose-un-consentement-implicite_6205335_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024).

**Collectif**, « Définition du viol : "Les argumentaires juridiques byzantins donnent un sentiment de déconnexion totale avec la souffrance des victimes" », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/definition-du-viol-les-argumentaires-juridiques-byzantins-donnent-un-sentiment-de-deconnexion-totale-avec-la-souffrance-des-victimes\\_6205422\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/definition-du-viol-les-argumentaires-juridiques-byzantins-donnent-un-sentiment-de-deconnexion-totale-avec-la-souffrance-des-victimes_6205422_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024).

**C. Cordonnier, P. Paillassa**, « Cneser disciplinaire : plus d'un tiers des enseignants mis en cause dans des affaires de VSS sont relaxés », *aefinfo.fr*, 3 mars 2023, modifié le 14 avr. 2023, en ligne : <https://www.aefinfo.fr/depeche/687920-cneser-disciplinaire-plus-d-un-tiers-des-enseignants-mis-en-cause-dans-des-affaires-de-vss-sont-relaxes> (consulté le 11 janv. 2024).

**A. Darsonville, F. Lavallière**, « Violences sexuelles : “La France doit inscrire le consentement au cœur de l’infraction de viol” », *Le Monde*, 22 nov. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/11/22/violences-sexuelles-la-france-doit-inscrire-le-consentement-au-c-ur-de-l-infraction-de-viol\\_6201653\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/11/22/violences-sexuelles-la-france-doit-inscrire-le-consentement-au-c-ur-de-l-infraction-de-viol_6201653_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024).

**P. Drouin**, « “Science sans conscience...” », *Le Monde*, 20 sept. 1986, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1986/09/20/science-sans-conscience\\_2929366\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1986/09/20/science-sans-conscience_2929366_1819218.html) (consulté le 11 janv. 2024).

**C. Ducourtieux**, « Entre deuil et déni, le scandale des adoptions forcées en Angleterre », *Le Monde* 18 juin 2022, modifié le 20 juin 2022, en ligne : [https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/06/18/entre-deuil-et-deni-le-scandale-des-adoptions-forcees-en-angleterre\\_6130956\\_4500055.html](https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/06/18/entre-deuil-et-deni-le-scandale-des-adoptions-forcees-en-angleterre_6130956_4500055.html) (consulté le 14 déc. 2023).

**C. Félix, A. Griessel**, « Comment une victime d’agressions sexuelles a obtenu réparation en justice, malgré la prescription des faits », *France Inter*, 29 nov. 2022, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/comment-une-victime-d-agressions-sexuelles-a-obtenu-reparation-en-justice-malgre-la-prescription-des-faits-4615700> (consulté le 31 janv. 2024).

**C. Forcari**, « Ancien ministre et législateur infatigable, Henri Caillavet est mort », *Libération*, 27 févr. 2013, en ligne : [https://www.liberation.fr/france/2013/02/27/ancien-ministre-et-legislateur-infatigable-henri-caillavet-est-mort\\_885195/?redirected=1](https://www.liberation.fr/france/2013/02/27/ancien-ministre-et-legislateur-infatigable-henri-caillavet-est-mort_885195/?redirected=1) (consulté le 11 janv. 2024).

**M. Garcia**, « Manon Garcia, philosophe : “Croire qu’il suffit de définir le viol par le non-consentement pour y mettre fin est illusoire” », *Le Monde*, 12 déc. 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/manon-garcia-philosophe-croire-qu-il-suffit-de-definir-le-viol-par-le-non-consentement-pour-y-mettre-fin-est-illusoire\\_6205429\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/12/12/manon-garcia-philosophe-croire-qu-il-suffit-de-definir-le-viol-par-le-non-consentement-pour-y-mettre-fin-est-illusoire_6205429_3232.html) (consulté le 19 janv. 2024).

**M.-A. Grard, C. Cadier, M.-C. Riot, M. Lasserre**, « Adoption : “La proposition de loi piétine le consentement des parents” », *La Croix*, 13 janv. 2022, en ligne : <https://www.la-croix.com/Debats/Adoption-proposition-loi-pietine-consentement-parents-2022-01-13-1201194642> (consulté le 11 janv. 2024).

**A. Guiton**, « Données personnelles : pourquoi Facebook et les autres annoncent-ils des mises à jour ? », *Libération*, 27 avr. 2018, en ligne : [https://www.liberation.fr/france/2018/04/27/donnees-personnelles-pourquoi-facebook-et-les-autres-annoncent-ils-des-mises-a-jour\\_1646316/](https://www.liberation.fr/france/2018/04/27/donnees-personnelles-pourquoi-facebook-et-les-autres-annoncent-ils-des-mises-a-jour_1646316/) (consulté le 29 janv. 2024).

**Ifop, Avaaz**, « Les Français et la notion de consentement dans la définition juridique d’un viol », *Ifop*, nov. 2023, en ligne : <https://www.ifop.com/publication/les-francais-et-la-notion-de-consentement-dans-la-definition-juridique-dun-viol/> (consulté le 19 janv. 2024).

**L. Lamant**, « Une loi féministe emblématique menace la coalition des gauches en Espagne », *Mediapart*, 12 févr. 2003, en ligne : <https://www.mediapart.fr/journal/international/120223/une-loi-feministe-emblematique-menace-la-coalition-des-gauches-en-espagne> (consulté le 2 févr. 2024).

**S. Lecherbonnier**, « Éducation à la sexualité : trois associations attaquent l’État pour “défaut de mise en œuvre de la loi” », *Le Monde*, 2 mars 2023, en ligne : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/03/02/education-a-la-sexualite-trois-associations-attaquent-l-État-pour-defaut-de-mise-en-uvre-de-la-loi\\_6163844\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/03/02/education-a-la-sexualite-trois-associations-attaquent-l-État-pour-defaut-de-mise-en-uvre-de-la-loi_6163844_3224.html) (consulté le 12 févr. 2024).

**K. Mettler**, « “No means no” to “yes means yes”: How our language around sexual consent has changed », *The Washington Post*, 15 févr. 2018, en ligne : <https://www.washingtonpost.com/news/soloish/wp/2018/02/15/no-means-no-to-yes-means-yes-how-our-language-around-sexual-consent-has-changed/> (consulté le 31 janv. 2024).

**D. Pouillard**, « Henri Caillavet, un législateur hors du commun », *Le Monde*, 27 févr. 2013, en ligne : [https://www.lemonde.fr/disparitions/article/2013/02/27/henri-caillavet-un-legislateur-hors-du-commun\\_1839757\\_3382.html](https://www.lemonde.fr/disparitions/article/2013/02/27/henri-caillavet-un-legislateur-hors-du-commun_1839757_3382.html) (consulté le 11 janv. 2024).

**E. Serrajordia**, « Violences sexuelles : une victime obtient réparation en justice malgré la prescription », *La Croix*, 30 nov. 2022, en ligne : <https://www.la-croix.com/France/Violences-sexuelles-victime-obtient-reparation-justice-malgre-prescription-2022-11-30-1201244477> (consulté le 12 janv. 2023).

**A. Simon, E. Supiot**, « Viol gynécologique : “Une perspective d’évolution de la loi pénale mérite d’être réfléchie” », *Le Monde*, 6 août 2022, en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/08/06/viol-gynecologique-une-perspective-d-evolution-de-la-loi-penale-merite-d-etre-reflechie\\_6137333\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/08/06/viol-gynecologique-une-perspective-d-evolution-de-la-loi-penale-merite-d-etre-reflechie_6137333_3232.html) (consulté le 12 janv. 2023).

« Trente-six “sages” pour examiner les problèmes moraux de la recherche biologique et médicale », *Le Monde*, 10 oct. 1983, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1983/10/10/trente-six-sages-pour-examiner-les-problemes-moraux-de-la-recherche-biologique-et-medicale\\_2833577\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1983/10/10/trente-six-sages-pour-examiner-les-problemes-moraux-de-la-recherche-biologique-et-medicale_2833577_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

« M. Mitterrand installe le Comité national d'éthique », *Le Monde*, 3 déc. 1983, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1983/12/03/m-mitterrand-installe-le-comite-national-d-ethique\\_2851820\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1983/12/03/m-mitterrand-installe-le-comite-national-d-ethique_2851820_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

**J.-Y. N.**, « Le “non” du professeur Testart », *Le Monde*, 10 sept. 1986, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1986/09/10/le-non-du-professeur-testart\\_2929074\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1986/09/10/le-non-du-professeur-testart_2929074_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

« Prédicateur et théologien. Le Père Michel Riquet est mort », *Le Monde*, 6 mars 1993, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/03/06/predicateur-et-theologien-le-pere-michel-riquet-est-mort\\_3915069\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/03/06/predicateur-et-theologien-le-pere-michel-riquet-est-mort_3915069_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

« La mort du Père Michel Riquet. Un rebelle discipliné », *Le Monde*, 7 mars 1993, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/03/07/religions-la-mort-du-pere-michel-riquet-un-rebelle-discipline\\_3915717\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/03/07/religions-la-mort-du-pere-michel-riquet-un-rebelle-discipline_3915717_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

« À tous prix », *Le Monde*, 21 avr. 1993, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/04/21/a-tous-prix\\_3916704\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/04/21/a-tous-prix_3916704_1819218.html) (consulté le 31 janv. 2024).

« “Sans oui, c’est non” : La bataille du consentement. », *Radio France*, 8 octobre 2018, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/cultures-monde/sans-oui-c-est-non-la-bataille-du-consentement-4429757> (consulté le 31 janv. 2024).

« Vaccination contre le Covid-19 : une fausse attestation de “consentement éclairé” circule sur les réseaux sociaux », *Radio France*, 2 juill. 2021, en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceinfo/podcasts/le-vrai-du-faux/vaccination-contre-le-covid-19-une-fausse-attestation-de-consentement-eclaire-circule-sur-les-reseaux-sociaux-3893438> (consulté le 29 janv. 2024).

## Avis, études et rapports officiels

**M.-O. Alnot, C. Labrusse-Riou, J. Mandelbaum**, *Les procréations artificielles : rapport préliminaire au Premier ministre*, Paris : La Documentation française, 1986.

**P. Amiel, A. Fagot-Largeault**, *Enquête sur les pratiques et conceptions de l’information et du recueil du consentement dans l’expérimentation sur l’être humain (convention MIRE n° 15-97)*, Paris, 2000.

**Y. Amsellem-Mainguy (coord.), C. Cheynel, A. Fouet**, *Entrée dans la sexualité des adolescent·e·s : la question du consentement. Enquête auprès des jeunes et des intervenant·e·s en éducation à la sexualité*, Rapport d’étude, INJEP, 2015.

**Australian Senate, Community Affairs References Committee**, *Commonwealth Contribution to Former Forced Adoption Policies and Practices*, Australie, 2012.

**C. Benoit à la Guillaume, S. Blaison, M.-L. Bouet-Simon, S. Dekens, C. Lohéac, A. Roussé**, *Plaidoyer pour l’adoption nationale. 10 propositions pour une mobilisation en faveur des enfants délaissés*, 2013.

**G. Braibant**, *Sciences de la vie : de l’éthique au droit*, rapport remis à la section du rapport et des études du Conseil d’État, Paris : La Documentation française, 1988.

**S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez**, *Synthèse — Le système juridique à l’ère de la contractualisation*, Mission de recherche Droit et Justice, 2014.

**CCNE**, *Avis sur les prélèvements de tissus d’embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, Avis n° 1, 22 mai 1984, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis001.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

- *Avis sur les essais de nouveaux traitements chez l’homme. Réflexions et propositions*, Avis n° 2, 9 oct. 1984, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis002.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

- *Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, Avis n° 8, 15 déc. 1986, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis008.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

- *Avis sur les recherches sur l'embryon soumises à moratoire depuis 1986 et qui visent à permettre la réalisation d'un diagnostic génétique avant transplantation*, Avis n° 19, 18 juill. 1990, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis019.pdf> (consulté le 2 févr. 2024)
- *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, Avis n° 58, 12 juin 1998, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis058.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).
- *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, Avis, n° 113, 10 févr. 2011.
- *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, Avis n° 129, 18 sept. 2018, en ligne : [https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis\\_129\\_vf.pdf](https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis_129_vf.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).
- *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, Avis n° 136, 15 avril 2021, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/Avis%20136.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).
- *Éthique et santé publique*, Avis n° 137, 20 mai 2021, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/Avis%20137.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).
- *Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité*, Avis n° 139, 13 sept. 2022, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2022-09/Avis%20139%20Enjeux%20%C3%A9thiques%20relatifs%20aux%20situations%20de%20fin%20de%20vie%20-%20autonomie%20et%20solidarit%C3%A9.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).
- *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques ou touchant à l'intimité*, Avis n° 142, 16 févr. 2023, en ligne : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2023-03/Avis%20142%20Finalis%C3%A9.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).
- CE**, *Rapport public 2008. [Vol. 2], Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris : La Documentation française, 2008.
- *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014.
- *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018.
- *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 2019.
- *Avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, 2020.
- CEPD**, *Déclaration du comité européen de la protection des données sur la révision de la directive ePrivacy et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques*, 25 mai 2018.
- *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avr. 2020.
- *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, 4 mai 2020.
- *Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce*, 17 janv. 2023.
- *Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*, version 2.0, 14 févr. 2023.
- CESE**, *Rapport de la Convention Citoyenne sur la fin de vie*, 2023.
- CGLPL**, *L'intimité au risque de la privation de liberté*, Paris : Dalloz, 2022.
- S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez**, *Synthèse - Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, Mission de recherche Droit et Justice, 2008.
- CIIVISE**, *Violences sexuelles faites aux enfants : « on vous croit »*, 2023, en ligne : <https://www.ciivise.fr/le-rapport-public-de-la-ciivise/> (consulté le 16 décembre 2023).
- Committee on Government Operations of the United States Senate, Committee on Government Operations of the House Of Representatives, Subcommittee on Government Information and Individual Rights**, *Legislative History Of The Privacy Act Of 1974 S. 3418 (Public Law 93-579)*. *Source Book On Privacy*, U.S. Government Printing Office : Washington, 1976.
- CNCDH**, *Avis concernant les projets de loi sur la bioéthique*, Avis, 11 juin 1992.
- *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, Avis, 16 avr. 2015.
- *Agir contre les maltraitements dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, Avis, 22 mai 2018.
- *Protection de la vie privée à l'ère du numérique*, Avis, 22 mai 2018.

— *Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance*, Avis n° A-2020-8, 26 mai 2020.

**CNIL**, *Rapport de la commission « Informatique et libertés »*, dit « Rapport Tricot », Paris : La Documentation française, 1975.

**CNOM**, Chambre disciplinaire, *Rapport annuel d'activité de la juridiction ordinaire*, 2019

**CNPE**, *Rapport sur l'adoption de Mme Monique Limon, députée et de Mme Corinne Imbert, sénatrice*, 2020, Avis n° 2020-2, en ligne : [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis2020-2\\_rapportlimonimbert.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis2020-2_rapportlimonimbert.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

— *Avis relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées à l'étranger*, 2021, Avis n° 2021-7, en ligne : [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis\\_2021-7\\_accès\\_aux\\_origines.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_2021-7_accès_aux_origines.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**CNS**, *L'accès confidentiel des mineurs adolescents aux soins. Rapport suivi d'un avis et de recommandations*, 2000.

**Committee on the Rights of the Child, Committee on Enforced Disappearances, Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-recurrence, Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance**, *Joint statement on illegal intercountry adoptions*, 2022.

**Conseil de l'Europe, CEDH**, *Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Protection des données*, 2022, en ligne : [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Data\\_protection\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_FRA.pdf) (consulté le 29 janv. 2024).

**Conseil fédéral suisse**, *Adoptions illégales d'enfants du Sri Lanka : étude historique, recherche des origines, perspectives. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 17,418 I Ruiz Rebecca du 14.12.2017*, Suisse, 2020.

**Committee investigating intercountry adoption**, *Consideration, Analysis, Conclusions, Recommendations and Summary*, Pays-Bas, 2021.

**Cour des comptes**, *L'ordre des médecins*, 2019.

— *Chambres régionales et territoriales des comptes, La protection de l'enfance. Une politique inadaptée*, 2020.

**Déf. droits**, *L'adoption et l'intérêt supérieur de l'enfant : Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant »*, 2013.

— *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice*, 2013.

— *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant. L'enfant et sa parole en justice. Synthèse*, 2013.

— *Rapport annuel sur les droits de l'enfant 2020, Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, 2020.

— *Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD*, 2021.

— *Rapport annuel 2022 sur les droits de l'enfant 2022. La vie privée : un droit pour l'enfant*, 2022.

**Y. Denéchère, F. Macedo**, *Étude historique sur les pratiques illicites dans l'adoption internationale en France*, Université d'Angers, 2023.

**A. Fagot-Largeault, P. Amiel**, *Enquête sur les pratiques et conceptions de l'information et du recueil du consentement dans l'expérimentation sur l'être humain*, Mission recherche, Collège de France, 2000.

**G. Fenech**, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Ministère de la Justice, 2005.

**GREVIO**, *Rapport d'évaluation de référence France*, 2019.

**A. Gouttenoire, I. Corpart**, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Ministère de la Famille, 2014.

**G29**, *Avis 15/2011 sur la définition du consentement*, Avis n° WP 187, 13 juill. 2011, en ligne : [https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp187\\_fr.pdf](https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp187_fr.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

— *Avis 03/2016 sur l'évaluation et la révision de la directive « vie privée et communication électroniques » (2002/58/CE)*, Avis n° WP 240, 19 juill. 2016.

— *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679*, WP 259, 28 novembre 2017, version révisée et adoptée le 10 avril 2017.

**HCE**, *Rapport relatif à l'éducation à la sexualité : répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes-hommes*, Rapport n°2016-06-13-SAN-021, 2016.

— *Les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des remarques aux violences, la nécessité de reconnaître, prévenir et condamner le sexisme*, Rapport n°2018-06-26-SAN-034, 2018.

— *Avis sur la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. Cinq ans après : renforcer et harmoniser sa mise en œuvre pour répondre aux urgences sur le terrain*, Avis n° 2021-05-19— VIO-48, 19 mai 2021, en ligne : [https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/avis - loi du 13 avril 2016 - cinq ans apres. renforcer et harmoniser la mise en oeuvre pour repondre aux urgences sur le terrain.pdf](https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/avis_-_loi_du_13_avril_2016_-_cinq_ans_apres_renforcer_et_harmoniser_la_mise_en_oeuvre_pour_repondre_aux_urgences_sur_le_terrain.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**D. Higgins**, *Impact of past adoption practices: Summary of key issues from Australian research, Final Report*, rapport remis au Australian Government Department of Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs, Australie, 2010.

**House of Commons, House of Lords, Joint Committee on Human Rights**, *The Violation of Family Life: Adoption of Children of Unmarried Women 1949–1976*, HC 270, HL Paper 43, Royaume-Uni, 2022.

**IGESR**, *Éducation à la sexualité en milieu scolaire*, rapport 2021-149, 2021.

**INED**, *Enquête Virage*, 2015, en ligne : [https://virage.site.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/29712/plaquette2.result.virage.2020\\_violences.vie.entiere.fr.pdf](https://virage.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29712/plaquette2.result.virage.2020_violences.vie.entiere.fr.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**N. Lenoir, B. Sturlèse**, *Aux frontières de la vie*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation française, 1991.

**J.-F. Mattei, M. Gaüzère**, *La vie en questions : pour une éthique biomédicale*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation française, 1994.

**Ministère de la Justice**, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 2017.

— *L'adoption en 2018*, 2020.

— *Le délaissement parental en 2018*, 2020.

**Ministère de la transformation et de la fonction publiques**, *Les sciences comportementales au service de la transformation publique*, non daté.

**ONPE**, *La situation des pupilles de l'État. Enquête au 31 décembre 2021*, 2023.

— *Ecouter pour agir. La participation collective des enfants protégés*, 2023.

**J.-P. Rosenczveig, D. Youf, F. Capelier**, *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Ministère de la famille, 2014.

**Service statistique ministériel de la sécurité intérieure**, *Rapport d'enquête « Cadre de vie et sécurité » 2019*, 2019, en ligne : <https://www.interieur.gouv.fr/Interstats/L-enquete-Cadre-de-vie-et-securite-CVS/Rapport-d-enquete-Cadre-de-vie-et-securite-2019> (consulté le 2 févr. 2024).

**Service statistique ministériel de la sécurité intérieure, Eurostat**, *Panorama des violences en France métropolitaine. Enquête Genese 2021*, 2022.

**I. Théry**, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* : rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Paris : Odile Jacob, 1998.

**I. Théry, A.-M. Leroyer**, *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* : rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, Ministère des affaires sociales et de la santé, Paris : Odile Jacob, 2014.

**United Nations, Department of Economic and Social Affairs**, *Guidelines for Producing Statistics on Violence against Women*, 2014.

**United States Department of Justice**, *Overview of the Privacy Act of 1974*, 2020, en ligne : <https://www.justice.gov/opcl/overview-privacy-act-1974-2020-edition> (consulté le 31 janv. 2024).

**J. H. A. Van Loon**, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger*, Document préliminaire n° 1 d'avril 1990.

**P. Vitale, W. Bertile, P. Eve, G. Gauvin**, *Étude de la transplantation de mineurs de La Réunion en France hexagonale (1962-1984)*, 10 avril 2018.

**C. Vigour (dir.)**, *Les rapports des citoyen·nes face à la justice. Expériences, représentations et réceptions*, Rapport final de recherche, juin 2021.

*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique*, 22 juin 2000, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000217229/> (consulté le 27 janv. 2023).

*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données*

*personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*, 13 déc. 2018.

*Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juill. 2019, en ligne : [https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/ei\\_art\\_39\\_2019/ei\\_ssax19172111\\_bioethique\\_cm\\_24.07.2019.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/ei_art_39_2019/ei_ssax19172111_bioethique_cm_24.07.2019.pdf) (consulté le 27 janv. 2023).

*Étude d'impact, Projet de loi confortant le respect des principes de la République*, 8 déc. 2020, en ligne : [https://www.assembleenationale.fr/dyn/15/textes/115b3649\\_etudeimpact.pdf](https://www.assembleenationale.fr/dyn/15/textes/115b3649_etudeimpact.pdf) (consulté le 27 mai 2022).

## Rapports parlementaires

### Assemblée nationale

**L. Avia et D. Paris**, *Rapport n° 1396 et 1397, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, Assemblée nationale, 9 nov. 2018, t. 1, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b1396-t1\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b1396-t1_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.—L. Touraine**, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 1, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csbioeth/115b2243-ti\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csbioeth/115b2243-ti_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**P. Berta, C. Dubost, J.-F. Éliaou, L. Romeiro Dias, H. Saulignac et J.—L. Touraine**, *Rapport n° 2243, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, Assemblée nationale, 14 sept. 2019, t. 2, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csbioeth/115b2243-tii\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csbioeth/115b2243-tii_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**B. Bioulac**, *Rapport d'information n° 2565, déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales et la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'Administration générale de la République : sur la bioéthique*, Assemblée nationale, 18 févr. 1992.

**B. Bioulac**, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 1.

**B. Bioulac**, *Rapport n° 2871, fait au nom de la commission spéciale, sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 30 juin 1992, t. 2.

**F. Boudié**, *Rapport n° 3797, fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner le projet de loi n° 3646 rect., après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République*, Assemblée nationale, 25 janv. 2021, t. 1, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csprincprep/115b3797\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csprincprep/115b3797_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**F. Boudié**, *Rapport n° 3797, fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner le projet de loi n° 3646 rect., après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République*, Assemblée nationale, 25 janv. 2021, t. 2, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csprincprep/115b3797-tii\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/csprincprep/115b3797-tii_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**É. Blessig**, *Rapport n° 3557, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 3462 portant réforme de la*

*protection juridique des majeurs*, Assemblée nationale, 10 janv. 2007, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3557.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**B. Couillard**, *Rapport n° 2587, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 2478, après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales*, Assemblée nationale, 15 janv. 2020, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b2587\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b2587_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**C. Estrosi**, *Rapport n° 508, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le sénat après déclaration d'urgence n° 381, pour la sécurité intérieure*, n° 508, Assemblée nationale, 18 déc. 2002, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0508.asp#P907\\_252524](https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0508.asp#P907_252524) (consulté le 31 janv. 2024).

**C. Evin, B. Charles, J.-J. Denis**, *Rapport n° 3263, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi n° 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Assemblée nationale, 18 sept. 2001, vol. 1, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r3263-11.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**É. Fajgeles**, *Rapport n° 857, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 714, après engagement de la procédure accélérée, pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, Assemblée nationale, 9 avr. 2018, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b0857\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0857_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**A. Firmin Le Bodo**, *Rapport n° 1450, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur la proposition de loi n° 1326 visant à améliorer la santé visuelle des personnes âgées en perte d'autonomie*, Assemblée nationale, 28 nov. 2018, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1450\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1450_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**P. Forteza**, *Rapport n° 592, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 490 relatif à la protection des données personnelles*, Assemblée nationale, 25 janv. 2018, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b0592\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0592_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**J.-P. Garaud**, *Rapport n° 1899, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi pénitentiaire n° 1506, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence*, Assemblée nationale, 8 sept. 2009, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1899.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**G. Geoffroy**, *Rapport n° 2293, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi n° 2121 de Mme Danielle Bousquet, M. Guy Geoffroy et plusieurs de leurs collègues renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, Assemblée nationale, 10 févr. 2010, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2293.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**G. Gouzès**, *Rapport n° 3526, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 3250 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Assemblée nationale, 9 janv. 2002, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r3526.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**M. Lignières-Cassou**, *Rapport n° 2726, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 2605 relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Assemblée nationale, 15 nov. 2000, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2726.asp> (consulté le 31 janv. 2024).

**M. Limon**, *Rapport n° 3590, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3161 visant à réformer l'adoption*, Assemblée nationale, 23 nov. 2020, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b3590\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b3590_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**A. Louis**, *Rapport n° 938, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 778 renforçant la lutte contre les*



*violences sexuelles et sexistes*, Assemblée nationale, 10 mai 2018, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b0938\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0938_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**A. Louis**, *Rapport n° 3939, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 3796, adoptée par le Sénat, visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels*, Assemblée nationale, 3 mars 2021, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b3939\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b3939_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**L. Neuwirth**, *Rapport n° 328, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur les propositions de loi n° 34 et 231 tendant à modifier les articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1920 concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, Assemblée nationale, 15 juin 1967.

**M. Pinville**, *Rapport n° 2155, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1994 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, Assemblée nationale, 17 juill. 2014, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r2155.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**S. Rist et T. Mesnier**, *Rapport n° 1767, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1681 relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé*, Assemblée nationale, 14 mars 2019, vol. 2, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1767-vii\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1767-vii_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**S. Rist et T. Mesnier**, *Rapport n° 1767, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 1681 relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé*, Assemblée nationale, 14 mars 2019, vol. 3, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1767-viii\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-soc/115b1767-viii_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**B. Studer**, *Rapport n° 2651, fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi n° 2519 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Assemblée nationale, 5 févr. 2020, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b2651\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b2651_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**B. Studer**, *Rapport n° 3380, fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi n° 3133, modifiée par le Sénat, visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Assemblée nationale, 29 sept. 2020, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b3380\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/115b3380_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**L. Vanceunebrock**, *Rapport n° 4501, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 4021 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne*, Assemblée nationale, 29 sept. 2021, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b4501\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b4501_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**P. Vignal**, *Rapport n° 4921, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi n° 4853 relative au choix du nom issu de la filiation*, Assemblée nationale, 19 janv. 2022, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b4921\\_rapport-fond.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b4921_rapport-fond.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

#### Sénat

**J. Auburtin**, *Rapport n° 58, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur la proposition de loi n° 436 de M. Henri Caillavet tendant à permettre les prélèvements d'organes dès la constatation du décès*, Sénat, 16 nov. 1976, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1976-1977/i1976\\_1977\\_0058.pdf](https://www.senat.fr/rap/1976-1977/i1976_1977_0058.pdf) (consulté le 15 déc. 2023).

**J. Bigot et A. Reichardt**, *Rapport d'information n° 663, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la responsabilité civile*, Sénat, 22 juill. 2020, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r19-663/r19-6631.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**G. Cabanel**, *Rapport n° 230, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 66, adopté par*

*l'Assemblée nationale, relatif au corps humain*, Sénat, 12 janv. 1994, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993\\_1994\\_0230.pdf](https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993_1994_0230.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**J. Chérioux**, *Rapport n° 236, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 67, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal ainsi qu'au comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, Sénat, 12 janv. 1994, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993\\_1994\\_0236.pdf](https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993_1994_0236.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**H. de Richemont**, *Rapport n° 228 au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression et sur la proposition de loi relative à la lutte contre les violences au sein des couples*, Sénat, 8 mars 2005, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/104-228/104-2281.pdf>.

**H. de Richemont**, *Rapport n° 212, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 172, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Sénat, 7 févr. 2007, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/106-212/106-2121.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**J.-R. Hugonet**, *Rapport n° 532, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, sur la proposition de loi n° 317, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, Sénat, 17 juin 2020, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/119-532/119-5321.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**C. Huriet**, *Rapport n° 19, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur la proposition de loi n° 286 rect. bis, relative aux essais chez l'Homme d'une substance à visée thérapeutique ou diagnostique*, Sénat, 11 oct. 1988, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1988-1989/i1988\\_1989\\_0019.pdf](https://www.senat.fr/rap/1988-1989/i1988_1989_0019.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**C. Jolibois**, *Rapport n° 49, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 11, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes, et sur la proposition de loi n° 360 de M. Serge Mathieu relative à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs*, Sénat, 22 oct. 1997, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/197-049/197-049.html> (consulté le 2 févr. 2024).

**L. Jozeau-Marigné**, *Rapport n° 134, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 92, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme de l'adoption*, Sénat, 24 mai 1966, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1965-1966/i1965\\_1966\\_0134.pdf](https://www.senat.fr/rap/1965-1966/i1965_1966_0134.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**L. Jozeau-Marigné**, *Rapport n° 237, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 201, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme du droit des incapables majeurs*, Sénat, 9 mai 1967, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1966-1967/i1966\\_1967\\_0237.pdf](https://www.senat.fr/rap/1966-1967/i1966_1967_0237.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**E. Le Bellegou, M. Molle**, *Rapport n° 282, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi n° 251, adopté par l'Assemblée nationale, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, Sénat, 12 juin 1970.

**J. Mézard**, *Rapport n° 120, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 114, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'interruption volontaire de grossesse*, Sénat, 6 déc. 1974, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1974-1975/i1974\\_1975\\_0120.pdf](https://www.senat.fr/rap/1974-1975/i1974_1975_0120.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**R. Schwint**, *Rapport n° 62, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi n° 257, adopté par l'Assemblée nationale, modifiant la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances*, Sénat, 24 oct. 1974, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1974-1975/i1974\\_1975\\_0062.pdf](https://www.senat.fr/rap/1974-1975/i1974_1975_0062.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**E. Tailhades**, *Rapport n° 442, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi n° 324 en vue de protéger les femmes contre le viol, sur la proposition de loi n° 381 sur la prévention et la répression du viol et sur la proposition de loi n° 445 relative à la protection des victimes d'agressions sexuelles et*

notamment de viol, Sénat, 15 juin 1978, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1977-1978/i1977\\_1978\\_0442.pdf](https://www.senat.fr/rap/1977-1978/i1977_1978_0442.pdf) (consulté le 2 février 2024).

**A. Türk**, *Rapport n° 209, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 68, adopté par l'Assemblée nationale, relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Sénat, 21 déc. 1993, en ligne : [https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993\\_1994\\_0209.pdf](https://www.senat.fr/rap/1993-1994/i1993_1994_0209.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

**A. Türk**, *Rapport n° 218, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, sur le projet de loi n° 203, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Sénat, 19 mars 2003, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/102-218/102-2181.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**F. Zocchetto**, *Rapport n° 30, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi n° 23, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, Sénat, 19 oct. 2005, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/105-030/105-0301.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

#### *Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*

**F. Sérusclat**, *Rapport n° 2588 (AN) et n° 262 (Sénat) sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, OPESCT, 28 févr. 1992, t. 1, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r91-262-1/r91-262-11.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**F. Sérusclat**, *Rapport n° 2588 (AN) et n° 262 (Sénat) sur les sciences de la vie et les droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française ?*, OPESCT, 28 févr. 1992, t. 2, en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r91-262-2/r91-262-21.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

#### Comptes-rendus des débats parlementaires

##### *Sénat*

JO Sénat, n° 5, séance du 22 janv. 1963, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1963/01/s19630122\\_0103\\_0126.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1963/01/s19630122_0103_0126.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 8, séance du 6 mai 1965, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1965/05/s19650506\\_0173\\_0220.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1965/05/s19650506_0173_0220.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 22, séance du 1<sup>er</sup> juin 1966, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601\\_0669\\_0700.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601_0669_0700.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 17, séance du 14 avr. 1976, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1976/04/s19760414\\_0527\\_0558.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1976/04/s19760414_0527_0558.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 79, séance du 18 nov. 1976, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1976/11/s19761118\\_3277\\_3331.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1976/11/s19761118_3277_3331.pdf) (consulté le 15 déc. 2023).

JO Sénat n° 77, séance du 17 nov. 1977, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1977/11/s19771117\\_2747\\_2818.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1977/11/s19771117_2747_2818.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 50, séance du 27 juin 1978, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1978/06/s19780627\\_1745\\_1814.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1978/06/s19780627_1745_1814.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 51, séance du 28 juin 1978, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1978/06/s19780628\\_1815\\_1869.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1978/06/s19780628_1815_1869.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 20, séance du mercredi 12 oct. 1988, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1988/10/s19881012\\_0531\\_0570.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1988/10/s19881012_0531_0570.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 9, séance du 21 janv. 1994, en ligne : [https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1994/01/s19940121\\_0417\\_0436.pdf](https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1994/01/s19940121_0417_0436.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 57, séance du 29 oct. 1997, en ligne : [https://www.senat.fr/seances/s199710/s19971029/s19971029\\_mono.html#chap4](https://www.senat.fr/seances/s199710/s19971029/s19971029_mono.html#chap4) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 58, séance du 30 oct. 1997, en ligne : [https://www.senat.fr/seances/s199710/s19971030/s19971030\\_mono.html](https://www.senat.fr/seances/s199710/s19971030/s19971030_mono.html) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat, n° 25 séance du 31 mars 1998, en ligne : [https://www.senat.fr/seances/s199803/s19980331/s19980331\\_mono.html](https://www.senat.fr/seances/s199803/s19980331/s19980331_mono.html) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 32, séance du 1<sup>er</sup> avr. 2003, en ligne : [https://www.senat.fr/seances/s200304/s20030401/s20030401\\_mono.html](https://www.senat.fr/seances/s200304/s20030401/s20030401_mono.html) (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 4, séance du 24 janv. 2006, en ligne : <https://www.senat.fr/seances/s200601/s20060124/s20060124.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JO Sénat n° 67, séance du 5 juill. 2018, en ligne : <https://www.senat.fr/seances/s201807/s20180705/s20180705.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

### *Assemblée nationale*

JOAN n° 28, séance du 14 mars 1952, en ligne : [http://4e.republique.jo-an.fr/page/1952\\_p1321.pdf](http://4e.republique.jo-an.fr/page/1952_p1321.pdf) (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 26 juin 1965, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/2/cri/1964-1965-ordinaire2/069.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 60, 3<sup>e</sup> séance du 1<sup>er</sup> juill. 1967, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/3/cri/1966-1967-ordinaire2/074.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 41, 1<sup>re</sup> séance du 27 mai 1970, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/4/cri/1969-1970-ordinaire2/033.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 42, 2<sup>e</sup> séance du 28 mai 1970, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/4/cri/1969-1970-ordinaire2/036.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 20, 2<sup>e</sup> séance du 28 juin 1974, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1973-1974-ordinaire2/020.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 120, séance du 8 déc. 1976, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1976-1977-ordinaire1/082.pdf> (consulté le 15 déc. 2023).

JOAN n° 79, 1<sup>re</sup> séance du 4 oct. 1977, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1977-1978-ordinaire1/002.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 114, 2<sup>e</sup> séance du 29 nov. 1979, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/6/cri/1979-1980-ordinaire1/091.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 11, 2<sup>e</sup> séance du 11 avr. 1980, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/6/cri/1979-1980-ordinaire2/010.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 49, 1<sup>re</sup> séance du 23 nov. 1988, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1988-1989-ordinaire1/073.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 94, 1<sup>re</sup> séance du 19 nov. 1992, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/081.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 95, 2<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/084.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 95, 3<sup>e</sup> séance du 20 nov. 1992, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/9/cri/1992-1993-ordinaire1/085.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 20, 1<sup>re</sup> séance du 19 avr. 1994, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/10/cri/1993-1994-ordinaire2/015.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 27, 1<sup>re</sup> séance du 28 mars 2000, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/1999-2000-ordinaire1/165.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/2000-2001-ordinaire1/080.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 97, 1<sup>re</sup> séance du 30 nov. 2000, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/2000-2001-ordinaire1/080.pdf> (consulté le 15 déc. 2023).

JOAN n° 97, 2<sup>e</sup> séance du 30 nov. 2000, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/pdf/20010081%20%202e%20S%C3%89ANCE%20DU%2030%20NOVEMBRE%202000.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 54, 2<sup>e</sup> séance du 3 oct. 2001, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/2001-2002-ordinaire1/006.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 55, 1<sup>re</sup> séance du 4 oct. 2001, en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/11/cri/2001-2002-ordinaire1/007.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 107, 1<sup>re</sup> séance du 13 déc. 2005, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/cri/2005-2006/20060098.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 13, 1<sup>re</sup> séance du 21 févr. 2006, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/cri/2005-2006/20060144.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 48, 1<sup>re</sup> séance du 16 mai 2018, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2017-2018/premiere-seance-du-mercredi-16-mai-2018.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 101, 2<sup>e</sup> séance du 27 sept. 2019, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/2e-session-extraordinaire-de-2018-2019/deuxieme-seance-du-vendredi-27-septembre-2019.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 144, 2<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2020-2021/deuxieme-seance-du-vendredi-04-decembre-2020.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 144, 3<sup>e</sup> séance du 4 déc. 2020, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2020-2021/troisieme-seance-du-vendredi-04-decembre-2020.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 33, 1<sup>re</sup> séance du 15 mars 2021, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2020-2021/premiere-seance-du-lundi-15-mars-2021.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 33, 2<sup>e</sup> séance du 15 mars 2021, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2020-2021/deuxieme-seance-du-lundi-15-mars-2021.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 12, 2<sup>e</sup> séance du 17 janv. 2022, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2021-2022/deuxieme-seance-du-lundi-17-janvier-2022.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

JOAN n° 13, séance du 18 janv. 2022, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2021-2022/seance-du-mardi-18-janvier-2022.pdf> (consulté le 2 févr. 2024).

**Assemblée nationale**, *Compte rendu de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 38, 11 sept. 2019, en ligne : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/csbioeth/115csbioeth1819038\\_compte-rendu.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/csbioeth/115csbioeth1819038_compte-rendu.pdf) (consulté le 1<sup>er</sup> févr. 2024).

# JURISPRUDENCE ET DÉLIBÉRATIONS

## Jurisprudence interne

### Jurisprudence constitutionnelle

**Cons. const., 27 juill. 1994**, n° 94-343/344 DC, *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*.

**Cons. const., 9 nov. 1999**, n° 99-419 DC, *Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021* : D. 2000. 424, obs. S. Garneri ; JCP 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. B. Mathieu, M. Verpeaux ; LPA 2000, n° 148. 11, chron. B. Mathieu ; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre, B. Fages ; RTD civ. 2000. 870, obs. T. Revet ; LPA 1999, n° 239. 6, note Schoettl.

**Cons. const., 13 mars 2003**, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*.

**Cons. const., 20 nov. 2003**, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* : RFDC 2004. 96, note Domingo ; D. 2004. 1278, note B. Domingo ; RDP 2004. 275, note F. Ferrand ; JCP 2003. IV. 2169, note N. Guimezanes ; AJDA 2004. 599, note O. Lecucq ; LPA 2004, note L. Baghestani-Perrey, L. Janicot, B. Mathieu, M. Verpeaux ; LPA 2004, note J. E. Schoettl ; JCP 2003. IV. 2249, obs. J.-C. Zarka.

**Cons. const., 29 juill. 2004**, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* : Comm. com. électr. 2004, comm. 108, C. Caron ; Comm. com. électr. 2004, comm. 146, A. Lepage ; LPA 2005, n° 246. 5, B. Mathieu, M. Verpeaux ; LPA 2004, n° 160. 8, J.-E. Schoettel.

**Cons. const., 8 déc. 2005**, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* : LPA 2006, n° 92. 3, L. Janicot, A.-L. Valembois, L. Baghestani-Perrey ; D. 2006. 966, note F. Rouvillois ; Gaz. Pal. 2005, n° 354. 9, note J.-E. Schoettl.

**Cons. const., 9 août 2007**, n° 2007-554 DC, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* : D. 2008. 2025, obs. V. Bernaud, L. Gay ; RSC 2008. 136, obs. B. de Lamy. LPA 2008, n° 76. 6, note L. Janicot, A.-L. Cassard-Valembois, L. Baghestani-Perrey ; LPA 2008, n° 75. 5, note L. Janicot, A.-L. Cassard-Valembois, L. Baghestani-Perrey ; AJDA 2008. 594, obs. A. Jennequin.

**Cons. const., 26 nov. 2010**, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*

**Cons. const., 20 avr. 2012**, n° 2012-235 QPC, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* : JCP G, 2012. 1233, chron. C. Byk ; LEFP 2012, n° 6. 6, A. Cerf-Hollender ; Dr. famille 2012, n° 7-8. 1, I. Maria ; JCP G 2013. 1595, chron. B. Mathieu, M. Verpeaux, A. Macaya ; JCP Adm. 2012, n° 26. 1, note E. Péchillon.

**Cons. const., 29 juin 2012**, n° 2012-260 QPC, *M. Roger D.* : Dr. famille 2012, comm. 136, M. Bruggeman ; Dr. adm. 2013, n° 61, note C. Castaing ; RTD civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. famille 2012, n° 128, note I. Maria ; JCP A 2013. 2230, note E. Péchillon ; AJDA 2012. 855 ; LEFP 2012, n° 8. 4, G. Raoul-Corneil ; D. 2012. 1899, obs. G. Raoul-Corneil ; AJ fam. 2012. 1899, obs. Verheyde.

**Cons. const., 22 juin 2012**, n° 2012-261 QPC, *M. Thierry B.* : AJ fam. 2012. 466, obs. F. Chénéde ; Procédures 2012, comm. 287, M. Douchy-Oudot ; LPA 2013, n° 30. 4, G. Drago ; RTD civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. famille 2012, n° 132, note V. Larribau-Terneyre ; JCP G 2013. 1595, chron. B. Mathieu, M. Verpeaux, A. Macaya.

**Cons. const. 19 sept. 2014**, n° 2014-412 QPC, *M. Laurent D.* : Comm. com. électr. 2015, comm. 7, A. Debet ; LEFP 2014, n° 11. 3, J.-M. Larralde ; Dr. pén. 2014, n° 12, chron. 11, A. Lepage ; JCP 2014, n° 48. 2175, chron. B. Mathieu ; JCP 2016, n° 11. 527, chron. B. Mathieu, M. Verpeaux, A. Macaya ; N3C 2015, n° 46. 123, chron. V. Peltier ; LPA 2015, n° 58. 5, chron. V. Tellier-Cayrol, J. —E. Gicquel, P. Jan ; LPA 2015, n° 243. 6, chron. M. Verpeaux ; D. 2014. 1826 ; AJDA 2014. 1798.

**Cons. const., 20 mars 2015**, n° 2015-458, *Époux L.*

**Cons. const., 1<sup>er</sup> févr. 2019**, n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres* : Dr. pénal 2019. comm. 63, P. Conte ; AJ pénal 1330, obs. Debaets et Jacquinet ; Dalloz actualité 5 févr. 2019, obs. Goetz ; AJ pénal 2019. 210, obs. Kurek ; RSC 2019. 85, obs. Y. Mayaud ; JCP 2019. 202,

note P. Mistretta ; *D.* 2020. 850, obs. M. Pichard ; *Constitutions* 2019. 83, A. Ponselle ; *Constitutions* 2018. 605 ; *D.* 2019. 202.

**Cons. const., 21 mars 2019**, n° 2018-768 QPC, *M. Adama S.* : *Dr. famille* 2019, n° 135, note P. Bonfils ; *AJ fam.* 2019. 222, obs. C. Bouix ; *RDSS* 2019. 453, note A.-B. Caire ; *AJDA* 2019. 1448, note T. Escach-Dubourg ; *D.* 2019.709, obs. H. Fulchiron ; *Dr. famille* 2019, n° 107, note H. Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 2019. 972, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2019. 742, note P. Parinet.

**Cons. const., 11 mai 2020**, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* : *AJCT* 2020. 220, obs. F. Benech ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 20. 16, note J.-E. Gicquel ; *LEFP* 2020, n° 6. 1, obs. J.-M. Larralde ; *D.* 2020. 1262, obs. W. Maxwell, C. Zolynski ; *AJDA* 2020. 1242, note M. Verpeaux ; *AJCT* 2020. 217, tribune J.-P. Vial ; *AJDA* 2020. 975.

**Cons. const. 19 juin 2020**, n° 2020-844 QPC, *M. Éric G.* : *LPA* 2020, n° 30. 22, avis A. Caron-Dégliuse ; *Dalloz actualité* 16 juill. 2020, note D. Goetz ; *LPA* 2020, n° 30. 26, note P. Le Monnier de Gouville ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 30. 26, note P. Le Monnier de Gouville ; *Dr. famille* 2020, n° 10. 31, note L. Mauger-Vielpeau ; *JCP* 2020, n° 28. 1311, note E. Péchillon, P. Véron ; *D.* 2020. 1559, note K. Sferlazzo-Boubli ; *Titre VII* 2020, n° 5, chron. H. Surret ; *AJDA* 2020. 1265 ; *D.* 2020. 1365.

**Cons. const., 5 août 2021**, n° 2021-824 DC, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire* : *D.* 1228, obs. E. Debaets, N. Jacquinet ; *AJ fam.* 2021. 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2022. 808, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 31. 9, D. Rousseau ; *AJDA* 2021. 2610, note M. Verpeaux ; *JCP G* 2022. 528, chron. M. Verpeaux, A.-L. Cassard-Valembois, A. Macaya ; *D.* 2021. 1548.

**Cons. const., 30 sept. 2021**, n° 2021-933 QPC, *Mme Saadia K.* : *Dr. pén.* 2022, chron. 10, M. Brenaut, F. Safi ; *Dr. pén.* 2022, comm. 2, P. Conte ; *D.* 2021. 2028, note S. Detraz ; *Dalloz actualité*, 11 oct. 2021, D. Goetz ; *Comm. com. électr.* 2021, comm. 95 obs A. Lepage ; *RSC* 2021. 834, Y. Mayaud ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 43. 22 ; *D.* 2021. 2109, chron. G. Roujou de Boubée ; F.-X. Roux-Demare ; *Légipresse* 2021. 457.

**Cons. const., 10 nov. 2022**, n° 2022-1022 QPC, *Mme Zohra M. et autres.*

### Jurisprudence administrative

#### *Cours administratives d'appel*

**CAA Lyon, 3 oct. 1996**, n° 94LY00891.

**CAA Bordeaux, 26 avr. 1999**, n° 96BX01753, Lebon T.

**CAA Nancy, 7 avr. 2016**, n° 14NC01294.

**CAA Lyon, 25 juin 2020**, n° 18LY02562.

**CAA Paris, 10 juill. 2020**, n° 19PA02657.

**CAA Nancy, 23 juill. 2020**, n° 18NC02390.

**CAA Lyon, 20 avr. 2021**, n° 19LY03449.

**CAA Bordeaux, 13 juill. 2021**, n° 19BX02007.

**CAA Paris, 9 déc. 2021**, n° 20PA01296.

**CAA Douai, 1<sup>er</sup> févr. 2022**, n° 21DA00044.

**CAA Bordeaux, 20 oct. 2022**, n° 20BX03081 : *AJDA* 2023. 136, concl. K. Gallier ; *Dr. famille* 2022, focus 134, M. Lamarche ; *LPA* 2023, n° 1. 37, C. Lassalas ; *RFDA* 2023. 734, chron. L. Milano, C. Roux ; *JCP* 2022, act. 1234, note F. Vialla ; *RJPF* 2022, n° 12, note A. Voillemet.

**CAA Bordeaux, 2 mars 2023**, n° 21BX00304.

**CAA Versailles, 12 mai 2023**, n° 21VE01323.

**CAA Paris, 5 juill. 2023**, n° 21PA02487.

#### *Conseil d'État*

**CE, 17 févr. 1988**, n° 71974.

**CE ass., 27 oct. 1995**, n° 136727, publié au Recueil, *Commune de Morsang-sur-Orge* : *RFDA* 1995. 1204, concl. B. Frydman ; *RTDH* 1996. 657, concl. B. Frydman, note B. Deffains ; *RDP* 1996. 536, note M. Gros, J.-C. Froment ; *JCP* 1996. 22 630, note T. Hamon ; *D.* 1996. 177, note G. Lebreton ; *AJDA* 1995. 878, chron. H. Stahl, A. Chauvaux.

**CE, 5 janv. 2000**, n° 181899 (*Consorts Telle*) et 198530, publié au Recueil : *Dr. adm.* 2000, n° 46, note C. Bergoignan Esper ; *RFDA* 2000. 641, concl. A. Chauvaux ; *RFDA* 2000. 654, note P. Bon ; *LPA* 2000, n° 40. 15, note C. Clément ; *RDSS* 2000. 357, note L. Dubouis ; *AJDA* 2000. 137, chron. M. Guyomar, F. Collin ; *JCP* 2000. II. 10 271, note J. Moreau.

**CE ass., 26 oct. 2001**, n° 198546, publié au Recueil, *Madame Senanayaké* : *RFDA* 2002. 146, concl. contr. A. Chauvaux ; *LPA* 2002, n° 11. 18, note C. Clément ; *RFDA* 2002. 156, note de D. De Béchillon ; *AJDA* 2002. 259, note M. Deguerge ; *RDSS* 2002. 41, note L. Dubouis ; *RTD civ.* 2002. 484, obs. J. Hauser ; *JCP* 2002. II. 10 025, note J. Moreau.

**CE, 26 nov. 2001**, n° 222741, publié au Recueil.

**CE, ord. réf., 16 août 2002**, n° 249552, publié au Recueil, *Madame Feuillat c. CHU de St Etienne* : *Dr. adm.* 2002, no 188, note E. Aubin ; *LPA* 2003, n° 61. 4, note C. Clément ; *RTD civ.* 2002. 781, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 351. 19, note Y. Lachaud ; *Dr. & patr.* 2002, n° 110. 84, obs. G. Loiseau ; *JCP* 2002. II. 10 184, note P. Mistretta ; *Dr. famille* 2003, comm. 11, S. Mouton ; *RDP* 2003. 1419, note A. Pariente ; *D.* 2004. 602, J. Penneau ; *Resp. civ. et assur.* 2002. chron. 21, S. Porchy-Simon ; *RJPF* 2002, n°12, note E. Putman.

**CE, 24 sept. 2012**, n° 339285, Lebon T. : *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 351, C. Bloch ; *AJDA* 2012. 2459, note M.-L. Moquet-Anger.

**CE, 10 oct. 2012**, n° 350426, publié au Recueil : *D.* 2013. 2658, obs. M. Bacache ; *RDSS* 2013. 92, note D. Cristol ; *D.* 2013. 40, obs. O. Gout ; *AJDA* 2012. 2231, note C. Lantero ; *D.* 2012. 2518, obs. D. Poupeau ; *JCP G* 2012. 2106, note F. Vialla.

**CE, 3 févr. 2016**, n° 376620, recueil T

**CE, 6 mai 2019**, n° 419242, publié au Recueil.

**CE, 23 oct. 2019**, n° 420485, Lebon T. : *Procédures* 2020, comm. 32, S. Deygas ; *AJCT* 2020. 101, obs. P. Grimaud ; *AJDA* 2019. 2151., obs. J.-M. Pastor ; *JCP A* 2019, actu. 721, obs. M. Touzeil-Divina.

**CE, 19 juin 2020**, n° 430810, Lebon T. : *RTD eur.* 2020. 706, obs. Bouveresse ; *Comm. com. électr.* 2020, comm. 67, A. Danis-Fatôme ; *D.* 2020. 2043, note F. Jault-Seseke ; *Dalloz IP/IT* 2020. 693, obs. E. Netter ; *LEFP* 2020, n° 9. 1, note F. Rogue.

**CE, 19 juin 2020**, n° 434684, Lebon T

**CE, ord. réf., 26 juin 2020**, n° 441065 : *AJDA* 2020. 2568, note X. Bioy ; *Dalloz IP/IT* 2020. 636, obs. Haas et Goutorbe ; *AJCT* 2020. 594, obs. Perray et Adda ; *AJDA* 2020. 1319.

**CE, 30 août 2021**, n° 455759.

**CE, ord. réf., 27 sept. 2021**, n° 456571.

**CE, 10 déc. 2021**, n° 456004, publié au Recueil, *Syndicat des agents publics de Polynésie* : *JCP A* 2021, act. 771, L. Erstein ; *AJDA* 2021. 2487, note E. Maupin ; *JCP A* 2022. 2186, chron. C. Paillard.

**CE, 10 déc. 2021**, n° 437412, Lebon T.

**CE, ord. réf., 20 mai 2022**, n° 463713 : *D.* 2022. 1267, obs. A. Batteur ; *AJDA* 2022. 1693, note X. Bioy ; *RJPF* 2022, n° 9, note A. Boulanger ; *AJ fam.* 2022. 401, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2023. 807, obs. J.— C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *RFDA* 2023. 734, chron. L. Milano, C. Roux ; *Revue droit et santé* 2022, n° 109. 95, note F. Vialla.

### Jurisprudence judiciaire

#### *Juridictions du premier degré*

**Tribunal civil de la Seine, 16 mai 1935** : *DP* 1936. 2. 9, note H. Desbois ; *1935 DH.* 390.

**TGI Nice, 30 juin 1976** ; *JCP* 1977. II. 18597, note M. Harichaux-Ramu ; *D.* 1977. 45, note D. Huet-Weiller ; *Rapport Braibant*, 1988, p. 193.

**TGI Bobigny, 18 janv. 1990**, n° XTGIB180190X : *LPA* 1990, n° 55, p. 21, note E. Bonnet ; *JCP* 1990. II. 21 592, note P. Guiho ; Defrénois 1990. 953, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1990. 2. 709, note J. Massip ; *LPA* 1990, n° 120. 13, note C. Neirinck ; *RTD civ.* 1990. 454, note J. Rubellin-Devichi ; *D.* 1990. 332, note C. Saujot.

**TJ Paris, 16 déc. 2022**, n° 21/08452.

**TJ Paris, 23 juin 2023**, n° 20/09672.

#### *Cours d'appel*



CA Paris, 11 mai 1937 : 1937 DH. 340.  
 CA Paris, 17 nov. 1983 : D. 1984. 458, obs. J. Penneau ; D. 1985. 368 ; JCP G 1985. II. 20046, note A. Dorsner-Dolivet.  
 CA Amiens, 9 mai 2001, n° 00/04416 et 01/00153.  
 CA Versailles, 4 mai 2006, n° 04/07751.  
 CA Aix-en-Provence, 11 juill. 2008, n° 06/20 278.  
 CA Reims, 27 févr. 2009, n° 07/02447 : JCP 2009, n° 25, act. 11, T. Garé ; RTD civ. 2009. 499, obs. Hauser ; JCP 2009. act. 281, P. Hilt ; D. 2010. 728, obs. Lemouland et Vigneau.  
 CA Besançon, 18 nov. 2009, n° 09/01064.  
 CA Orléans, 11 mai 2010, n° 09/01827.  
 CA Pau, 24 févr. 2015, n° 13/03606.  
 CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057 : D. 2016. 783, obs. I. Gallmeister ; D. 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seske ; RTD civ. 2016, p. 335, obs. J. Hauser ; JCP 2016. 423, obs. A. Mirkovic.  
 CA Basse-Terre, 6 janv. 2020, n° 18/000451.  
 CA Basse-Terre, 12 sept. 2022, n° 22/00307.  
 CA Paris, 22 sept. 2020, n° 19/11746.  
 CA Fort-de-France, 3 nov. 2020, n° 19/00292.  
 CA Caen, 5 mai 2022, n° 20/02113.  
 CA Papeete, 28 juin 2022, n° 21/00370.

#### *Cour de cassation*

Cass. req., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy* : DP 1835. I. 300, concl. Dupin ; S. 1835. I. 401, GADS 3<sup>e</sup> éd., n° 31.  
 Cass. crim., 25 juin 1857, publié ; S. 1857. I. 711.  
 Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier* : S. 1937. I. 321, note J.-M. Breton ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; DP 1936. I. 88, rapport L. Josserand, concl. Matter ; Gaz. Pal. 1936. 2. 41 ; GADS, 3<sup>e</sup> éd., n° 35.  
 Cass., 28 janv. 1942, *Parcelier c/Teyssier* : GADS 3<sup>e</sup> éd., n° 1 et n° 4.  
 Cass. civ., 28 déc. 1954 ; D. 1955.249, note R. Savatier.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 nov. 1963, publié.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1972, n° 70-13.377, publié : JCP 1972. II. 17 209, concl. Lindon.  
 Cass. crim. 10 juill. 1973, n° 73-90.104, publié : RSC 1974. 594, obs. G. Levasseur.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 1978, n° 76-15.590, publié.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 1984, n° 83-12.897, publié, *Torlet* : JDI 1985. 434, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 1985. 459, note E. Poisson-Drocourt ; Rev. crit. DIP 1985. 533, note M. Simon-Depitre.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 1986, n° 84-10.845, publié : JCP G 1987, II, 20775, A. Dorsner-Dolivet ; D. 1987. 19, note J. Penneau.  
 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10.107, publié : D. 1987. 358, note Groslière ; Defrénois 1987. 1069, obs. J. Massip ; Gaz. Pal. 1988. I. 1, note J. Massip ; JCP N 1988. II. 72, obs. Simler.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 1988, n° 86-15.607, publié.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 oct. 1988, n° 86-12.832, publié : JCP 1989. II. 21358, note A. Dorsner-Dolivet ; RDSS 1990. 48, note L. Dubouis.  
 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 1989, n° 88-14.422.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1989, n° 87-11.263.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 1989, n° 88-17.706 : Gaz. Pal. 1991. somm. 91, obs. J. Massip.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955, publié, *Pistre* : D. 1991. 105, note F. Boulanger ; Defrénois 1990. 961, obs. J. Massip ; JCP 1991. II. 21 635, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal. 1990. 2. 481, note B. Sturlese ; GADIP, 5<sup>e</sup> éd., n° 68.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, publié, *Jugnet* : RTD civ. 1992. 109, note P. Jourdain ; GADS, 3<sup>e</sup> éd., n° 62.  
 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1990, n° 88-15.105, publié : D. 1990. 517, note D. Huet-Weiller ; RTD civ. 1991. 119, obs. P. Jourdain, et 311, obs. J. Hauser ; Defrénois 1990. 958, obs. J. Massip ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd., n° 48.

**Cass. crim., 5 sept. 1990**, n° 90-83.786, publié : *D.* 1991. 13, note H. Angevin ; *Gaz. Pal.* 1991. 1. 58, note J.-P. Doucet ; *RTD civ.* 1991. 301, note J. Hauser ; *RSC* 1991. 348, obs. G. Levasseur ; *JCP* 1991. II. 21 629, note M.-L. Rassat.

**Cass. AP, 31 mai 1991**, n° 90-20.105, publié : *RRJ* 1991/3. 843, note Barthouil ; *JCP* 1991. II. 21752, communic. Bernard, concl. Dontenwille, note Terré ; *D.* 1991. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *Defrénois* 1991. 948, obs. J. Massip ; *R.*, p. 247 ; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd., n° 50.

**Cass. crim., 11 juin 1992**, n° 91-86.346, publié : *D.* 1993. Somm. 13, obs. Azibert ; *JCP* 1993. II. 22 043, note T. Garé ; *Gaz. Pal.* 330, obs. G. Levasseur ; *D.* 1993. 117, note M.-L. Rassat ; *Dr. pénal* 1992. 227 ; *Gaz. Pal.* 1992. 2. 614 ; *RSC* 1993. 107.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., du 29 juin 1994**, n° 92-13.563, publié : *D.* 1994. 581, note Chartier ; *RTD civ.* 1994. 842, obs. J. Hauser ; *JCP* 1995. II. 22362, note J. Rubellin-Devichi ; *Defrénois* 1995. 315, obs. J. Massip.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1995**, n° 93-17.634, publié : *D.* 1996. Somm. 240, obs. A. Bottiau ; *JCP* 1995. I. 3855, obs. Y. Favier ; *D.* 1995. 544, note V. Larribau-Terneyre ; *Defrénois* 1996. 331, obs. J. Massip ; *JDI* 1995. 626, note J. Monéger ; *Rev. crit. DIP* 1995. 547, note H. Muir Watt.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 1997**, n° 94-19.685, publié, *Hédreul* : *RTD civ.* 1997. 435, obs. P. Jourdain ; *RTC civ.* 1997. 924, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1997, I, 4025, obs. G. Viney.

**Cass. crim., 4 mars 1997**, n° 96-84.773 : *RSC* 1997. 669, obs. J.-P. Dintilhac ; *Gaz. Pal.* 1997. 1. 320, note J.P.D. ; *Dr. pénal* 1997. 75, obs. P. Véron.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 1997**, n° 95-14.075, publié : *D.* 1998. 292, obs. Christine Bridge ; *JCP* 1997. II. 22 916, note T. Garé ; *JDI* 1997. 973, note F. Monéger ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 705, note H. Muir-Watt ; *Dr. famille* 1997, comm. n° 119, obs. P. Murat ; *D.* 1998. 187, note E. Poisson-Drocourt.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 1997**, n° 95-19.609, publié : *RTD civ.* 1998, 120, obs. Jourdain ; *JCP G* 1998, I, 144, n° 22, obs. Viney ; *Resp. civ. et assur.* 1997. 372.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 nov. 1997**, n° 95-20.777 : *Defrénois* 1998. 722, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 1998, n° 20, obs. P. Murat.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 déc. 1997**, n° 95-17.508, publié : *JCP* 1998. 10 038, note F. Dreifuss-Netter ; *RTD civ.* 1998. 357, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1998. 1026, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 1998, n° 3, note P. Murat.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janv. 1999**, n° 97-14.678 : *Dr. famille* 1999. comm. 23, H. Lécuyer.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000**, n° 98-12.806, publié : *D.* 2001. 2868, obs. C. Desnoyer ; *D.* 2000. 731, note T. Garé ; *D.* 2001. 1427, obs. H. Gaumont-Prat ; *D.* 2001. 976, obs. F. Granet ; *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2000. 769, note J. Massip ; *Dr. famille* 2000, comm. 72, note P. Murat ; *LPA* 2000, n° 117. 8, note Nevejans ; *JCP* 2000. II. 10 409, concl. Petit et note M.-C. Monsallier-Saint Mleux.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juill. 2000**, n° 98-10.462 : *LPA* 2001, n° 22. 20, note J. Massip.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juill. 2000**, n° 99-10.848, publié.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2000**, n° 98-22.784, publié : *Defrénois* 2001. 96, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2001, comm. 38, P. Murat ; *D.* 2000. 265.

**Cass. AP, 9 févr. 2001**, n° 99-17.642, publié : *D.* 2001. 1493, note E. Alfandari ; *Defrénois* 2001. 795, obs. C. Atias ; *AJDI* 2001. 611, obs. C. Giverdon ; *JCP N* 2001. 1301, note M. Thioye ; *R.*, 385.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2001**, n° 98-23.471, publié : *D.* 2001. 1992, obs. C. Caron ; *Légipresse* 2001, n° 180. III. 53, note E. Derieux ; *LPA* 2001. n° 68.11, note E. Derieux ; *D.* 2001. 1199, note J.-P. Gridel ; *RTD civ.* 2001. 329, obs. J. Hauser ; *D.* 2001. 1990, obs. A. Lepage ; *Dr. & patr.*, n° 94, 2001. 96, obs. G. Loiseau ; *JCP* 2001. II. 10 533, note J. Ravanais ; *D.* 2001. 908 ; *Gaz. Pal.* 2002. 641.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2001**, n° 00-10.151, publié : *RJPF* 2002/2, note A.-M. Blanc ; *RTD civ.* 2002. 82, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2002, n° 57, note P. Murat ; *JCP* 2002. I. 165, n° 7, obs. J. Rubellin-Devichi ; *AJ fam.* 2002. 63 ; *D.* 2002. IR 39.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2002**, n° 00-12.360, publié : *LPA* 15 oct. 2003, note C. Brière ; *RJPF* 2003/1, note M.-C. Le Boursicot ; *JCP* 2003. I. 148, n° 6, obs. Y. Favier ; *AJ fam.* 2003. 100, obs. S. D.-B. S.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2003**, n° 00-17.712 : *AJ fam.* 2003. 148, obs. F. B. ; *JCP N* 2004. 1473, étude A. Cermolacce ; *Defrénois* 2003. 1093, obs. J. Massip.

**Cass. 2<sup>e</sup>re civ., 10 mars 2004**, n° 01-15.322, publié : *Gaz. Pal.* 2006, n° 7. 40, note P. Guerder ; *JCP* 2004. IV. 1930.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 2004**, n° 02-16.903, publié ; *D.* 2004. 1867 : *Gaz. Pal.* 2004, n° 335. 13 ; *JCP* 2004. IV. 2543 ; *RJPF* 2004-9 ; *RLDC* 2004/7.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 2005**, n° 02-12.740, publié : *AJ fam.* 2005. 191, obs. F. Chenédé ; *RTD civ.* 2005. 377, obs. Hauser ; *Defrénois* 2005. 1356, note J. Massip ; *RDSS* 2005. 510, obs. F. Monéger ; *Dr. famille* 2005, comm. 98, P. Murat ; *Defrénois* 2005, 1219, note M. Revillard ; *JCP G* 2005. I. 199, chron. J. Rubellin-Devichi.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2006**, n° 04-20.715, publié : *Gaz. Pal.* 2007, n° 279. 56, note P. Guerder ; *D.* 2006. 2702, obs. L. Marino ; *JCP G* 2006. IV. 1739 ; *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 154 ; *RLDI* 2006/16.

**Cass. crim., 20 nov. 2007**, n° 06-82.753 : *Comm. com. électr.* 2008. comm. 43, obs. A. Lepage.

**Cass. crim., 18 mars 2008**, n° 07-83.342, publié : *Dr. famille* 2008, n° 84, note P. Salvage-Gerest.

**Cass. crim., 30 sept. 2008**, n° 07-82.249, publié : *RSC* 2009. 92, obs. E. Fortis ; *D.* 2008. 2975, note H. Matsopoulou ; *D.* 2009. 2238, obs. J. Pradel.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 2008**, n° 07-14.439, publié : *AJ fam.* 2008. 476, obs. S. David ; *RJPF* 2009- 2/21, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2009. 100, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2008. 170, obs. V. Larribau-Terneyre ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 39. 8, avis A. Legoux ; *Defrénois* 2009. 547, obs. J. Massip ; *RLDC* 2008/55, n° 3229, obs. O. Serra ; *D.* 2008. 2939.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 2009**, n° 08-10.387, publié : *AJ fam.* 2009. 129, obs. M. Brusorio-Aillaud ; *D.* 2009. Pan. 1557, obs. P. Courbe ; *D.* 2009. AJ 564, obs. V. Égée ; *Dr. famille* 2009, n° 81, obs. M. Farge ; *Rev. crit. DIP* 2009. 492, obs. P. Lagarde ; *RJPF* 2009- 6/26, obs. Leborgne ; *D.* 2010. Pan.728, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RLDC* 2009/59, n° 3393, obs. Pouliquen ; *Defrénois* 2009. 1851, obs. J. Massip.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009**, n° 08-13.293.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009**, n° 08-19.482, publié : *D.* 2010. 2671, obs. J.-D. Bretzner ; *RDC* 2010. 128, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2009. 2344.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 septembre 2009**, n° 08-11.112, publié

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2010**, n° 08-12.395 : *Dr. famille* 2010, comm. 100, V. Larribau-Terneyre ; *JCP N* 2010. 1366, note C. Lesbats ; *Defrénois*, 2010. 1364 obs. J. Massip ; *JCP N* 2010. 1250, note J. Massip.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011**, n° 09-17.130, publié.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011**, n° 09-71.992, publié : *AJ fam.* 2011. 381, obs. A. Boiché ; *Gaz. Pal.* 2011. 2176, note J. Chevalier ; *Gaz. Pal.* 2011. 2425, note M. Eppler ; *RJPF* 10/2011, note A. Leborgne.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011**, n° 10-20.554, publié : *D.* 2011. 2093, note X. Cadou ; *JCP* 2012. 49, obs. Y. Favier ; *RTD civ.* 2011. 527, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2011, comm. 127, C. Neirinck.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2012**, n° 11-18.549 : *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2012**, n° 11-18.928, publié : *D.* 2012. 1610, obs. I. Gallmeister.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 déc. 2012**, n° 11-25.158, publié : *RTD civ.* 2012. 293, obs. J. Hauser ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *D.* 2012. 2699, obs. D. Noguéro, J.-M. Plazy.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2012**, n° 09-15.606, publié : *JCP G* 2013. 598, obs. F. Boulanger ; *AJ fam.* 2013. 137, obs. B. de Boysson ; *D.* 2013. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2013. 85, obs. I. Gallmeister ; *RTD civ.* 2013. 353, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2013. 1401, obs. M. Lamarche ; *Dr. famille* 2013, comm. 24, obs. V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2013. 1117, note E. Naudin.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013**, n° 11-23.174 : *Dr. famille* 2013. comm. 80, obs. M. Farge ; *D.* 2014. 1063, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013**, n° 12-12.351 : *Dr. famille* 2013. comm. 80, obs. M. Farges ; *D.* 2014. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2013**, n° 12-27.961.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 2014**, n° 12-22.123, publié : *RDSS* 2014. 295, note F. Arhab-Girardin ; *D.* 2014. 590, note M. Bacache ; *JCP* 2014. 723, note A. Bascoulergue ; *D.* 2015. 124, obs. P. Brun, O. Gout ; *D.* 2014. 584, avis L. Bernard de la Gatinais ; *RDC* 2014. 605, note T. Génicon ; *RDC* 2014. 368, note A. Guégan-Lécuyer ; *Resp. civ. et assur.* 2014, comm. 116, S. Hocquet-Berg ; *RTD civ.* 2014. 379, obs. P. Jourdain ; *D.* 2014. 2021, obs. A. Laude ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 86, L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 2014. 895, obs. Parance ; *JCP* 2014, 939, obs. G. Viney.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct 2010**, n° 09-69.195, publié : *RTD civ.* 2011. 128, note P. Jourdain ; *D.* 2010. 2682, note P. Sargos.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2016**, n° 15-14.365, publié : *AJ fam.* 2016. 342, obs. A. Boiché ; *JCP G* 2016. 1080, note M.-C. de Lambertye-Autrand ; *Dr. famille* 2016, comm. 116, A. Devers ; *D.* 2016. 709 ; *RJPF* 2016/6, obs. R. Mésa.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2016**, n° 15-14.666 : *Dr. famille* 2016, comm. 191, M. Farge ; *D.* 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *D.* 2017.1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Rev. crit. DIP* 2016. 668, note E. Ralser.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2016**, n° 15-22.344.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2016**, n° 16-23.471, publié : *Procédures* 2017, comm. 44, M. Douchy-Oudot ; *RJPF* 2017/3, note M.-C. Le Boursicot ; *JCP G* 2016. 2419, note F. Mailhé ; *AJ fam.* 2017. 197, obs. P. Salvage-Gerest ; *D.* 2016. 2571.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2017**, n° 15-27.898, publié : *RDSS* 2017. 716, note D. Cristol ; *D.* 2017. 555, note N. Ferrié ; *Resp. civ. et assur.* 2017, comm. 115, S. Hocquet-Berg ; *RTD civ.* 2017. 403, obs. P. Jourdain ; *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 71, L. Leveneur.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017**, n° 15-28.813, publié : *D.* 2018. 208, obs. E. Dreyer ; *RTD civ.* 2017. 609, obs. J. Hauser ; *Comm. com. électr.* 2017, comm. 55, A. Lepage ; *Légipresse* 2017. 256, note G. Loiseau ; *Légipresse* 2018. 49, obs. G. Loiseau ; *LPA* 2017. 10, note P.-L. Niel, M. Morin ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 20. 31, note P. Piot.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017**, n° 16-16.455, publié : *D.* 2017.1727, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2017. 375, obs. F. Chénéde ; *D.* 2017. 1737, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2017. 1691, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2017/9, note M.-C. Le Boursicot ; *AJ fam.* 2017. 643, obs. P. Salvage-Gerest ; *AJ fam.* 2017. 482.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 2017**, n° 16-19.740, publié : *RJPF* 2018/1, note I. Corpart ; *RLDC* 2018/155, note L. Marignol ; *AJ fam.* 2017. 651, obs. P. Salvage-Gerest ; *D.* 2017. 2098.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 2019**, n° 18-18.855 : *Dr. famille* 2019, comm. 213, M. Farge. *JDI* 2019. 1185, note J. Guillaumé.

**Cass., avis, 19 juin 2019**, n° 19-70.007, 19-70.008, publié : *Procédures* 2019, comm. 260, M. Douchy-Oudot ; *JCP G* 2019. 1915, chron. Y. Favier ; *D.* 2019. 1784, note R. Le Cotty ; *RTD civ.* 2019. 568, obs. A.-M. Leroyer ; *D.* 2019. 1876, note F. Rogue.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2019**, n° 18-17.574 : *Dr. famille* 2019, comm. 192, A.-M. Caro ; *JCP G* 2019. 1915, chron. M. Lamarche ; *D.* 2020. 901, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

**Cass. AP, 4 oct. 2019**, n° 10-19.053, publié : *Dr. famille* 2019, comm. 19, J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2019. 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019. 2228, note H. Fulchiron, C. Bidaud ; *JCP G* 2018. 2038, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *AJ fam.* 2019. 592, obs. G. Kessler ; *RTD civ.* 2019. 841, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019. 817, obs. J.-P. Marguénaud.

**Cass. AP, 25 oct. 2019**, n° 17-86.605, publié : *D.* 2020. 195, note M. Afroukh, J.-P. Marguénaud ; *Dr. pén.* 2019, comm. 202, P. Conte ; *Légipresse* 2019. 681, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2020. 78, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019. 819, obs. J.-P. Marguénaud ; *Comm. com. électr.* 2020, étude 4, E. Raschel ; *AJ pénal* 2020. 32, obs. N. Verly ; *Légipresse* 2019. 593.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janv. 2020**, n° 18-24.261, publié.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 2020**, n° 19-13.716, publié.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2020**, n° 19-13.419, publié : *AJ fam.* 2020. 480, obs. J. Houssier ; *D.* 2020. 1485, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro ; *Defrénois* 2020, n° 43. 25, note D. Noguéro.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 sept. 2020**, n° 19-10.404.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 2020**, n° 19-15.783, publié : *D.* 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2020. 2405, obs. A. Etienne-de-Sainte Marie ; *Dr. famille* 2020, n° 175, note M. Farge ; *D.* 2021. 657, obs. Hilt ; *ibid.* 762, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *Rev. crit. DIP* 2021. 859, note R. Legendre ; *D.* 2020. 2437, note A. Zelcevic-Duhamel.

**Cass. crim., 21 avr. 2020**, n° 19-81.507, publié : *D.* 2020. 1750, obs. G. Barbier ; *AJ pénal* 2020. 297, obs. T. Besse ; *Procédures* 2020, comm. 127, obs. A.-S. Chavent Leclère ; *Dr. pénal* 2020, n° 130, obs. P. Conte ; *D.*, 2020. 1662, note A. Dejean de la Bâtie ; *RSC* 2020. 679, obs. P.-J. Delage ; *Gaz. Pal.* 2020. 2720, obs. S. Detraz ; *RSC* 2020. 655, obs. E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 2020. 2727, obs. F. Fourment ; *Gaz. Pal.* 2020. 1696, note R. Mésa ; *Légipresse* 2020. 357, étude E. Raschel ; *Dalloz actualité* 4 juin 2020, obs. M. Recotillet ; *D.* 2020. 2367, obs. E. Tricoire ; *D.* 2020. 982.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juin 2021**, n° 20-13.753, publié : *Gaz. Pal.* 2021, n° 36. 29, note F. Fourment ; *Comm. com. électr.* 2021, comm. 65, A. Lepage.

**Cass. crim., 10 nov. 2021**, n° 21-81.925, publié : *D.* 2022. 244, O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *Dalloz actualité* 19 nov. 2021, obs. M. Dominati ; *Dr. pén.* 2022, comm. 6, J.-H. Robert ; *AJDA* 2022. 613 ; *AJ pénal* 2021. 588 ; *D.* 2021. 2049

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 sept. 2022**, n° 21-13.462, publié : *RJPF* 2022/10, obs. S. Cacioppo ; *AJDA* 2022. 1758 ; *D.* 2022. 1599.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2022**, n° 21-50.042, publié : *D.* 2022. 2134, note M. Barba, G. Millerioux ; *Rev. crit. DIP* 2023. 227, note S. Chaillé de Néré ; *RJPF* 2022/11, note I. Corpart ; *RTD civ.* 2023. 63, obs. P. Deumier ; *D.* 2023. 523, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2023. 807, obs. J.— C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *Dr. famille* 2022, comm. 167, M.-C. Le Boursicot ; *RTD civ.* 2022. 877, obs. A.-M. Leroyer.

**Cass. crim., 28 mars 2023**, n° 22-83.069 : *Dr. pén.* 2023, comm. 115, P. Conte ; *Dalloz actualité* 22 mai 2023, obs. L. Pignatel.

**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mai 2023**, n° 21-24.178 : *AJ fam.* 2023. 455, obs. A. Boiché ; *Dr. famille* 2023, comm. 116, obs. M. Farge.

**Cass. crim., 24 mai 2023**, n° 21-87.509 : *Gaz. Pal.* 2023, n° 27. 43, obs. S. Detraz.

## Jurisprudence européenne

### Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

**CEDH, 23 sept. 1983**, n° 8919/80, *Van der Mussele c. Belgique* : *CDE* 1986. 204, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1984. 457, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1985. 222, obs. Rolland et P. Tavernier.

**CEDH, 25 févr. 1997**, n°22009/93, *Z c. Finlande* ; *RSC* 1998. 385, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP* 1998. I. 107, chron. F. Sudre.

**CEDH, 29 avr. 2002**, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni* : *Gaz. Pal.* 2002., n° 227. 2, note A. Garay ; *JCP* 2003. II. 10062, note C. Girault ; *RTD civ.* 2002. 482, obs. J. Hauser ; *AJDA* 2003. 1383, note B. Le Baut-Ferrarese ; *RTD civ.* 2002. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RSC* 2002. 645, note J.-P. Massias ; *RDSS* 2002. 475, note P. Pédro ; *GADS*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, n° 28.

**CEDH, 11 juill. 2002**, n° 28957/95, *G. C., Christine Goodwin c. Royaume-Uni* : *D.* 2003. 525, obs. C. Bîrsan ; *D.* 2003. 2023, note A.-S. Chavent-Leclère ; *AJDA* 2002. 1277, chron. J.-F. Flauss ; *AJ Fam.* 2002. 413, obs. F. Granet ; *RTD civ.* 2002. 782, obs. J. Hauser ; *D.* 2003. 1935, chron. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2002. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003. 137, obs. J. Monéger ; *JCP* 2003. I. 109, chron. F. Sudre.

**CEDH, 12 juin 2003**, n° 35968/97, *Van Kück c. Allemagne* : *RTD civ.* 2004. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

**CEDH, 4 déc. 2003**, n° 39272/98, *M. C. c. Bulgarie* ; *RTD civ.* 2004. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *RSC* 2004. 411, chron. F. Massias.

**CEDH, 17 févr. 2005**, n° 42758/98 et n° 45558/99, *K. A. et A. D. c. Belgique* : *D.* 2005. 2973, note M. Fabre-Magnan ; *D.* 2006. 1200, obs. J.— C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *RDP* 2006. 806, obs. M. Lévinet ; *LPA* 2006, n° 152. 6, obs. P. Malaurie ; *RTD civ.* 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; *RSC* 2006. 662, chron. F. Massias ; *JCP* 2005. I. 159, chron. F. Sudre.

**CEDH, 11 janv. 2006**, n° 52562/99 et n° 52620/99, *G. C., Sørensen et Rasmussen c. Danemark* : *AJDA* 2006. 466, chron. J.-F. Flauss ; *Dr. soc.* 2006. 1022, note J.-P. Marguénaud, J. Mouly, *JCP* 2006. I. 164, chron. F. Sudre.

**CEDH, 11 avr. 2006**, n° 56550/00, *Mólka c. Pologne* : *AJDA* 2011. 889, chron. L. Burogorgue-Larsen.

**CEDH, 5 oct. 2006**, n° 75725/01, *Trocellier c. France* : *RFDA* 2008. 737, chron. H. Labayle, F. Sudre.

**CEDH, 25 janv. 2007**, n° 21949/03, *Eski c. Autriche*.

**CEDH, 20 mars 2007**, n° 5410/03, *Tysiac c. Pologne* : *D.* 2007. 2648, note P. Hennion-Jacquet ; *RTDH* 2007. 855, note J.-M. Larralde ; *JCP* 2007 II. 10 071, note B. Mathieu ; *JCP* 2007. I. 182, n° 6, obs. F. Sudre.

**CEDH, 11 sept. 2007**, n° 37194/02, *V. T. c. France* ; *RTD civ.* 2007. 730, obs. J.-P. Marguénaud, *D.* 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail.

**CEDH, 4 déc. 2007**, n° 44362/04, *G. C., Dickson c. Royaume-Uni* : *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2008. 1435, obs. J.— C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *AJ pénal* 2008. 47, obs. M. Herzog-Evans ; *JCP* 2008. 110, obs. F. Sudre.

**CEDH, 17 juill. 2008**, n° 11223/04, *X. c. Croatie*

**CEDH, 15 janv. 2009**, n° 1234/05, *Reklos et Davourlis c. Grèce* : *RTD civ.* 2009. 283, obs. J.-P. Marguénaud.

**CEDH, 2 juin 2009**, n° 31675/04, *Codarcea c. Roumanie* : *JCP* 2009. I. 308, P. Sargos.

**CEDH, 6 avr. 2010**, n° 25576/04, *Flinkkilä et a. c. Finlande*.

**CEDH, 10 juin 2010**, n° 302/02, *Témoins de Jehovah de Moscou et autres c. Russie* : D. 2011. 193, chron. J.-F. Renucci.

**CEDH, 12 déc. 2010**, n° 184/06, *Saaristo et a. c. Finlande*.

**CEDH, 14 déc. 2010**, n° 34848/07, *O'Donoghue et A. C. Royaume-Uni* : JCP 2010. 2451, obs. C. Picheral.

**CEDH, 16 déc. 2010**, n° 25579/05, G. C., A., B. et C. c. *Irlande* : JDI 2011. chron. 12, E. Birden ; *Constitutions* 2011. 213, obs. E. Dubout ; D. 2012. 316, obs. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; D. 2011. 1360, note S. Hennette-Vauchez ; JCP 2011. Actu. 58, obs. M. Lévinet ; *RTD civ.* 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. famille* 2011. Comm. 36, obs. S. Paricard ; *RDSS* 2011. 293, note D. Roman ; JCP 2011. 185, n° 11, obs. F. Sudre.

**CEDH, 20 janv. 2011**, n° 31322/07, *Haas c. Suisse* : JCP G 2011. 222, note C. Byk ; D. 2012. 308, note J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2011. 311, obs. J.-P. Marguénaud ; D. 2011. 925, note E. Martinent, M. Reynier, F. Vialla.

**CEDH, 8 nov. 2011**, n° 18968/07, *V. C. c. Slovaquie* : *Dr. famille* 2012, étude 4, K. Garcia.

**CEDH, 19 juill. 2012**, n° 497/09, *Koch c. Allemagne* : *Dr. famille* 2012, comm. 149, obs. M. Bruggeman ; *RTD civ.* 2013. 354, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2012. 700, obs. J.-P. Marguénaud.

**CEDH, 13 nov. 2012**, n° 47039/11 et 358/12, *Hristozov et a. c. Bulgarie* : JCP G 2012, act. 1342, obs. K. Blay-Grabarczyk.

**CEDH, 8 janv. 2013**, n° 37956/11, A. K. et L. c. *Croatie*

**CEDH, 20 mai 2014**, n° 4241/12, *McDonald c. Royaume-Uni* : JCP G 2014. 1180, obs. F. Sudre.

**CEDH, 27 mai 2014**, n° 10764/09, *De la Flor Cabrera c. Espagne* : *RGDA* 2014. 409, obs. P. Schulz.

**CEDH, 10 mars 2015**, n° 14793/08, Y. Y. c. *Turquie* : D. 2016. 752, obs. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2015. 349, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2015. 331, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2015. 643, note S. Paricard ; D. 2016. 915, obs. M.-X. Catto ; *AJ fam.* 2015. 542, obs. P. Reigné ; D. 2015. 1875, note P. Reigné.

**CEDH, 5 juin 2015**, n° 46043/14, G. C., *Lambert et autres c. France* : *AJDA* 2015. 1732, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2016. 752, obs. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; JCP 2015. 805, note F. Sudre ; D. 2015. 1625, note F. Vialla.

**CEDH, 27 août 2015**, n° 46470/11, G. C., *Parrillo c. Italie* : *RDC* 2016, n° 1. 111, note F. Bellivier, C. Noiville ; *AJ fam.* 2015. 433, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2016. 756, obs. J.-C. Galloux, H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2016. 76, obs. J. Hauser ; JCP G 2015. 1187, G. Loiseau ; *RTD civ.* 2015. 830, note J.-P. Marguénaud ; *LPA* 2015, n° 232. 7, comm. M. Prieur ; D. 2015. 1700.

**CEDH, 30 mars 2017**, n° 21884/15, *Chowdury et autres c. Grèce* : *RFDA* 2018. 697, chron. H. Labayle, F. Sudre.

**CEDH, 6 avr. 2017**, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A. P., *Garçon et Nicot c. France* : *Dr. fam.* 2017, étude 10, S.-M. Ferrié ; D. 2017. 994, obs. B. Moron-Puech ; JCP 2017. 867, obs. F. Sudre ; D. 2017. 1027, note J.-P. Vauthier, F. Vialla ; *AJ fam.* 2017. 299, obs. F. Viney.

**CEDH, 27 juin 2017**, n° 931/13, G. C., *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* : JCP G 2018. 49, chron. F. Sudre ; JCP G 2017. 1414, obs. H. Surrel.

**CEDH, 25 oct. 2018**, n° 37646/13, *Delecolle c. France* : D. 2019. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2019. 80, obs. A.-M. Leroyer ; JCP N 2019, chron. 1110, N. Peterka ; *AJ fam.* 2018. 693, obs. G. Raoul-Cormeil.

**CEDH, 19 mars 2019**, n° 49089/10, E. B. c. *Roumanie*.

**CEDH, 10 avr. 2019**, n° P16-2018-00, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*.

**CEDH, 30 avr. 2019**, n° 21675/19, *Lambert et autres c. France* : *RTD civ.* 2019. 552, obs. A.M. Leroyer.

**CEDH, 5 sept. 2019**, n° 57854/15, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce* ; *RJPF* 2019/12, obs. T. Garé ; *Dr. famille* 2019. comm. 215, M. Gayet ; *AJ fam.* 2019. 599, obs. J. Houssier ; D. 2020. 901, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

**CEDH, 25 juin 2020**, n° 60561/14, G. C., S. M. c. *Croatie* : *Dr. pén.* 2021, chron. 5, E. Dreyer ; ; *RTD civ.* 2020. 836, obs. J.-P. Marguénaud ; *RSC* 2021. 158, obs. D. Roets ; JCP G 2020. 847, note F. Sudre.

**CEDH, 8 avr. 2021**, n° 47621/13, G. C., *Vavříčka et autres c. République Tchèque*.

**CEDH, 26 avr. 2022**, n° 42821/18, *M. c. France* : *AJ fam.* 2022. 305, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2022. 389, obs. P. Murat.

**CEDH, 31 janv. 2023**, n° 76888/17, *Y c. France* : *AJ fam.* 2023. 168, obs. F. Brunet ; *AJ fam.* 2023. 70, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJCT* 2023. 376, obs. P. Jacquemoire ; *RTD civ.* 2023. 332, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2023, n° 232, obs. J. Mattiussi ; *D.* 2023. 400, obs. B. Moron-Puech.

**CEDH, 13 avr. 2023**, n°14709/07, *Mayboroda c. Ukraine* : *AJ fam.* 2023. 245, obs. A. A. Dionisi-Peyrusse.

**CEDH, 17 oct. 2023**, n° 55351/17, *Luca c. Moldavie*.

### Jurisprudence de l'Union européenne

**CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2019**, n° C-673/17, *Bundesverband c. Planet49*, ECLI:EU : C : 2019:80 : *Dalloz IP/IT* 2020. 189, obs. F. Coupez, G. Péronne ; *Dalloz IP/IT* 2019. 586, chron. C. Crichton ; *D.* 2019. 2128, entretien J.-L. Sauron ; *Légipresse* 2019. 694, étude C. Thiérache, A. Gautron.

**CJUE, 11 nov. 2020**, n° C-61/19, *Orange România SA c. Autoritatea Nationala de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, ECLI:EU : C : 2020:901 : *JCP G* 2020. 2109, note D. Berlin ; *Dalloz IP/IT* 2021. 290, obs. T. Douville ; *RTD eur.* 2021. 143, chron. B. Bertrand ; *Légipresse* 2020. 585.

**CJUE, 4 juill. 2023**, n° C-252/21, *Meta Platforms and Others c. Bundeskartellamt* : *AJDA* 2023. 1700, chron. N. Bekhat, G. Goldberg, A. Richet, M. Cazettes de Saint Léger ; *Dalloz IP/IT* 2024. 45, obs. A. Lecourt ; *Comm. com. électr.* 2023, comm. 94, N. Martial-Braz.

### **Jurisprudence allemande**

#### Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*)

**BVerfG, 16 juill. 1969**, BVerfGE 27, 1, *Mikrozensus*.

**BVerfG, 15 janv. 1970**, BVerfGE 27, 344, *Scheidungsakten*

**BVerfG, 14 févr. 1973**, BVerfGE 34, 269, *Soraya* : *RDP* 1975. 139, *GDCCE* n° 64, p. 292.

**BVerfG, 5 juin 1973**, BVerfGE 35, 202, *Lebach* : *RDP* 1975. 138, chron. M. Fromont.

**BVerfG, 11 oct. 1978**, BVerfGE 49, 286, *Transsexuelle I* : *RDP* 1979. 1657, chron. M. Fromont.

**BVerfG, 25 juill. 1979**, BVerfGE 52, 131, *Arzthaftungsprozeß*.

**BVerfG, 15 déc. 1983**, BVerfGE 65, 1, *Volkszählungsgesetz* : *RDP* 1984. 1562, chron. M. Fromont.

**BVerfG, 25 mars 1992**, BVerfGE 85, 386, *Fangschaltungen*.

**BVerfG, 18 juill. 2006**, BVerfGE 116, 243, *Transsexuelle IV* : *RDP* 2007. 1663 chron. M. Fromont.

**BVerfG, 27 mai 2008**, BVerfGE 121, 175, *Transsexuelle V* : *AIJC* 2008. 481, chron. S. Dagron, X. Volmerange.

**BVerfG, 16 juin 2009**, BVerfGE 124, 43, *Beschlagnahme von E-Mails* : *RSC* 2010. 657, chron. J. Lelieur, C. Saas, T. Weigend.

**BVerfG, 11 janv. 2011**, BVerfGE 128, 109, *Lebenspartnerschaft von Transsexuellen* : *AIJC* 2011. 683, chron. S. Dagron, C. Fercot, X. Volmerange.

**BVerfG, 20 févr. 2013**, BVerfGE 133, 112.

**BVerfG, 14 juill. 2015**, 2 BvR 1549/14.

**BVerfG, 10 oct. 2017**, BVerfGE 147, 1 : *RFDC* 2019 199, chron. A. Gaillet. ; *RJPF* 2018/6, note K. Lugani ; *Gaz. Pal.* 23 oct. 2018, p. 10, act. P. Le Maigat ; *D.* 2018. 73, note B. Moron-Puech.

**BVerfGE, 6 nov. 2019**, BVerfGE 152, 152, *Recht auf Vergessen I*, trad. en ligne : [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2019/11/rs20191106\\_1bvr001613fr.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2019/11/rs20191106_1bvr001613fr.html) (consulté le 30 janv. 2024) : *RFDC* 2022. 955, chron. C. D. Classen, A. Gaillet ; *RDP* 2022. 1733, chron. A. Gaillet, O. Jouanjan ; *RTD eur.* 2020. 225, S. Geiger ; *Rev. UE* 2021. 68, F. C. Mayer ; *RTD eur.* 2020. 164, O. Joop.

**BVerfG, 26 févr. 2020**, BVerfGE 153, 182, *Zuizidhilfe* : *RDSS* 2023. 266 Y.-M. Doublet ; *AJ fam.* 2020. 312 K. Mariat ; *RFDC* 2021 143, chron. C. D. Classen, A. Gaillet ; *RDP* 2021. 1733, chron. A. Gaillet, O. Jouanjan ; *RFDA* 2022. 1151, chron. J. Jeanneney ; *RSC* 2020. 713, chron. M. Nicolas-Gréciano, C.-F. Stuckenberg.

**BVerfG, 10 nov. 2020**, BVerfGE 156, 11, *Antiterrordateigesetz II*.

**BVerfG, 4 janv. 2021**, BVerfG, 1 BvR 619/20.

**BVerfG, 8 juin 2021**, BVerfGE 158, 131 : *RFDC* 2022. 729, chron. C. D. Classen, A. Gaillet ; *RDP* 2022. 1179 chron. A. Gaillet, O. Jouanjan.

**BVerfG, 27 avr. 2022**, BVerfGE 161, 299 : *RFDC* 2023. 707 chron. C. D. Classen, A. Gaillet

Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*)

**BVerwG, 15 déc. 1981**, BVerwGE 64, 274, *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows* : *GDCCE*, p. 172, n° 32.

Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*)

**BGH, 25 mai 1954**, BGHZ 13, 334 : *RDP* 1977. 223, chron. M. Fromont.

**BGH, 28 nov. 1957**, BGHSt 11, 111.

**BGH, 5 déc. 1958**, BGHZ 29, 33.

**BGH, 19 déc. 1995**, BGHZ 131, 332.

**BGH, 11 déc. 2003**, BGHSt 49, 34.

**BGH 26 mai 2004**, BGHSt 49, 166.

**BGH 25 juin 2010**, BGHSt 55, 191.

**BGH 22 janv. 2015**, BGHSt 60, 166.

**BGH, 28 juin 2022**, BGHSt 67, 95 : *RSC* 2023. 617 chron. M. Nicolas-Gréciano, C.-F. Stuckenberg.

## Délibérations de la CNIL

**CNIL, délib n° 92-025, 10 mars 1992**, portant avis sur le projet de loi relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

**CNIL, délib. n° MED 2019-035, 31 déc. 2019**, *EDF* : *Dalloz actualité*, 19 févr. 2021, N. Maximin.

**CNIL, délib. n° 2019-093, 4 juill. 2019**, portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif).

**CNIL, délib. n° 2020-046, 24 avr. 2020**, portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « *StopCovid* », p. 5 s

**CNIL, délib. n° 2020-091, 17 sept. 2020**, portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-93 du 4 juill. 2019 : *Dalloz IP/IT* 2020. 527, obs. C. Crichton ; *Comm. com. électr.* 2020, comm. 93, N. Metallinos

**CNIL, délib. n° 2020-092, 17 sept. 2020**, portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs ».

**CNIL, délib. n° 2021-054, 12 mai 2021**, portant avis sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux, événements ou établissements impliquant de grands rassemblements de personnes : *Dalloz actualité*, 19 févr. 2021, C. Crichton.

**CNIL, délib. n° SAN-2021-023, 31 déc. 2021**, *Google LLC et Google Ireland Limited* : *Dalloz IP/IT* 2022. 392, obs. E. Netter ; *RTD com.* 2022. 295, obs. E. Netter.

**CNIL, délib. n° SAN-2021-024, 31 déc. 2021**, *Société Facebook Ireland Limited*.

**CNIL, délib. n° SAN-2022-023, 19 déc. 2022**, *Société Microsoft Ireland Operations Limited*.

**CNIL, délib. n° SAN-2022-027, 29 déc. 2022**, *Sociétés Tiktok Information Technologies UK Limited et Tiktok Technology Limited*.

**CNIL, délib. n° SAN-2023-006, 11 mai 2023**, *Doctissimo* : *AJDA* 2023. 1700, chron. N. Bekhat, G. Goldberg, A. Richet, M. Cazettes de Saint Léger.

**CNIL, délib. n° SAN-2023-008, 8 juin 2023**, *Société KG COM*.

**CNIL, délib. n° SAN-2023-12, 13 juill. 2023**, relative à l'injonction prononcée à l'encontre des sociétés *Google LLC et Google Ireland Limited* par la délibération n° SAN-2021-023 du 31 décembre 2021 : *AJDA* 2023. 1471, note E. Maupin.



## INDEX

*Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe.*

### A

#### **Acte juridique**

38, 363, 367, 385, 395, 397, 399 et s.,  
412 et s., 428, 448, 453, 478, 486, 515 et s.,  
524 et s., 539 et s., 582, 598, 820 et s.

#### **Acte médical**

8, 26, 35, 101, 159, 163, 180, 191, 206, 209,  
211, 261, 269 276, 285, 288, 373, 386, 391,  
394, 416, 457, 465, 475 et s., 515 et s., 530,  
536, 543, 554, 643 et s., 745, 769 et s.

#### **Adoption**

1, 8, 24, 26, 54, 84, 98 et 99, 138, 163,  
255 et s., 282, 306 et s., 309, 317 et s., 335,  
343, 362, 367, 375, 376, 379, 282, 292, 296,  
415, 432, 445, 471, 473, 477 et s., 486,  
491 et s., 498, 536, 563 et s., 669 et s., 687,  
690, 710, 748, 749, 801 et s.

#### **Agression sexuelle**

160, 212, 235 et s., 267, 537, 573 et s., 584,  
588 et s., 617 et s., 630 et s., 751 et s.

#### **Allemagne**

32, 118, 145, 222, 510 et s., 703, 706, 717,  
756.

#### **Autonomie de la volonté**

20, 57, 69, 73, 79, 88, 133, 138, 203, 206,  
415, 581.

#### **Autonomie personnelle**

16, 81, 85, 96, 99 et s., 123, 150 et s., 159,  
614.

#### **Autodétermination**

49 et s., 65, 77, 81 et s., 94, 101, 110 et s.,  
144, 149 et s., 159, 166, 226, 523, 701, 703,  
717, 818.

#### **Autorité parentale**

163, 164, 339, 344 et s., 373, 377, 379, 385,  
395, 432, 437, 445, 465, 476-477, 478, 480,  
537, 673, 680, 710, 806 et s., 815 et s.

#### **Avortement**

186, 213, 355, 409, 658, 668.

### B

#### **Bioéthique**

9, 15, 51 et s., 61 et s., 78, 88, 92, 121, 135,  
172, 173, 178 et s., 183 et s., 187 et s.,  
195 et s., 210, 220, 222, 223, 232, 234, 245,  
301, 315, 336, 337, 342, 377, 394, 404, 422,  
440, 487, 499, 504, 590.

#### **Biopolitique**

14, 263, 658.

## **C**

**Contraception**

211, 349, 355, 367.

**Contractualisation**

17, 405, 406, 424, 429, 430 et s., 487, 531.

**Contrat**

6, 15, 20, 21, 34, 38, 39, 69, 70, 73, 80, 81, 83, 88, 139, 182, 190, 242, 363, 367, 385, 394, 395, 399, 400 et s., 424 et s., 453, 456, 468, 478, 486, 487, 490, 516 et s., 521 et s., 524, 525, 530, 531, 540, 543, 572, 581, 598, 605, 612, 820, 823, 825.

**Cookies**

1, 127, 227, 491, 569, 595, 782, 791, 794 et s.

**Couple**

155, 163, 214, 235 et s., 292, 294, 300, 301, 304, 313, 314, 328, 332 et s., 350, 351, 359, 384, 396, 398, 436 et s., 442, 508, 581, 638, 639, 673, 680, 767.

**Curatelle**

109, 124, 375, 465, 479 et s.

## **D**

**Dignité**

15, 47, 67, 71, 74, 75 et s., 95 et s., 144, 154, 158, 169, 179, 180, 181, 182, 186, 201, 207, 211, 212, 213, 221, 239, 241, 242, 243, 261, 276, 286, 288, 404, 408, 504, 510, 518, 584, 600, 695 et s., 739, 747, 825.

**Discrimination**

186, 649 et s., 660, 688, 701, 705, 709 et s., 720.

**Divorce**

25, 58, 115, 155, 163, 186, 339, 373, 384, 392, 395, 397, 415, 432, 439, 445, 456 et s., 464, 481, 486, 487, 490, 491, 499, 528, 536, 680.

**Domination**

70, 212, 607, 612 et s., 631, 683, 684, 688, 692, 705, 710, 721, 722, 745, 746.

**Don**

- d'éléments et produits du corps humain

24, 198, 397, 399.

- d'organes

174, 179, 183 et s., 415, 432.

- de gamètes

336, 337, 342.

**Données personnelles**

3, 9, 13, 24, 26, 56, 63, 79, 108, 116, 127 et s., 138, 156, 218, 219, 222 et s., 232 et s., 279, 348, 362, 367, 379, 392, 394, 399, 409, 410, 477, 485, 491, 492, 503, 505, 514, 521 et s., 542, 549, 567, 568 et s., 580, 595, 745, 748, 749, 782 et s.

**Droit allemand**

32, 98, 110 et s., 140 et s., 153 et s., 510 et s., 526, 533, 534 et s., 581 et s.

|                                                                                        |                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Droit général de la personnalité</b><br>( <i>allgemeines Persönlichkeitsrecht</i> ) | 110 et s., 115 et s., 149, 153 et s.                                                                                                                                                                 |
| <b>Droits de la personnalité</b>                                                       | 9, 410, 415, 426, 524.                                                                                                                                                                               |
| <b>E</b>                                                                               |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>États-Unis</b>                                                                      | 182, 222, 314, 512, 584, 618 et s., 624,<br>649 et s., 706, 659.                                                                                                                                     |
| <b>Fait justificatif</b>                                                               | 32, 82, 110, 112, 132 et s., 514, 523,<br>524 et s., 536, 579, 580.                                                                                                                                  |
| <b>Féminisme</b>                                                                       | 1, 79, 170, 591, 592, 602 et s., 608,<br>609 et s., 628, 633, 655, 659, 668, 678, 744,<br>823.                                                                                                       |
| <b>Filiation</b>                                                                       | 24, 25, 126, 257, 259, 292, 294, 295, 296,<br>297, 298 et s., 315, 316, 318 et s., 335, 338,<br>377, 381, 392, 396, 398, 420, 421, 437, 439,<br>445, 486, 489, 492, 499, 564, 671, 673,<br>801 et s. |
| <b>Fin de vie</b>                                                                      | 152, 157, 159, 186, 261, 262, 467, 478, 496,<br>780.                                                                                                                                                 |
| <b>G</b>                                                                               |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Genre</b>                                                                           | 52, 407, 510, 602, 604, 607, 608, 614, 615,<br>617, 626 et s., 680 et s., 696, 733, 764, 767,<br>819, 820.                                                                                           |
| <b>I</b>                                                                               |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Indisponibilité</b>                                                                 | 15, 54, 78, 137, 407, 590, 717.                                                                                                                                                                      |
| <b>Inégalité(s)</b>                                                                    | 206, 363, 586, 599 et s., 602 et s., 612, 617,<br>620, 629, 634, 653, 659, 661, 669, 679 et s.,<br>685 et s., 692, 696, 704, 708 et s., 730, 745,<br>746, 747, 767, 812, 819, 820, 823, 825.         |
| <b>Injonction de soins</b>                                                             | 24, 163, 208, 271 et s., 281, 283, 385, 386,<br>399.                                                                                                                                                 |
| <b>Intégrité corporelle</b>                                                            | v. intégrité physique.                                                                                                                                                                               |
| <b>Intégrité du corps</b>                                                              | v. intégrité physique.                                                                                                                                                                               |
| <b>Intégrité morale</b>                                                                | 170, 215, 216 et s.                                                                                                                                                                                  |
| <b>Intégrité physique</b>                                                              | 52, 81, 82, 113, 114, 121, 135, 157, 170,<br>172 et s., 215, 216, 231, 240, 265, 276, 313,<br>342, 354, 377, 380, 399, 518, 520.                                                                     |
| <b>Interruption volontaire de grossesse</b>                                            | 24, 136, 151, 159, 164, 165, 210, 211, 349,<br>355 et s., 373, 388, 394, 399, 489.                                                                                                                   |

## **J**

### **Justice sociale**

38, 363, 364, 598, 599, 699, 691, 692, 696,  
704, 709, 714, 725, 726, 729, 739, 747,  
818 et s.

## **L**

### **Libéralisme**

29, 34, 47, 48, 59, 62, 69, 70, 71, 74, 77, 82,  
83, 84, 85, 86, 92, 94, 145, 168, 331, 362,  
599, 717, 722, 729, 822.

## **M**

### **Majeur protégé**

26, 59, 480, 481, 494.

### **Marché**

17, 34, 606, 607, 666, 668.

### **Mariage**

24, 54, 58, 109, 124, 125, 138, 163, 235,  
236, 317, 326 et s., 339, 347, 352, 355, 375,  
377, 381, 382, 386, 387, 395, 397, 415, 416,  
420, 432, 437, 439, 442, 446, 471, 473, 477,  
478, 479, 481, 486, 487, 491, 493, 496, 598,  
499, 536, 705.

### **Médecin**

1, 35, 59, 62, 113, 121, 159, 163, 177, 178,  
182, 184, 190, 203, 206, 209, 242, 261 et s.,  
271, 280, 313 et s., 349, 353, 373, 391, 460,  
485, 516, 517, 519, 543, 551 et s., 576, 592,  
642, 644, 645, 650 et s., 682, 735, 761,  
772 et s.

## **N**

### ***Noli me tangere***

181, 245.

### **Numérique**

9, 55, 59, 63, 64, 348, 358, 487, 509, 595,  
786, 797.

## **P**

### **Paternalisme**

29, 34, 83, 96, 205, 246, 286, 700, 704, 717,  
718, 745, 822.

### **Patriarcat**

444, 602, 610, 617, 624, 445.

### **Personne vulnérable**

63, 79, 241, 288, 458, 467, 469, 470, 482,  
536.

### **Procréation médicalement assistée**

24, 151, 298 et s., 381, 384, 394, 413, 445,  
489.

### **Professionnel de santé**

264, 516, 643 et s., 774.

## **R**

|                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|-----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>« Race »</b>                                     | 602, 658, 681, 682.                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>Rapports de pouvoir</b>                          | 603, 617, 618, 620, 626, 628, 642, 660, 661, 662, 679, 681, 689, 691, 694.                                                                                                                                                                                                 |
| <b>Recherche biomédicale</b>                        | 24, 163, 174, 190 et s., 208, 231, 233, 313, 315, 387, 394, 405, 458, 465, 468                                                                                                                                                                                             |
| <b>Refus de soin</b>                                | 260, 261 et s., 779.                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>Responsabilité civile</b>                        | 1, 110, 134, 140, 220, 427, 436, 778, 781.                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>Responsabilité pénale</b>                        | 141, 536.                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>Responsable de traitement</b>                    | 163, 523, 568 et s., 681, 788, 790 et s.                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>S</b>                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>Santé</b>                                        | 9, 52, 55, 59, 62, 63, 67, 121, 122, 128, 129, 163, 177, 194, 202, 207, 209, 223 et s., 251, 254, 256, 259, 260 et s., 272, 277, 291, 315, 353 et s., 374, 387, 391, 394, 460, 477, 485, 489, 503, 505, 543, 554, 555, 645 et s., 735, 771, 781, 806.                      |
| <b>Sexualité</b>                                    | 53, 66, 89, 104, 577, 590, 614, 617 et s., 628, 633, 635, 638, 639, 642, 655, 660, 705, 731 et s., 736, 758, 764, 765, 768.                                                                                                                                                |
| <b>Soins psychiatriques</b>                         | 24, 122, 260, 269 et s., 283, 407, 464, 494.                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Stérilisation</b>                                | 101, 102, 142, 159, 164, 165, 182, 205, 288, 374, 394, 481, 489, 658.                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Surveillance électronique</b>                    | 273 et s., 280, 386.                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>T</b>                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>Théories de la reconnaissance</b>                | 600, 688, 725, 730, 746, 823 et s.                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Tutelle</b>                                      | 109, 320, 374, 375, 464, 465, 479 et s.                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>V</b>                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>Vaccination</b>                                  | 1, 3, 26, 35, 114, 121, 260, 264 et s., 284, 650.                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>Vie privée</b>                                   | 13, 16, 24, 57, 61, 63, 65, 81, 82, 99, 101, 104, 107, 108, 109, 115, 116, 118, 123, 126, 127, 128, 129, 126, 152, 154, 160, 216 et s., 265, 344, 388, 397, 399, 408, 410, 421, 422, 464, 465, 485, 487, 494, 499, 510, 530, 549, 556, 557 et s., 595, 681, 761, 778, 797. |
| <b>Violences gynécologiques et/ou obstétricales</b> | 1, 2, 656, 687, 744.                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b><i>Volenti non fit injuria</i></b>               | 74, 140, 141, 536.                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Vulnérabilité</b>                                | 240, 288, 469, 482, 606, 761, 770, 771, 826.                                                                                                                                                                                                                               |



# TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Remerciements .....                                                                                                                            | 5         |
| Abréviations .....                                                                                                                             | 7         |
| Remarques préalables sur la rédaction .....                                                                                                    | 13        |
| Sommaire.....                                                                                                                                  | 15        |
| <br><b>INTRODUCTION .....</b>                                                                                                                  | <b>19</b> |
| <br><b>PARTIE 1 - LE CONSENTEMENT COMME PHÉNOMÈNE POLITIQUE.....</b>                                                                           | <b>38</b> |
| <b>TITRE 1 - UNE NORME IDEOLOGIQUE .....</b>                                                                                                   | <b>40</b> |
| <b>Chapitre 1 : Un libéralisme apparent.....</b>                                                                                               | <b>41</b> |
| Section 1. La conceptualisation libérale de la norme de consentement dans les discours sur le droit.....                                       | 41        |
| §1. L'association du consentement au libéralisme.....                                                                                          | 41        |
| A. Un rattachement implicite au libéralisme .....                                                                                              | 41        |
| 1) Les discours parlementaires .....                                                                                                           | 42        |
| 2) Les discours institutionnels .....                                                                                                          | 50        |
| B. Le consentement théorisé au cœur de la pensée libérale.....                                                                                 | 56        |
| §2. L'association du consentement à un conflit opposant liberté et dignité.....                                                                | 61        |
| A. Le consentement au cœur d'une hiérarchie axiologique.....                                                                                   | 62        |
| B. Un conflit tempéré par des philosophes .....                                                                                                | 70        |
| Section 2. La remise en cause de la conceptualisation libérale à partir du droit positif .....                                                 | 79        |
| §1. Le prétendu conflit entre liberté et dignité peu présent dans le traitement jurisprudentiel du consentement.....                           | 79        |
| A. Une conception du consentement moins caricaturale dans la jurisprudence autonomiste.....                                                    | 80        |
| 1) En droit européen .....                                                                                                                     | 80        |
| 2) En droit allemand .....                                                                                                                     | 88        |
| B. Une conception du consentement moins caricaturale dans la jurisprudence française.....                                                      | 97        |
| 1) Domaine corporel.....                                                                                                                       | 98        |
| 2) Autres domaines.....                                                                                                                        | 102       |
| §2. Le consentement comme norme illibérale en droit français .....                                                                             | 109       |
| A. L'absence d'existence autonome du consentement.....                                                                                         | 109       |
| 1) Le rejet de la qualification de fait justificatif de responsabilité en droit français ..                                                    | 109       |
| 2) L'admission de la qualification de fait justificatif de responsabilité en droit étranger.. ..                                               | 113       |
| B. Le consentement comme liberté contrôlée.....                                                                                                | 118       |
| 1) Le consentement libéral comme régime répressif d'une liberté .....                                                                          | 118       |
| a) La consécration de l'autonomie sans le consentement de la personne.....                                                                     | 119       |
| i) L'autonomie personnelle consacrée sans le consentement par la Cour européenne des droits de l'homme.....                                    | 119       |
| ii) Le droit général de la personnalité et les droits à l'autodétermination consacrés sans le consentement par la jurisprudence allemande..... | 122       |
| b).L'absence de condition préalable de consentement dans les normes autonomistes en droit français .....                                       | 126       |
| 2) Le consentement illibéral comme régime préventif d'une liberté .....                                                                        | 129       |

|                                                                                                            |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre 2 : Un humanisme historique .....</b>                                                          | <b>133</b> |
| Section 1. Protéger l'intégrité physique .....                                                             | 134        |
| §1 L'élaboration d'une réglementation humaniste du consentement corporel .....                             | 135        |
| A. Jusqu'à la loi Caillavet, le développement d'une lecture humaniste .....                                | 136        |
| 1) Avant la loi Caillavet.....                                                                             | 136        |
| 2) La loi Caillavet.....                                                                                   | 142        |
| B. Avec la naissance du CCNE et la loi Huriet, l'écho des origines humanistes.....                         | 146        |
| §2. La persistance de l'influence humaniste sur le consentement corporel .....                             | 154        |
| A. Une intégration dans le « modèle bioéthique français » .....                                            | 154        |
| B. Une généralisation dans le domaine corporel .....                                                       | 162        |
| Section 2. Protéger l'intégrité morale .....                                                               | 167        |
| §1 Le consentement protecteur de la vie privée.....                                                        | 168        |
| A. Le paradigme de la protection française de la vie privée.....                                           | 169        |
| B. L'influence de la protection européenne des données personnelles.....                                   | 170        |
| §2. Le consentement à la convergence de la protection de l'intégrité physique et morale...177              |            |
| A. L'intersection de la protection de l'intégrité physique et morale.....                                  | 177        |
| B. La conception unitaire du consentement dans la protection des majeurs .....                             | 183        |
| <b>TITRE 2 - UNE NORME FONCTIONNELLE.....</b>                                                              | <b>188</b> |
| <b>Chapitre 1 : Garantir l'adhésion des individus .....</b>                                                | <b>190</b> |
| Section 1. Les hypothèses d'instrumentalisation du consentement à des fins de politiques<br>publiques..... | 190        |
| §1. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la protection de<br>l'enfance.....       | 191        |
| §2. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la santé publique .....                  | 193        |
| A. Le refus de soins .....                                                                                 | 194        |
| B. La vaccination .....                                                                                    | 196        |
| C. Le dépistage d'une maladie sexuellement transmissible suite à des violences<br>sexuelles.....           | 199        |
| D. Les soins psychiatriques.....                                                                           | 200        |
| §3. L'instrumentalisation du recueil du consentement au profit de la politique pénale.....                 | 202        |
| Section 2. Les raisons politiques de l'instrumentalisation du consentement .....                           | 206        |
| §1. Le recueil du consentement comme justification de politiques publiques d'exception..                   | 206        |
| §2. Le recueil du consentement comme modalité d'exercice du pouvoir.....                                   | 211        |
| <b>Chapitre 2 : Assurer la stabilité des familles.....</b>                                                 | <b>216</b> |
| Section 1. Un contrôle public de l'établissement des liens familiaux.....                                  | 216        |
| §1. Un outil sécurisant la filiation.....                                                                  | 217        |
| A. Une fonction consacrée en droit de la filiation .....                                                   | 217        |
| 1) Sécuriser la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation avec tiers<br>donneur .....     | 217        |
| 2) Sécuriser la filiation issue d'une adoption .....                                                       | 223        |
| 3) Stabiliser la filiation pour stabiliser les familles .....                                              | 225        |
| B. Une fonction limitée aux liens familiaux .....                                                          | 228        |
| §2. Un outil de promotion de certains modèles familiaux .....                                              | 231        |
| A. L'utilisation du consentement pour favoriser les adoptions internationales plénières                    | 231        |
| B. L'utilisation du consentement pour contrôler l'immigration et l'accès à la<br>nationalité. ....         | 237        |
| Section 2. Un contrôle public de la conduite des rapports familiaux.....                                   | 241        |
| §1. Une régulation ambiguë des rapports conjugaux.....                                                     | 242        |
| A. Le consentement comme expression d'un projet de couple .....                                            | 242        |
| B. Le consentement comme moyen de surveillance interne au couple .....                                     | 245        |
| §2. Une régulation ambiguë des rapports parentaux.....                                                     | 247        |
| A. Le consentement promoteur d'un dialogue éducatif.....                                                   | 249        |



|                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. Le consentement vecteur de contrôles respectifs .....                                                     | 251        |
| <b>PARTIE 2 - LE CONSENTEMENT COMME RÉALITÉ SOCIALE.....</b>                                                 | <b>260</b> |
| <b>TITRE 1 - L'IMPASSE DES THEORIES GENERALES.....</b>                                                       | <b>261</b> |
| <b>Chapitre 1 : L'attrait trompeur des théories civilistes.....</b>                                          | <b>262</b> |
| Section 1. L'intérêt apparent d'une théorie générale.....                                                    | 262        |
| §1. Des éléments communs.....                                                                                | 263        |
| A. Des manifestations de volonté .....                                                                       | 263        |
| B. Des conditions légales.....                                                                               | 267        |
| C. Des caractéristiques essentielles similaires .....                                                        | 273        |
| 1) Le consentement libre et éclairé.....                                                                     | 273        |
| 2) Le consentement subordonné à l'information de la personne .....                                           | 275        |
| 3) La sanction des vices du consentement.....                                                                | 278        |
| §2. Des théorisations contractuelles doctrinales .....                                                       | 280        |
| A. Consentement et contrat sur la personne.....                                                              | 280        |
| B. Consentement et acte juridique sur la personne .....                                                      | 287        |
| Section 2. L'appréhension civiliste du consentement en droit des personnes.....                              | 290        |
| §1. Le droit des personnes comme discipline civiliste.....                                                   | 291        |
| §2. Le consentement comme notion civiliste contractuelle .....                                               | 295        |
| A. Le consentement associé au contrat .....                                                                  | 295        |
| B. Le consentement associé à la contractualisation du droit .....                                            | 297        |
| 1) Le point de départ : l'embarras face au pouvoir limité de la volonté .....                                | 297        |
| 2) La réponse : la conceptualisation d'une contractualisation du droit .....                                 | 299        |
| <b>Chapitre 2 : Les limites de l'analyse civiliste.....</b>                                                  | <b>309</b> |
| Section 1. L'illusion d'une théorie générale face à la diversité des règles encadrant les consentements..... | 309        |
| §1. La diversité des règles encadrant les consentements .....                                                | 309        |
| A. Des qualifications différentes.....                                                                       | 311        |
| 1) L'acceptation .....                                                                                       | 311        |
| 2) L'accord.....                                                                                             | 313        |
| 3) L'autorisation.....                                                                                       | 315        |
| 4) L'adhésion .....                                                                                          | 318        |
| B. Des régimes différents.....                                                                               | 321        |
| 1) Les différences relatives aux personnes .....                                                             | 321        |
| 2) Les différences de sanction .....                                                                         | 327        |
| 3) Les différences relatives à la rétractation et la réflexion.....                                          | 330        |
| 4) Les différences relatives aux conséquences du refus de consentement .....                                 | 334        |
| 5) Les différences relatives aux conséquences du décès .....                                                 | 335        |
| 6) Les différences relatives à la loi applicable.....                                                        | 336        |
| §2. Une remise en cause de l'analyse doctrinale .....                                                        | 339        |
| A. La relativité du cadre civiliste.....                                                                     | 339        |
| 1) La difficile unité du droit des personnes en droit français .....                                         | 340        |
| 2) Une branche du droit peu existante dans les droits étrangers.....                                         | 342        |
| B. La relativité de la théorie générale contractuelle .....                                                  | 346        |
| 1) L'exemple ancien de la relation médicale .....                                                            | 346        |
| 2) L'exemple récent des données personnelles .....                                                           | 350        |
| 3) L'exemple original du consentement comme fait justificatif.....                                           | 352        |
| C. Les limites de toute théorie générale du consentement.....                                                | 354        |
| 1) L'inadaptation de la théorie générale du consentement.....                                                | 354        |
| 2) Une perspective alternative offerte par le droit allemand .....                                           | 357        |
| a) De nombreux termes correspondant au « consentement » du droit français .....                              | 357        |

|                                                                                                                                                          |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b) De nombreux régimes pour un même terme désignant le consentement.....                                                                                 | 360        |
| Section 2. La théorie générale confrontée à la diversité des notions de consentement.....                                                                | 364        |
| §1. Consentement factuel, consentement légal et consentement judiciaire .....                                                                            | 365        |
| A. L'appréhension jurisprudentielle du consentement détachée de la volonté<br>personnelle.....                                                           | 365        |
| 1) La preuve du consentement médical par l'information.....                                                                                              | 365        |
| 2) Le consentement à l'atteinte à la vie privée caractérisé par la connaissance de<br>l'atteinte .....                                                   | 370        |
| 3) Le consentement à l'adoption limité à l'information et au formalisme .....                                                                            | 374        |
| 4) Le consentement dépersonnalisé dans la protection des données personnelles .....                                                                      | 377        |
| 5) Le consentement sexuel établi sans la détermination directe de la volonté de la<br>victime .....                                                      | 379        |
| B. L'analyse doctrinale distinguant réalité factuelle et expression juridique du<br>consentement.....                                                    | 383        |
| §2. Consentement et Legal Consciousness Studies .....                                                                                                    | 388        |
| <b>TITRE 2 - L'ISSUE DES ANALYSES DE JUSTICE SOCIALE .....</b>                                                                                           | <b>400</b> |
| <b>Chapitre 1 : Les consentements influencés par des inégalités sociales .....</b>                                                                       | <b>402</b> |
| Section 1. Une approche renouvelée du consentement par les féministes.....                                                                               | 402        |
| §1. L'analyse classique du consentement axée sur les inégalités économiques .....                                                                        | 402        |
| §2. Les apports décisifs des travaux féministes .....                                                                                                    | 405        |
| A. L'influence du patriarcat sur la volonté des femmes .....                                                                                             | 405        |
| 1) Le consentement à l'aune de l'oppression et de la soumission .....                                                                                    | 406        |
| 2) La remise en cause de la conception classique de l'autonomie : l'autonomie<br>relationnelle .....                                                     | 409        |
| B. Les analyses féministes juridiques du consentement sexuel.....                                                                                        | 411        |
| Section 2. La réalité des consentements dans des rapports de pouvoir.....                                                                                | 416        |
| §1. Des consentements conditionnés par la position sociale de la personne .....                                                                          | 417        |
| A. Les consentements sexuels.....                                                                                                                        | 418        |
| 1) La construction sociale et genrée du désir sexuel .....                                                                                               | 419        |
| 2) L'appréciation stéréotypée du consentement sexuel par les autorités publiques....                                                                     | 422        |
| B. Les consentements biomédicaux.....                                                                                                                    | 427        |
| 1) Le lien entre consentement, relation au médecin et politiques de santé : l'exemple<br>du dépistage prénatal de la trisomie 21.....                    | 428        |
| 2) Consentement, confiance médicale et discriminations : l'exemple de l'impact de la<br>« race » dans le rapport au système de santé aux États-Unis..... | 431        |
| 3) La gynécologie comme prisme d'analyse des politiques de santé et du<br>consentement au croisement du genre, de la classe et de la « race » .....      | 435        |
| C. Les consentements aux adoptions internes et internationales .....                                                                                     | 442        |
| 1) Les adoptions internationales illicites : penser le consentement dans des rapports de<br>pouvoir.....                                                 | 442        |
| 2) Les adoptions internes : angles morts et histoire française .....                                                                                     | 449        |
| §2. Le mépris du consentement comme « déni de reconnaissance » .....                                                                                     | 454        |
| A. La généralisation des inégalités sociales affectant les consentements.....                                                                            | 455        |
| B. Un déni de reconnaissance .....                                                                                                                       | 459        |
| <b>Chapitre 2 : Le consentement comme processus de reconnaissance .....</b>                                                                              | <b>464</b> |
| Section 1. Propositions pour un consentement au service d'une société socialement plus<br>juste.....                                                     | 464        |
| §1. Un cadre fondamental : le triangle dignité-égalité-liberté .....                                                                                     | 465        |
| A. Le « triangle constitutionnel » de Susanne Baer : la justice sociale fondée sur les droits<br>fondamentaux.....                                       | 466        |
| 1) Présentation de la théorie du « triangle constitutionnel ».....                                                                                       | 466        |
| 2) Une théorie transposable au droit français .....                                                                                                      | 468        |

|                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. Une réponse aux écueils actuels dans l'analyse du consentement.....                              | 471        |
| 1) L'intégration de l'égalité .....                                                                 | 471        |
| 2) Le dépassement de la lecture exclusive par la liberté et la dignité.....                         | 475        |
| §2. Les appréhensions nouvelles des consentements.....                                              | 480        |
| A. Le consentement comme processus juridique de reconnaissance intersubjective .....                | 480        |
| 1) La conceptualisation extra juridique du consentement comme processus de reconnaissance .....     | 481        |
| 2) L'intégration en droit du consentement comme processus de reconnaissance.....                    | 487        |
| B. Le consentement comme outil de mobilisation.....                                                 | 489        |
| Section 2. Propositions pour des consentements au service d'une société socialement plus juste..... | 491        |
| §1. Relations sexuelles.....                                                                        | 492        |
| A. Redéfinir le consentement sexuel .....                                                           | 492        |
| B. Dépasser la sphère de la justice pénale .....                                                    | 498        |
| 1) La justice disciplinaire.....                                                                    | 498        |
| 2) L'engagement de la responsabilité de l'État.....                                                 | 501        |
| §2. Actes médicaux .....                                                                            | 505        |
| A. Recueillir le consentement avec respect .....                                                    | 505        |
| B. Respecter le refus de consentement autant que le consentement.....                               | 510        |
| §3. Données personnelles.....                                                                       | 512        |
| A. Investir les règles non spécifiques au consentement.....                                         | 513        |
| 1) Les limites des interrogations sur le rôle du consentement.....                                  | 513        |
| 2) Penser l'interaction entre les conditions du traitement des données .....                        | 515        |
| 3) Développer la maîtrise des données sans le consentement .....                                    | 517        |
| B. Réglementer (encore) plus strictement le recueil du consentement.....                            | 518        |
| §4. Adoptions et droit de la filiation .....                                                        | 524        |
| A. Les réponses aux adoptions internationales illicites .....                                       | 524        |
| B. Discuter la place du consentement parental dans les adoptions internes.....                      | 527        |
| C. Accroître la participation des enfants.....                                                      | 533        |
| <b>CONCLUSION.....</b>                                                                              | <b>539</b> |
| <br>Annexe - corpus des dispositions étudiées .....                                                 | 543        |
| Bibliographie .....                                                                                 | 552        |
| Jurisprudence et délibérations .....                                                                | 589        |
| Index .....                                                                                         | 600        |
| Table des matières .....                                                                            | 606        |